ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У КРАГУЈЕВЦУ
Институт за правне и друштвене науке

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

Књига III

ПРИРЕДИО:
Станко Бејатовић

Крагујевац
2004.

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
е-пошта: faculty@jura.kg.ac.yu
institut@jura.kg.ac.yu
веб: http://institut.jura.kg.ac.yu

РЕЦЕНЗЕНТИ: Проф. др Невенка Бачанин
Проф. др Радован Вукадиновић

ЗА ИЗДАВАЧА: Проф. др Миодраг Мићовић

ПРИРЕДИО: Проф. др Станко Бејатовић

ПРИПРЕМА: Информациони центар
Правног факултета у Крагујевцу
Е. Матић, emil@jura.kg.ac.yu

ШТАМПА: ГР "БАЛША" Крагујевац

ТИРАЖ: 100 примерака

ISBN 86 - 80765 - 57 - 0

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
ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА И МАТЕРИЈАЛНО КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ 5

2. Др Станко Бејатовић, редовни професор
КРИВИЧНО-ПРОЦЕСНО ЗАКОНОДАВСТВО И ТЕШКИ ОБЛИЦИ КРИМИНАЛА 21

3. Др Снежана Соковић, редовни професор
МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ У ИЗВРШЕЊУ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА.....45

4. Др Бранислав Симоновић, редовни професор
ДИСКУСИЈА У ВЕЗИ СА НАЦРТОМ ЗАКОНА О НАЦИОНАЛНОМ ДНК РЕГИСТРУ 59

5. Др Драгана Петровић, ванредни професор
НОВИ ГЛОБАЛНИ ТЕРОРИЗАМ 75

Одељак II
ПРАВО СВОЈИНЕ КАО УНИВЕРЗАЛНО ЉУДСКО ПРАВО КАО ОСНОВ ЉУДСКИХ СЛОБОДА

1. Др Нина Планојевић, доцент
СУДБИНА ПРАВА ТРЕЋЕГ ЛИЦА НА СТВАРИ СТЕЧЕНОЈ У СВОЈИНУ ОД НЕОВЛАШЋЕНОГ ОТУЂИОЦА 109

Одељак III

ФУНКЦИОНИСАЊЕ УПРАВЕ И ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА

1. Др Бранислав Марковић, редовни професор
КРИЗА ПРАВНОГ СИСТЕМА И МИСЛЕЋИ ЉУДИ У СРБИЈИ 125

2. Др Невенка Бачанин, редовни професор
ОДНОСИ ОРГАНА УПРАВЕ И ОРГАНА ЈЕДИНИЦА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ И КОНЦЕПЦИЈА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ.....141

3. Др Радоје Брковић, редовни професор
ОМЛАДИНСКО (СТУДЕНТСКО) ЗАДРУГАРСТВО И АНТИКОНКУРЕНТСКА КЛАУЗУЛА 155

4. Др Драган Батавељић, ванредни професор
ПОВЕЉА О ЉУДСКИМ И МАЊИНСКИМ ПРАВИМА И ГРАЂАНСКИМ СЛОБОДАМА КАО САСТАВНИ ДЕО УСТАВНЕ ПОВЕЉЕ ДРЖАВНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ СРБИЈА И ЦРНА ГОРА 173

5. Бојан Урдаревић, асистент-приправник
ДИСКРИМИНАЦИЈА У ЗАПОШЉАВАЊУ ПРЕМА ДРЖАВЉАНСТВУ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ 201

6. Зоран Јовановић, асистент-приправник
О НЕОПХОДНОСТИ УВОЂЕЊА ОМБУДСМАНА У НАШ ПРАВНИ СИСТЕМ 217

7. Дејан Матић, асистент-приправник
НАЧЕЛО ВЕЋИНЕ У ДЕМОКРАТСКОМ ПОРЕТКУ И ЊЕГОВА ОГРАНИЧЕЊА 229

Одељак IV

СЛОБОДА ПОСЛОВАЊА ПРЕДУЗЕЋА НА ЈУГОСЛОВЕНСКОМ И УНУТРАШЊЕМ ТРЖИШТУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

1. Др Радован Д. Вукадиновић, редовни професор
НЕКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ КОМПАНИЈСКОГ ПРАВА СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ У ОДНОСУ НА ПРАВО ЕУ.....241

2. Др Божин Влашковић, редовни професор
ПОЈАМ СЛАВНИХ ЖИГОВА
У ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ И СУДСКОЈ ПРАКСИ 265

3. Др Милена Петровић, ванредни професор
ПОСАО ФИНАНСИЈСКОГ ЛИЗИНГА
У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 273

4. Соња Спасојевић, асистент-приправник
ПРАВНА ПРИРОДА ГЕОГРАФСКИХ ОЗНАКА ПОРЕКЛА
И РАЗЛИКЕ У ОДНОСУ НА ОСТАЛЕ ЗНАКОВЕ 285

Одељак V
ПОРЕСКИ СИСТЕМ И ЕКОНОМСКИ ПОЛОЖАЈ
ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКАТА

1. Др Предраг Ч. Стојановић, редовни професор
ТРАНЗИЦИЈА И ФИСКАЛНЕ ПОСЛЕДИЦЕ 303

2. Др Свето Пурић, редовни професор
ПОЛОЖАЈ БАНКЕ НА ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ 315

3. Др Нада Тодоровић, доцент
ПРАВНО-ЕКОНОМСКИ АСПЕКТ ТРЖИШНИХ ОДНОСА
УЧЕСНИКА НА ТРЖИШТУ КАПИТАЛА 331

4. Јасмина Лабудовић, асистент-приправник
ПОЈАМ, ЕЛЕМЕНТИ И РАСПОДЕЛА ПРЕМИЈЕ
КАО ЦЕНЕ ОСИГУРАЊА.....339

Одељак VI
ОСТВАРИВАЊЕ СЛОБОДА УДРУЖИВАЊА ГРАЂАНА

1. Др Ненад Ђурђевић, редовни професор
МОДЕЛ ЗАКОНА О УДРУЖЕЊИМА 373

Одељак VII
СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ

1. Др Емилија Станковић, ванредни професор
НАШИ ПРАВНИ ИСТОРИЧАРИ XIX И XX ВЕКА О УТИЦАЈУ
РИМСКОГ ПРАВА НА СРПСКО СРЕДЊЕВЕКОВНО ПРАВО 415

Одељак VIII
СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА

1. Др Слободан Сворцан, редовни професор
НАСЛЕЂИВАЊЕ У ПРВОМ НАСЛЕДНОМ РЕДУ ПО ЗАКОНУ О НАСЛЕЂИВАЊУ СРБИЈЕ.....423

2. Др Драгица Живојиновић, доцент
СВОЈЕВРСНА ДЕЈСТВА НЕВАЖЕЋИХ ЗАВЕШТАЊА 437

Одељак IX
ПРАВО НА ЗАСНИВАЊЕ И ЗАШТИТУ ПОРОДИЦЕ

1. Др Зоран Поњавић, редовни професор
МОГУЋНОСТ УГОВАРАЊА У ПОРОДИЧНОМ ПРАВУ, ПОСЕБНО КОД РАЗВОДА БРАКА 455

2. Др Душица Палачковић, редовни професор
ОГРАНИЧЕЊА ИНТЕРВЕНЦИЈИ ОРГАНА СТАРАТЕЉСТВА У НЕКИМ СТВАРИМА ВРШЕЊА РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА 471

Одељак X
СЛОБОДА ТРГОВИНЕ И ПРАВА ПОТРОШАЧА

1. Др Миодраг Мићовић, редовни професор
НЕПОШТЕНИ УГОВОРНИ УСЛОВИ И ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА.....487

2. Бојан Ђокановић, асистент-приправник
ИМОВИНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА 501

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

1. Др Марко Павловић, редовни професор
ПОЛОЖАЈ МАЊИНА У СРБИЈИ И ЈУГОСЛОВЕНСКОЈ ДРЖАВИ 511

2. Зоран Чворовић, асистент-приправник
СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ У КНЕЖЕВИНИ И КРАЉЕВИНИ СРБИЈИ.....533

Одељак XII

МЕЂУНАРОДНИ ОКВИРИ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И УСКЛАЂИВАЊЕ СА НАЦИОНАЛНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ СЦГ

1. Др Иван Чукаловић, редовни професор
ПОСТУПАК ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА У СТРАЗБУРУ И КОМИТЕТОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ЖЕНЕВИ.....557

CONTENT

PREFACE **1**

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

1. Bora Čejović, a full-time professor
EUROPEAN CONVENTION FOR PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND BASIC FREEDOMS AND CRIMINAL LAW OF SERBIA AND MONTENEGRO **20**

2. Stanko Bejatović, a full-time professor
CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATURE AND FORMS OF SERIOUS CRIMES **43**

3. Snežana Soković, a full-time professor
INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS IN THE EXECUTION OF CRIMINAL SANCTIONS **57**

4. Branislav Simonović, a full-time professor
DISCUSSION ON THE DRAFT OF THE BILL ON NATIONAL DNA REGISTRY **74**

5. Dragana Petrović, an associate professor
NEW GLOBAL TERRORISM **106**

Chapter II
PROPERTY RIGHT AS A UNIVERSAL HUMAN RIGHT AND AS A BASIS OF HUMAN FREEDOM

1. Nina Planojević, a docent
THE PROSPECTS OF THE RIGHT OF THE THIRD PERSON TO THE PROPERTY ACQUIRED IN OWNERSHIP FROM AN UNAUTHORIZED TRANSFEROR **122**

Chapter III
FUNCTIONING OF ADMINISTRATION AND HUMAN RIGHTS AND FREEDOM PROTECTION

1. Branislav Marković, a full-time professor
THE CRISIS OF LEGAL SYSTEM AND MEN OF INTELLECT IN SERBIA 140

2. Nevenka Bačanin, a full-time professor
THE RELATIONSHIP BETWEEN THE ADMINISTRATION BODIES AND THE UNITS OF LOCAL ADMINISTRATION - THE CONCEPT OF LOCAL GOVERNMENT 153

3. Radoje Brković, a full-time professor
YOUTH (STUDENTS) EMPLOYMENT SERVICE AND ANTI - COMPETITIVE CLAUSE 171

4. Dragan Bataveljić, an associate professor
THE CHARTER ON HUMAN RIGHTS AND MINORITIES CIVIL RIGHTS AND FREEDOMS AS A PART OF THE CONSTITUTIONAL CHARTER OF THE STATE UNION OF SERBIA AND MONTENEGRO 199

5. Bojan Urdarević, an assistant beginner
EMPLOYMENT DISCRIMINATION BASED ON THE CITIZENSHIP IN EUROPEAN UNION 215

6. Zoran Jovanović, an assistant beginner
ABOUT NECESSITY OF INTRODUCING THE OMBUDSMAN INTO OUR LEGAL SYSTEM 228

7. Matić Dejan, an assistant beginner
THE PRINCIPLE OF MAJORITY IN A DEMOCRATIC SYSTEM AND ITS LIMITATIONS 237

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

1. Radovan Vukadinović, a full-time professor
SOME CHARACTERISTICS OF THE ACT ON THE REGISTRATION OF COMPANIES COMPARED TO EU LAW.....262

2. Božin Vlašković, a full-time professor
THE CONCEPT OF FAMOUS TRADEMARKS IN LEGAL THEORY AND COURT PRACTICE 272

3. Milena Petrović, an associate professor
THE ACTIVITIES OF INTERNATIONAL FINANCIAL LEASING IN SERBIAN LEGISLATION 284

4. Sonja Spasojević, an assistant beginner
LEGAL NATURE OF THE SIGNS OF GEOGRAPHIC ORIGIN AND HOW THEY DIFFER FROM OTHER TYPES OF SIGNS 299

Chapter V
TAX SYSTEM AND ECONOMIC STATUS OF CORPORATE SUBJECTS

1. Predrag Stojanović, a full-time professor
TRANSITION AND FISCAL CONSEQUENCES 314

2. Sveto Purić, a full-time professor
THE POSITION OF A BANK ON THE FINANCIAL MARKET 330

3. Nada Todorović, a docent
LEGAL AND ECONOMIC ASPECT OF THE MARKET RELATIONS BETWEEN THOSE PARTICIPATING AT THE CAPITAL MARKET.....338

4. Jasmina Labudović, an assistant beginner
CONCEPT, ELEMENTS AND DISTRIBUTION OF PREMIUM AS THE PRICE OF INSURANCE.....369

Chapter VI
FREEDOM OF FORMING CITIZEN'S ASSOCIATIONS

1. Nenad Djurdjević, a full-time professor
A MODEL OF THE ACT ON ASSOCIATIONS 411

Chapter VII
FREEDOM OF RELIGION

1. Emilija Stanković, an associate professor
OUR LEGAL HISTORIANS FROM THE 19TH AND 20TH CENTURIES ON THE INFLUENCE OF ROMAN LAW ON SERBIAN MEDIEVAL LAW.....420

Chapter VIII
FREEDOM OF LEGACY

1. Slobodan Svorcan, a full-time professor
SUCCESSION IN THE FIRST DESCENDING ORDER PURSUANT THE LAW ON SUCCESSION OF THE REPUBLIC OF SERBIA.....435

2. Dragica Živojinović, a docent
SOME OF THE EFFECTS OF NON-VALID WILLSS 452

Chapter IX
RIGHT TO ESTABLISH AND PROTECT FAMILY

1. Zoran Ponjavić, a full-time professor
POSSIBILITY OF AGREEMENT IN FAMILY LAW, ESPECIALLY AT DIVORCE 470

2. Dušica Palačković, a full-time professor
LIMITATIONS IN THE INTERVENTIONS OF GUARDIANSHIP BODIES IN SOME ACTIVITIES OF EXERCISING PARENTAL RIGHTS.....484

Chapter X
FREEDOM OF TRADE AND CUSTOMER'S RIGHTS

1. Miodrag Mićović, a full-time professor
UNFAIR CONTRACTUAL CONDITIONS AND CONSUMERS' PROTECTION.....499

2. Bojan Djokanovic, an assistant beginner
LEGAL AND PROPERTY PROTECTION OF CONSUMERS.....507

Chapter XI

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

1. Marko Pavlović, a full-time professor
THE POSITION OF MINORITIES IN SERBIA AND THE STATE OF YUGOSLAVIA 530

2. Zoran Čvorović, an assistant beginner
THE FREEDOM OF RELIGION IN SERBIAN PRINCIPALITY AND KINGDOM.....552

Chapter XII

INTERNATIONAL FRAMEWORK FOR HUMAN RIGHTS PROTECTION AND HARMONIZATION WITH THE STATE UNION OF SERBIA AND MONTENEGRO LEGISLATION

1. Ivan Čukalović, a full-time professor
THE PROCEDURE FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS BEFORE THE EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS IN STRASBOURG AND THE COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS IN GENEVA 563

ПРЕДГОВОР

Једно од основних обележја савременог човечанства, а тиме и времена у којем живимо, јесу слободе и права човека и грађанина. У прилог исправности овакве констатације довољно је навести само три чињенице. То су: Прво, проблематика слобода и права човека и грађанина већ дуги низ година, или боље речено већ више деценија престала су да буду питања националног карактера. Насупрот, сврстана су у ред приоритетних питања међународног карактера. У прилог овога најбоље говори чињеница бројности међународних аката посвећених овог 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 са општеприхваћеним правним стандардима и решењима датим у савременим правним системима.

Руковођени жељом да дамо што већи допринос квалитету ове реформе, а тиме и да дамо свој што потпунији допринос и укључивању наше др-

жаве у све међународне институције, већ трећу годину интезивно радимо на овом научноистраживачком пројекту. И управо захваљујући оваквом раду, након три године изучавања ове проблематике дошли смо до нових резултата рада по питању начина решавања слобода и права, као и по питањима везаним за њихову што адекватнију примену, и исте чинимо, путем овог (трећег по реду) зборника радова доступним нашој стручној, и не само стручној јавности.

Чинећи доступним резултате овог научноистраживачког пројекта нашој стручној, и не само стручној, јавности дубоко смо убеђени, а то нам је и искрена жеља да ће радови у овом зборнику бити од великог значаја како за адекватно сагледавање свих аспеката 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, као што је то већ истакнуто, од посебног значаја управо у овоме периоду развоја и егзистирања наше државе, периоду у којем се чине сви неопходни напори за осавремењавање нашег правног система, а на тај начин и за стварање свих предуслова за нашу пуну интеграцију у све токове Европске Уније шире. Ако стручна критика радова објављених у овом, као и у претходна два зборника објављена на ову исту тему, покаже да су испуњена ова наша очекивања то ће нам бити највећа сатисфакција за сав до сада уложени труд и рад на овом изузетно значајном научноистраживачком пројекту, као и подстрек за будући рад чланова научноистраживачког тима на проблематици слобода и права човека и грађанина уопште.

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, 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 овог зборника радова. Без овакве помоћи рад на реализацији овог 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.

Крагујевац, децембар 2004. године Проф. др Станко Бејатовић

Одељак I

СЛОБОДЕ И ПРАВА ЧОВЕКА И ГРАЂАНИНА И КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Др Бора Чејовић,
редовни професор

***UDK**: 341.231.14(4):343.2(497.1)*

ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА И МАТЕРИЈАЛНО КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Пре нешто више од десет година, у организацији Удружења за кривично право и криминологију Југославије, одржано је, на истом месту и готово у исто време, саветовање под насловом "Југословенско кривично законодавство и његово усаглашавање са уставом СРЈ".[1]

Од тог доба, све се променило.

Од тог доба, ништа се није променило.

Савезна Република Југославија постала је Државна заједница Србија и Црна Гора.

Удружење за кривично право и криминологију Југославије (п)остало је то исто удружење, али не Југославије, него Србије и Црне Горе.

Поменуто Саветовање се данас, може се слободно рећи, поново одржава, али сад под насловом "Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе".

Готово исто, као и претходно саветовање.

Разлика само у томе што смо се онда усаглашавали са самим собом, а сада се усаглашавамо са Европом.

Какав напредак!

За тако (у ширим разматрањима посматрано, безначајно) кратко време.

Свега десетак година.

У којима се, као што је речено на почетку, све променило.

Речено је - и да је све остало исто.

Па, од многобројних ствари које се баш ништа нису промениле, на овом месту је значајна само једна: и онда смо расправљали о људским слободама и правима, и сада, опет, расправљамо о истом.

---

[1] Видети: Материјал Саветовања, Београд, 1993. године. Такође и Југословенску ревију за криминологију и кривично право, број 3, септембар-децембар 1993. године.

Дакле, опет исто - али није исто.

Опет у функцији Европе, односно Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Случајно или намерно, али свакако свеједно, и референт на ту тему - опет исти.[2]

Врло тешко је отети се утиску који би овде био крајње одговарајући.

Утиску најбоље израженом филмским језиком: римејк издање!

И пошто се, неизбежно, ради о римејк - издању, да своја излагања, започнемо истим речима.[3]

Тада смо рекли следеће: "Можда у целокупном развоју цивилизације, човек ничега више није био жељан него слободе. Је ли то њему својствено као и сваком другом бићу, или је разлог таквом стању то што је у људском животу одувек било толико неслободе? Питање није само рефлексивне природе, и ни одговор, ништа више. Од одговора на то питање, зависи много штошта.

Ако је осећање неслободе иманентно самој људској природи, онда се ту тешко шта може учинити. Готово ништа. Јер, то је онда ствар потпуно субјективне природе. Рекло би се ствар осећања. А на осећања се тешко може утицати. Напротив, сваки утицај, по правилу, учвршћује емоције. Понекад, од фатализма, што је парадокс, јер управо потврђује да је људска природа сасвим слободна логички тако произлази, мада заиста није тако. Ипак су то тек емоције.

Ако је осећање неслободе проузроковано друштвеним нормама које регулишу питање понашања појединаца, онда се ту може итекако утицати."

Итекако утицати!

Руку на срце, то је разлог што се усуђујемо да о истој ствари поново расправљамо.

Па, да видимо је ли такав приступ био оправдан?

1. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА И ЉУДСКА ПРАВА И ОСНОВНЕ СЛОБОДЕ

Питања која се односе на заштиту слобода и права човека одувек су заокупљала пажњу прогресивних снага у свету. Интерес за та питања није везан за одређене државе или регионе, он је општи и заједнички за све државе и народе. Та питања су била предмет свих великих политичких про-

[2] Наслов реферата писца ових радова био је "Кривична дела против слободе и права човека и грађанина" (видети фусноту под бројем 1).

[3] Упркос несумњивој чињеници, коју смо и сами више пута истицали да онај који цитира себе, није ништа бољи од онога који цитира друге. (Или је много гори?)

грама (као што су Magna Charta libertatum из 1215. године, Француска декларација о правима човека и грађанина из 1789. године, Совјетска декларација о правима радног и експлоатисаног народа из 1918. године и др.), она су и данас део општих опредељења свих политичких странака и покрета. Универзални значај слобода и права човека дошао је до изражаја и у многим међународним актима.[4]

Овде се, нарочито, имају у виду: Повеља Уједињених нација од 1945. године, затим Универзална декларација о правима човека коју је усвојила Генерална скупштина Уједињених нација 1948. године, затим Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима такође усвојен од Генералне скупштине Уједињених нација 1966. године, као и Међународни пакт о грађанским и политичким правима усвојен од истог органа, исте године.

Конвенцију о којој је овде реч потписало је у Риму четвртог новембра 1950. године, тринаест држава чланица Савета Европе. На снагу је ступила трећег септембра 1953. године.

Размотривши Универзалну декларацију о правима човека коју је прокламовала Генерална скупштина Уједињених нација, десетог децембра 1948. године, ова конвенција потврђује поново своју дубоку веру у оне основне слободе које су темељ правде и мира у свету и које су најбоље очуване, с једне стране, стварном политичком демократијом, а, с друге стране, општим схватањима и уважавањем права човека од којих ове слободе зависе.[5]

Овако конципирана, ова конвенција се може описати као једно од највећих достигнућа Савета Европе.

Иначе, по члану 66, ова конвенција је отворена за потпис члановима Савета Европе.[6]

До сада је донето више протокола, односно амандмана уз ову конвенцију, од којих је последњи протокол усвојен 14. маја 2004. године. Оцењено је, на 114. заседању Комитета министара Савета Европе, да "протокол представља кључно достигнуће у дугорочном унапређењу система заштите људских права путем конвенције, а у оквиру надлежности Европског суда за људска права, при чему су позване све земље чланице да потпишу и ратификују Протокол.[7]

---

[4] Видети: La convention européenne des droits de l' homme, Direction de l' information, Conseil de l' Europe, Strasbourg, 1968.

[5] Видети: J. Brownlie, G. S. Goodwin-Gill, Basic docccuments on human rights, New York, 2002. стр. 398.

[6] R. Beddart, Human rights and Europe, Cambridge, 2000. стр. 1.

[7] Протокол је већ потписало седамнаест земаља.

1) Садржина Конвенције

Сви претходно наведени акти који се баве заштитом људских права и слобода, недвосмислено указују на спремност и међународне заједнице (у ширем или ужем обиму) и, првенствено, држава које су потписнице тих докумената да предузму све мере које су потребне за заштиту тих права, односно слобода.

У том правцу, и Европска конвенција, већ у члану 1. предвиђа да ће високе стране уговорнице обезбедити свакоме, у оквиру своје јурисдикције права и слободе дефинисане у овој конвенцији.[8]

А у члану Конвенције предвиђено је да свако има право на слободу и безбедност личности и да нико не може бити лишен слободе сем у случајевима предвиђеним Конвенцијом, и у сагласности са поступком предвиђеним законом.[9]

Већ из сажетог навођења само неколико одредаба Конвенције, јасно произилази да Конвенција гарантује различита људска права.[10] Почев од већ истакнутог права на слободу и безбедност личности, овде се, на првом месту, има у виду право на живот (члан 2. Конвенције), право на човечно поступање (члан 3), право на непристрасно суђење пред независним судом (члан 6), у оквиру којег је предвиђена и претпоставка невиности оптуженог све док се по закону не докаже да је крив.

Непосредно у вези са тим, посебно место у овој конвенцији је и принцип законитости (члан 7, став 1) који предвиђа да се нико не може сматрати кривим за кривично дело настало чињењем или нечињењем, које, у време кад је извршено, није представљало кривично дело по националном или међународном праву. Исто тако, овим прописом је предвиђено да се учиниоцу не може изрећи тежа казна од оне која се примењивала у време кад је кривично дело извршено. На овом месту, од посебног значаја је одредба по којој наведени члан (7, став 2) не прејудицира суђење и кажњавање неког лица за чињење или нечињење које се у време извршења сматрало кривичним делом према општим начелима права признатим од међународне заједнице.

Даље, члан 8. Конвенције предвиђа да свако право на поштовање свог приватног и појединачног живота свога дома и своје преписке.

Свако, по овој конвенцији, има право на слободу мисли, савести и вероисповести, укључујући и слободу да човек своју вероисповест или да

---

[8] Видети: R. Provost, International human rights and humanitarian law, Cambridge, 2002, стр. 19.

[9] Видети: N. H. B. Jorgensen, The responsability of states for international crimes, Oxford, 2003, стр. 95.

[10] C. M. V. Clarkson, Understending Criminal law, London, 2001, стр. 5.

испољава своју вероисповест или убеђење путем култа, проповедања, практичног рада и вршења обреда (члан 9).

Свако има право на слободу говора (члан 10). Ово право укључује и слободу мишљења, примања и саопштавања обавештења и идеја, без мешања јавне власти и без обзира на границе.

Свако има право на слободу мирних скупова и слободу удруживања са другима, укључујући право оснивања и приступања синдикатима ради заштите својих интереса (члан 11).

Људи и жене, дозрели за брак, имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу са националним законима који регулишу вршење овог права (члан 12).

Свако коме су повређена права и слободе, предвиђене о овој конвенцији, треба да располаже ефикасним правним леком пред националним властима без обзира што су повреду извршила лица која су поступала у службеном својству (члан 13 Конвенција).

У непосредној вези са овом одредбом је и одредба из члана 19. Конвенције у којој је предвиђено:

"Да би се обезбедило поштовање обавеза које за Високе стране уговорнице проистичу из ове конвенције, образује се:

1) Европска комисија за права човека,

2) Европски суд за права човека"

Најзад, овде је веома важно истаћи и одредбу из члана 14. у коме је предвиђено да уживање права и слобода, признатих овом конвенцијом, обезбеђено је без дискриминације на основу пола, расе, боје коже, језика, вероисповести, политичког или другог убеђења, националног или социјалног порекла, припадности некој националној мањини, имовине, рођења или других сличних стања.[11]

Већ из овако сажето изнешене садржине, лако се може закључити да је Конвенција, иако не баш сасвим нова и непозната, веома значајан документ за учвршћивање и даљи развој људских права и слобода.

Нарочито кад је реч о оним земљама које су, тако лако, изашле из Европе и које, тако тешко, настоје да се врате у њу.

Нажалост ова напомена се односи и на нашу земљу.

Можда највише.

[11] Видети: Људске слободе и права - Декларације и основни документи - Београд, 1968. године, стр. 180-192.

2. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ЗАКОНОДАВСТВО ДРЖАВНЕ ЗАЈЕДИЦЕ СРБИЈА И ЦРНА ГОРА

Пре него се каже било шта о овом питању, не може се утиску да се, у међувремену, и на овим просторима, не само много причало о људским правима и слободама, већ се том питању посвећивала изузетно велика пажња у сваком погледу.

Најизразитији доказ ове тврдње јесте Декларација Копаоничке школе природног права која је усвојена и проглашена шеснаестог децембра 2002. године.[12]

Поред многобројних одредаба које се односе на различита људска права и слободе, примарно место заузима одредба у којој је предвиђено: "Човек је рођен слободан, а свуда је у оковима" (члан 1.1.).

Даље, у Декларацији је речено да "природно право, засновано на ауторитету развијеног разума и заједничке умности обезбеђује човеку рационалну слободу у свим облицима његовог социјалитета" (члан 1.2.), али "окове му доноси позитивно право и то оно које је засновано на вољи, самовољи и насиљу једних у односу на друге. Окове му скида оно право које је засновано на парадигми природне и социјалне правде" (члан 1.3.).

Право и правни систем наше земље, упркос многобројним тешкоћама, настоји да се сврста у ову другу категорију.

Колико у томе успева - посебно је питање на које је веома тешко (а овде и сувишно) дати одговор.

Па да видимо, како се тај проблем одсликава у правном систему наше државе, у светлу људских права и слобода, а у односу на Европску конвенцију.

1. Најпре, коначно, трећег априла 2003. године, после више од педесет година од њеног усвајања, наша земља је потписала Европску конвенцију о људским правима и основним слободама. То је уследило непосредно после пријема наше државе у Савет Европе.[13]

После ратификације ове конвенције, наша земља ће бити обавезна да поштује њене одредбе.

Како ствари стоје у нашој земљи?

---

[12] Видети: Декларација Копаоничке школе природног права, Копаоник, 2002. год.

[13] М. Пауновић, Европска конвенција о људским правима у унутрашњем праву Државне заједнице Србија и Црне Гора, Бранич, број 1, 2004. год, стр. 31. ("Ову чињеницу констатујемо условно. Наиме, име наше земље, која се звала Савезна Република Југославија, недавно је замењено именом Државна заједница Србија и Црна Гора (четвртог фебруара 2003. године), а земља која је постојала када је усвојена Европска конвенција, више не постоји. Али, то је историја, на коју не можемо утицати и која је већини добро позната - Ibid, стр. 32).

Пре него што се да одговор на ово питање, мора се подсетити да је по већ поменутом члану 1. Конвенције, Државна заједница Србије и Црна Гора је дужна да осигура људска права из Конвенције свим лицима под својом јурисдикцијом. Значи не само њеним држављанима, него свима који ради остваривања својих права зависе од одлука њених органа. То, конкретно, значи да ће држављанин било које земље моћи да се обрати Европском суду за људска права и тужи Србију и Црну Гору за кршење права из Европске конвенције ако је то кршење зависило од одлука њених органа.[14]

А да би се ти уопште могло остварити, наша земља мора, пре свега, унети (имплементирати, како се то савремено каже) одредбе Конвенције у своје позитивно законодавство.

Ново питање се намеће, такорећи само по себи - у које законодавство?

Ваљда се овде, на првом месту, или по природи ствари, има у виду Уставна повеља Државне заједнице Србија и Црна Гора.

1) Конвенција и Уставна повеља Државне заједнице Србија и Црна Гора

1. Пре свега, овај највиши правни акт наше земље се не бави непосредно енумерацијом и заштитом људских права, како је уобичајено у великом броју држава. Текстом Уставне повеље, заштита основних људских права се у овај акт уводи посредно. Наиме, II одељак Уставне повеље посвећује људским правима три члана (8, 9. и 10), и то тако да ће то сигурно искомпликовати позицију Европске конвенције у нашем правном систему. Уставна повеља, чланом 8, упућује да ће се људским правима детаљно бавити један други правни акт, који носи назив Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама. Такође је предвиђено да ће овај акт када буде усвојен (по истом поступку по коме и Уставна повеља), представљати саставни део Уставне повеље. То је и учињено, па је Повеља о људским и мањинским правима усвојена од стране скупштина држава чланица и Скупштине Србије и Црне Горе неколико недеља после усвајања Уставне повеље.

[14] М. Пауновић, Ibid, стр. 34. (По овом истом мишљењу, "један од разлога који је довео до тога да ратификација још није објављена могао би бити, по нашем мишљењу, апсолутни правни хаос који влада у правном поретку ове државе, који је изазвао многобројна кршења људских права гарантованих Европском конвенцијом. Пошто ће моментом ратификације то постати видљиво и за Европски суд за људска права (а много видљивије и Савету Европе и Европској Унији), тај моменат треба одложити. И не само то. Разлог одлагања ратификације је и страх од великог броја поступака које би по чл. 34. Европске конвенције покренули појединци пред Европским судом за људска права, услед наводних кршења људских права из Конвенције у нашој земљи. Накнаде за штете (правична задовољења) претрпљене од последица кршења људских права гарантованих Европском конвенцијом, које би у тим случају наша земља требало да исплати појединцима биле огромне." - Ibid, стр. 33). Само да подсетимо, 1. јуна ове године, тај број је већ прешао две стотине.

Има мишљења да би боље било за примену Европске конвенције да Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама није ни на који начин одвајана од основног акта земље, јер се на тај начин, већ у основном акту, отупљује и компликује делотворност, спровођење и заштита људских права, односно примена Европске конвенције. Наиме, управо ови делови Уставне повеље које смо споменули врло су слични неким одредбама Повеље о људским и мањинским правима (упоредити, на пример, члан 10. Уставне повеље са чланом 7. Повеље о људским и мањинским правима који говоре о примени међународног права у области људских права), па ће то отежати евентуалну примену ових одредаба од стране унутрашњих судова. Али то је мањи проблем, о коме ће још бити речи.[15]

Коначно, та примену Европске конвенције, значајна је одредба из члана 9. Уставне повеље.[16]

Најпре, члан 9. Повеље ("Остваривање људских и мањинских права и грађанских слобода") предвиђа:

"Државе чланице уређују, обезбеђују и штите људска и мањинска права и грађанске слободе на својој територији (став 1);

Достигнути ниво људских и мањинских права, индивидуалних и колективних, и грађанских слобода, не може се смањивати (став 2);

Србија и Црна Гора прати остваривање људских и мањинских права и грађанских слобода и обезбеђује њихову заштиту, у случају када та заштита није обезбеђена у државама чланицама (став 3)."

Из овакве одредбе, заиста је тешко установити неке, иоле садржајније, смернице о томе које законодавство Заједнице и, на који начин, предвиђа која су то људска права и слободе чију заштиту треба предвидети и обезбедити.

Тим питањем се као што је речено, бави Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама.[17]

2. Полазећи од става да свако има право на слободан развој своје личности (члан 1. став 2) и одредбе да свако има обавезу да поштује људска и мањинска права других (члан 2. став 1), ова повеља људским правима и основним слободама (слично Европској конвенцији), посебну пажњу посвећује у II делу, баш под насловом "Људска права и основне слободе".

---

[15] М. Пауновић, Ibid, стр. 36.

[16] Видети: Уставна повеља Државне заједнице Србија и Црна Гора (са пратећим документима и прописима), приредио С. Илић, Београд, 2003. год. (Видети: Службени лист Србије и Црне Горе, број 1. од 4. фебруара 2003. год).

[17] Повеља је усвојена у скупштинама Републике Србије и Црне Горе, 26. фебруара 2003. године, а у Скупштини Србије и Црне Горе 28. фебруара 2003. године. Видети: Службени лист Србије и Црне Горе, број 6. од 28. фебруара 2003. год.

Може се слободно рећи да су своје место нашла сва она људска права и основне слободе које су већ предвиђене Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода.

И то, почев од права на живот (члан 11. Повеље), права на неповредивост физичког и психичког интегритета (члан 12. став 1), права на слободу и безбедност (члан 14), па до права на имовину (члан 23), права на поштовање приватног и породичног живота (члан 24) и слобода: мишљења и изражавања (члан 29), медија (члан 30) окупљања (члан 31), удруживања (члан 32) и других.

Једном речи, Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, предвиђа сва она општа права и слободе предвиђене Европском конвенцијом, као и она људска права и слободе која се због специфичности наше земље, на било који начин тичу националних мањина.

3. Излагања о људским правима и слободама у нашој земљи остала би недоречена ако се не би имао у виду и члан 10. Уставне повеље, у коме је предвиђено:

"Одредбе међународних уговора о људским и мањинским правима и грађанским слободама које важе на територији Србије и Црне Горе непосредно се примењују."

Оваква одредба је веома значајна јер чини потпунијом област људских права и слобода. Боље речено, она омогућава и заштиту неког људског права и слободе и у случајевима када то (или док то) није предвиђено одредбама националних законодавства, а већ јесте предвиђено неким међународним актом који је наша земља прихватила.

Наравно, ова одредба се у потпуности односи и на Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.

3. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА И КРИВИЧНО ЗАКОНОДАВСТВО СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ

Претходна излагања, која су се односила на законодавство Државне заједнице Србија и Црна Гора у области људских права и слобода, очигледно су се односила на област уставног законодавства које је заједничко за Србију и Црну Гору.

Дакле, за законодавство које је заједничко, што ће рећи да је подједнако важи и у Србији и у Црној Гори.

Овде је реч о кривичном законодавству.

Значи, овде се ради о нечем другом.

То с разлога што је Црна Гора донела свој Кривични законик који је већ ступио на снагу.[18]

У Србији је, у овом погледу, ситуација, благо речено - чудна.

Област кривичноправних односа регулишу два закона: Кривични закон Савезне Републике Југославије, који је Законом о изменама и допунама проглашен за Основни Кривични закон Србије који је претрпео многобројне измене и допуне.[19]

У време када се одлаже решење било ког важнијег питања из правног система, Црна Гора је, бар брзо, донела свој Кривични законик.

Но, надамо се да ће и Србија ускоро донети свој Кривични законик, па ће ситуација у Србији бити нешто јаснија.

Дакле, ситуација ће (опет се надамо) ускоро бар бити јасна, свака чланица Заједнице ће област кривичноправне заштите људских права и слобода регулисати самостално.

Да видимо, најпре, како то сада изгледа.

1) Опште напомене о кривичноправној заштити људских права и слобода

Већ је, сасвим тачно, речено да слободе и права човека имају огроман значај за појединца, за његову егзистенцију и положај у друштву, али истовремено, ове слободе и права, у својој укупности, представљају друштвену вредност чија је заштита основни услов за стваралачку улогу човека, а самим тим и за општи друштвени развој. Основну гаранцију за ову заштиту су друштвенополитички односи који постоје у одређеној друштвеној заједници и основна опредељења која из тих односа произилазе. Ти односи чине реалну основу не само за одређивање обима слобода и права, већ и за њихову заштиту, па, према томе, и за кривичноправну заштиту.[20]

Какво је ту место Европске конвенције и какав је њен значај за кривично законодавство?

Без размишљања, одмах се може одговорити - централно место и веома велики значај.

Пре свега, одредбе Конвенције морају бити унете у кривично законодавство домаће државе. Тако, кривично право мора бити посматрано као средство које је што је могуће у већој мери у складу са правима која су

[18] Видети: Службени гласник Републике Црне Горе, број 70. од 25. децембра 2003. год.

[19] Видети: Службени гласник Републике Србије, број 10. и број 11. из 2002. год и број 67. из 2003. год.

[20] Коментар Кривичних закона Србије, Косова и Војводине, Београд, 1978. год, стр. 170.

предвиђена Конвенцијом.[21] Боље речено, одредбе Конвенције представљају могуће формулације за одредбе кривичног права, односно законодавства.[22]

Тако се долази у ситуацију да је малтене свака одредба Конвенције којом се заштићује неко људско право или слобода само основица одговарајуће одредбе кривичног законодавства.

Наравно, овде је реч само о људским правима и слободама предвиђеним Конвенцијом, што ни мало не умањује значај других правних аката, пре свега оних уставне природе, који, такође представљају темељ одговарајућих одредаба кривичног законодавства којима се штите људска права и слободе.

Практичан "трансфер" одредаба конвенције у национално законодавство, остварила је кроз одговарајуће групе кривичних дела, односно главе кривичног законика.

Само примера ради, Кривични законик Швајцарске предвиђа групу кривичних дела против слобода (Поглавље четврто, чланови 180-187)[23], Кривични законик Савезне Републике Немачке - Кривична дела против личних слобода (Поглавље осамнаесто, параграфи 234-241а)[24] итд.

Овде треба посебно имати у виду да се из одредаба садржаних у групи кривичних дела против слобода и права, не може добити права слика о обиму њихове кривичноправне заштите. Слободе и права човека и грађанина су објект заштите не само ове групе кривичних дела против живота и тела већ и кривичних дела против радних односа, части и угледа, морала и достојанства личности, имовине, службене дужности - управљена су такође против слобода и права, али и против других заштитних објеката и зато су сврстана у више група кривичних дела.[25]

Из тог разлога, можда је прихватљивије решење које је усвојено у Кривичном законику Италије.

Наиме, овај кривични законик на специфичан начин регулише ова кривична дела.

Томе је у оквиру Главе XII, посвећен посебан одељак III.

Први део овог одељка садржи одредбе које регулишу кривична дела против индивидуалне слободе (чланови 600-605), други одељак се односи на кривична дела против личне слободе (чланови 605-609), а трећи одељак регулише кривична дела против моралне слободе (чланови 610-614).[26]

---

[21] A. Reed, P. Seago, Crminal Law, London, 2002. стр. 15.
[22] C. M. Clarkson, Ibid, стр. 5.
[23] Видети: Code pénal suisse, Berne, 1974. год.
[24] Видети: Кривични законик Савезне Републике Немачке са Уводним Законом за Кривични законик и Војни кривични закон, превод, Београд, 1998. год.
[25] Коментар Кривичних закона Србије, Косова и Војводине, стр. 171.
[26] Codice penale, Milano, 2002. год.

Сигурно је да ни на овакав начин, у групи кривичних дела против слобода и права човека, не могу бити обухваћена баш сва кривична дела против слобода и права грађана, али је извесно да је на, једном месту, обухваћен њихов највећи број.

У крајњој линији, другачије и није могуће.

С простог разлога што свако кривично дело, било које врсте, на неки начин стоји у вези са неким људским правом или слободом.

2) Кривична дела против слобода и права човека и грађанина у Кривичном закону Србије и Кривичном законику Црне Горе

Врло тешко, а рекло би се и потпуно сувишно, питање!

Пре свега, ради се о два кривичноправна акта: једном Кривичном закону и једном Кривичном законику.

Истовремено, реч је о групи кривичних дела која се и у једном и у другом закону зову истоветно. Кривична дела против слобода и права човека и грађанина.

Глава VIII Кривичног закона Србије.

Глава XV Кривичног законика Црне Горе.

А све у светлу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Све је јасно.

И све је нејасно.

Наиме, иако су други рекли, велику збрку у осмишљеном правном поретку на територији Државне заједнице која ће изазвати велике проблеме у "непосредној примени" Европске конвенције, придодају одредбе које се тичу надлежности Скупштине Србије и Црне Горе.

Прво, чланом 19, законодавна надлежност у области људских права Скупштине Србије и Црне Горе, може се наслутити искључиво у одредби која се тиче "политике усељавања и давања азила" и која донекле упућује на "право на слободу кретања". Остале области које се тичу уживања људских права, као што су, на пример, кривично законодавство, односно кривични законик, који би инкриминисао кршење права гарантованих Конвенцијом, или закон о кривичном поступку где се детаљно имплементира право на слободу и безбедност личности, итд. пренете су у потпуности, у надлежност држава чланица.

Друго, а већ назначено, Суд Србије и Црне Горе, по члану 46. Уставне повеље, који би требало да буде наводно надлежан и у области људских права, има искључиво надлежност да "одлучује о жалбама грађана, када им институција Србије и Црне Горе угрози права и слободе гарантоване Уставном повељом, уколико није предвиђен други поступак правне заштите". То, "преведено" значи да се поступак за кршење људских права фактички окончава на нивоу држава чланица, те да овај орган неће имати ни-

какве надлежности у области надзора над вршењем људских права на целој територији Србије и Црне Горе.[27]

У вези са овим, опет, како су други рекли, познато је да је агонија кривичног законодавства прихватањем концепције о подељеној законодавној надлежности, а посебно касније са решењем из члана 77. Устава СР Југославије, настављена је и скоро доведена до апсурда усвајањем Уставне повеље.[28]

Шта је, ту је!

О наведеним тешкоћама - другом приликом.

Овде ћемо, још једном, на истом месту говорити о кривичном законодавству Србије и Црне Горе као заједнице.

Још увек.

Или - докле?

Јер, у односу на Конвенцију, Србија и Црна Гора постоје само као једна држава.

3) О кривичним делима против слобода и права човека и грађанина - мало подробније

1. Кривичноправна заштита слобода и права човека и грађанина у кривичном законодавству и Србије и Црне Горе има посебно место.

Да је то тако произилази већ из одредбе члана 1. Основног кривичног закона по коме кривично законодавство заштићује од насиља, самовоље, кршења уставности и законитости и других друштвеноопасних дела, основна права и слободе човека и грађанина и (тек онда) независност и безбедност земље и уставом утврђени правни поредак.

А у члану 2. ("Основ и границе кривичноправне принуде") предвиђено је да заштита човека и других основних вредности друштва и примењивање кривичноправне принуде, у мери у којој је то нужно за сузбијање друштвено опасних делатности, представљају основ и границе за одређивање кривичних дела и прописивање кривичних санкција.

То исто, али мало другачије, предвиђа и Кривични законик Црне Горе у чијем је члану 1. речено да заштита човека и других основних друштвених вредности представља основ и границе за одређивање кривичних дела, прописивање кривичних санкција и њихову примену, у мери у којој је то нужно за сузбијање тих дела.

Дакле, исто, али мало другачије.

Сасвим, или безначајно мало.

---

[27] М. Пауновић, Ibid, стр. 38.

[28] Љ. Лазаревић, Уставна повеља и законодавна надлежност, Материјали Саветовања "Уставна повеља и законодавна надлежност", Београд, 2003. год, стр. 142.

Овде следи једна општа напомена: не може се отети утиску да се нека решења у Кривичном законику Црне Горе разликују од решења у кривичном законодавству Србије само зато да би се разликовала.

Стварне разлоге таквог разликовања (истих ствари) заиста је тешко сагледати.

Остаје посебно интересантно каква ће решења, у односу на постојеће кривично законодавство и у односу на Кривични законик Црне Горе предвиђати нови Кривични законик Србије.

Утисак који се намеће сам по себи - није ли било боље направити један (заједнички) модел Кривичног законика који би представљао основ за кривичне законика Србије и Црне Горе.

Но, није без разлога давно речено - да су после битке - сви генерали.

2. Ако би се наставило овим путем, онда би неминовно следила даља анализа појединачних одредби Главе VIII Кривичног закона Србије и Главе XV Кривичног законика Црне Горе које, као што је речено, под истоветним називом предвиђају кривична дела против слобода и права човека и грађанина.

Но, то нам није намера.

Није, јер би то захтевало веома опширно упоређивање одредаба о појединим кривичним делима, њиховим разликама и сличностима.

Упоређивање које не би имало никаквог смисла.

И то с разлога што се већ на почетку зна да је реч о мање-више, истим кривичним делима.

Када се такође зна и да су разлике између две наведене главе (Кривичног закона, односно Кривичног законика) такве да не заслужују баш никакву пажњу.

Но то није све.

Има још један разлог који оправдава овакав приступ.

Много јачи разлог.

4) Европска конвенција за заштиту људских права и слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе *de lege ferenda*

Нема сумње да је кривично законодавство које је важило на овим просторима у протеклих педесет година, као и оно које је сада у примени веома велику пажњу посвећивало заштити људских права и слобода.

Наравно да се таквој оцени могу ставити и одређени приговори, али би се пре могли односити на практичну примену, одредаба тог законодавства, него и на начин којим је оно предвиђало ту заштиту.

На крају, раскорак између прокламованог и оствареног не само што је могућ, већ је и веома чест.

И то не само код нас.

Оно што је, међутим, значајније је то што ће наша земља после дефинитивног усвајања Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, морати да посвети много више пажње остваривању те заштите.

Наслеђени проблеми ће на том путу доносити низ тешкоћа. За њихово превазилажење биће потребно много и времена и напора.

Но, са гледишта материјалног кривичног законодавства, тај процес ће, ипак, ићи лакше.

То законодавство мора своја постојећа и будућа решења ускладити са тзв. стандардима који важе у земљама Европске заједнице и њиховом кривичном законодавству.

На крају, све време је присутан већ поменути члан 10. Уставне повеље, а нарочито члан 16, по коме ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права имају примат над правом Србије и Црне Горе и правом држава чланица.

Тако ће иста решења морати да буду прихваћена у будућем кривичном законодавству Србије и Црне Горе.

Било као једне заједничке, било као две самосталне државе.

Тако ћемо, поново, имати заједничко (некад се говорило јединствено) кривично законодавство.

Бар у области заштите људских права и слобода.

За почетак.

Можда је у томе, за наше прилике, и највећи значај Европске конвенције за заштиту основних људских права и слобода.

Bora Čejović, a full-time professor

EUROPEAN CONVENTION FOR PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND BASIC FREEDOMS AND CRIMINAL LAW OF SERBIA AND MONTENEGRO

Pursuant to Art. 26, parag. 7 of the Constitutional charter of the State Union of Serbia and Montenegro, the State Union passed the Act on ratification of the European Convention on protection of human rights and basic freedoms. Thus this Convention finally became the part of the legal system of Serbia and Montenegro.

The significance of this Convention on protection of human rights and freedoms is generally acknowledged and is reflected in various fields of law of each country pertaining to become a EU member. Among these fields of law, criminal law seems to be most affected because the basic human values, human rights and freedom, which are regulated by this Convention, are actually protected by the criminal law regulations.

And this work is mostly concerned with this issue. Beginning from the protection of the basic human right, the right to live, the author states that the criminal law of Serbia and Montenegro offers a complete protection of all other human rights and freedoms listed in the convention. This law goes even a step further since by the nature of its norms, it exceeds the scope of values mentioned in the Convention to a broader range existing in the contemporary world.

Hence, the author concludes that, from the point of view of its compliance with European conventions, Serbia and Montenegro criminal law can be classified among modern European criminal law systems.

Др Станко Бејатовић,
редовни професор

***UDK**: 343.1(491.1)*
343.13(497.1)
343.21(497.1)

КРИВИЧНО-ПРОЦЕСНО ЗАКОНОДАВСТВО И ТЕШКИ ОБЛИЦИ КРИМИНАЛА

1. Опште напомене о кривичнопроцесном законодавству и његовом утицају на успешност борбе против тешких облика криминала

1. Кривично законодавство посматрано уопште, а тиме и кривичнопроцесно законодавство као његов нераздвојни део изузетно је значајан фактор у остваривању циљева криминалне политике, односно боље речено политике сузбијања криминала.[1] И у теорији и у пракси неспорна је како њихова функционална повезаност тако и чињеница да од квалитета законске норме, њене адекватне примене у пракси, степена злоупотребе права, као и од организације и функционисања субјеката задужених за њену реализацију зависи, у не малом обиму, и степен утицаја кривичног законодавства на успешност остваривања циљева криминалне политике уопште. Нема сумње, ако одређени законски текст одговара савременим захтевима борбе против криминала, ако његове норме налазе адекватну примену у пракси, ако се злоупотребе права своде, на минималне случајеве или пак само на његове покушаје и ако је адекватна организација и функционисање правосудних и других органа који дејствују на пољу борбе против криминала, тј. ако функционише правна држава као целина, онда је улога кривичног законодавства у реализацији циљева криминалне политике не само већа већ и знатно успешнија и супротно. Оваква каузална повезаност између кривичног законодавства и криминалне политике посебно долази до изражаја код тешких облика криминала. Ово из разлога што је управо код ових облика криминала неспорна нужност, неопходност и оправданост

[1] О појму криминалне политике види: Др Милан Милутиновић, Криминална политика, Београд, 1984. год. и Др Зоран Стојановић, Политика сузбијања криминалитета, Нови Сад, 1991. год.

што ефикасније примене мера кривичне принуде. Овде као и уопште само ефикасна примена мера кривичне принуде[2] је инструмент успешне борбе против криминала и као таква одговара циљевима и генералне и специјалне превенције. Насупрот, неефикасна примена мера кривичне принуде супротна је циљевима и генералне и специјалне превенције и као таква охрабрује потенцијалне извршиоце кривичних дела и изазива, сасвим оправдано и незадовољство јавности чиме ова проблематика још више добија на свом значају.[3] Из ових разлога обавеза је сваког друштва да створи све предуслове за што успешнију борбу против криминала, тј. за што успешније остваривање циљева криминалне политике.

2. Посматрано са аспекта конкретизације предуслова од којих, генерално посматрано, зависи успешност једног друштва у остваривању циљева криминалне политике, тј. политике сузбијања криминала можемо констатовати да се они манифестују на четири основна начина. То су: Прво, на нормативном плану јер кривично законодавство представља законску основу за изградњу оног дела криминалне политике који се реализује на репресивном плану. Као такви, конкретни закони да би били у функцији адекватне криминалне политике морају да одговарају савременим захтевима борбе против криминала, да буду усклађени са нашом стварности и да буду примењиви. Једном речју морају, посматрано са аспекта свог садржаја, да буду ослобођени нормативног романтизма и да у себи садрже само онолико репресивности колико је то стварно неопходно – да буду адекватни времену и простору на којем се примењују, јер добро је познато и неспорно да превентивна функција законске норме није толико у њеној строгости колико у неминовности њене примене на свако лице у случајевима када су испуњени за то прописани законски услови.[4] Друго, општи циљ политике сузбијања криминала – заштита друштва од криминала остварује се и преко примене кривичног законодавства која мора да буде

[2] Под ефикасношћу кривичног поступка уопште подразумева се како његова квалитативна компонента (законитост вођења кривичног поступка и доношење правилне и законите судске одлуке) тако и његова квантитативна компонента (тј. временски размак од покретања кривичног поступка па до доношења правноснажне судске одлуке). С обзиром на ово, ефикасним кривичним поступком може се сматрати само онај поступак у којем је у реално кратком временском интервалу од његовог покретања па до окончања, уз пуно поштовање законитости његовог вођења, донесена правилна и законита правноснажна судска одлука. (О овоме види: Проф. др Станко Бејатовић, Трајање кривичног поступка као квалитативна компонента његове ефикасности и његов утицај на превенцију криминалитета, Деликти насиља, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2002. година, стр. 207-221).

[3] Види: Др Драго Радуловић, Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета, Зборник радова „Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета“, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год, стр. 187.

[4] Проф. др Станко Бејатовић, Трајање кривичног поступка..., стр. 211.

адекватна и у складу са интенцијама законодавца, а не само да остане мртво слово на папиру. Треће, у спречавању злоупотребе права. И четврто, ефикасност овог вида борбе против криминала уопште а тиме и против његових тешких облика условљена је, у великој мери, и добром организацијом и функционисањем и координираним радом правосудних и других органа непосредно ангажованих на пољу борбе против криминала. Преко ова четири аспекта кривично законодавство уопште а тиме и кривичнопроцесно законодавство као његов незаобилазни део инкорпорирано је у политику сузбијања криминала и представља њену значајну компоненту у остваривању протективне функције.

3. Ако се прихвати основна хипотеза постављена у овом раду да позитивно кривичнопроцесно законодавство стоји у каузалном односу са степеном реализације политике сузбијања криминала, уопште а тиме и његових најтежих облика, односно да је само адекватно – савремено кривичнопроцесно законодавство, законодавство усклађено са нашом друштвеном стварношћу у функцији адекватне политике сузбијања криминала, и то посматрано са аспекта сва четири начина његове манифестације, онда се као неминовно намеће пре свега питање: Да ли је наше позитивно кривичнопроцесно законодавство, посматрано са аспекта свог садржаја, као и са аспекта његове примене, такво да одговара захтевима савремене борбе против криминала или не? Ако не, шта би у њему требало мењати да би оно било у тој функцији? У наставку рада покушаћу да кроз конкретну и појединачну разраду сваког од четири могућа начина његове манифестације, дам одговор на питања која по мени имају у овом периоду посебну тежину у остваривању протективне улоге кривичнопроцесног законодавства. Наравно, поред ових питања постоји и не мали број других питања о којима се у овоме контексту мора водити рачуна, а о којима на овоме месту, због природе рада, нећу говорити, али се и она морају узети у обзир.[5]

2. Законска норма као претпоставка успешне борбе против криминала

Полазећи од предње изнесене хипотезе у овоме раду, а то је да позитивно кривичнопроцесно законодавство, а то значи превасходно постојећи текст Законика о кривичном поступку стоји у каузалном односу са степеном реализације политике сузбијања криминала, односно са степеном реализације криминалне политике друштва уопште неминовно је на самом почетку поставити и питање: Да ли важећи текст Законика о кривичном

[5] О томе опширније види: Проф. др Станко Бејатовић, Неопходност доношења Законика о кривичном поступку Републике Србије, Зборник радова „Актуелно стање у кривичном законодавству Србије и Црне Горе“, Српско удружење за кривично право, Београд, 2004. год, стр. 139-157.

поступку, посматрано са аспекта свога садржаја, одговара савременим захтевима супротстављања криминалу, односно да ли он као такав представља или не добру нормативну основу за ефикасну борбу против криминала уопште а тиме и против његових најтежих облика? Одговор на ово питање није лако дати, али управо у времену он се мора дати. Ово не толико због садржаја његових норми већ због тога што у овом времену Србија, после скоро 75 година, пре свега из формалних разлога, добија свој Законик о кривичном поступку. Наиме, добро је познато да је усвајањем Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, односно њеним ступањем на снагу,[6] кривичнопроцесно законодавство, до тада у искључивој надлежности савезне државе прешло у искључиву надлежност држава чланица.[7] Услед овог државе чланице су добиле обавезу доношења сопствених Закона-Законика о кривичном поступку. У поступку доношења Законика о кривичном поступку Србије, односно боље речено у поступку даљег усаглашавања постојећег текста Законика са Уставном повељом и другим актима из чл. 20. ст. 2. Закона за спровођење Уставне повеље, као и са ратификованим међународним актима неминовно се мора поставити и предње изнесено питање. Тј. питање да ли у постојећем тексту Законика о кривичном поступку после његових измена и допуна из маја месеца ове године ("Сл. Гласник РС," бр. 58/2004) треба вршити и неке друге интервенције или не? У давању одговора на ово питање, моје је мишљење да постојећи текст Законика о кривичном поступку, уз одређене интервенције, не представља сметњу за ефикасно супротстављање криминалу. Насупрот. Из ових разлога у раду на предстојећем тексту Законика о кривичном поступку Србије не треба мењати оно што је добро, оно што је задовољавајуће, све оно што се дуги низ година показало веома успешним у компаративном кривичнопроцесном законодавству. Једно реалније гледање на ову проблематику, на постојеће стање нашег кривичнопроцесног законодавства говори у прилог тога да нема потребе за доношењем сасвим новог текста Законика, текста који би био супротан постојећем. Насупрот, постоји, по моме мишљењу, само потреба новелирања ограниченог обима и домета. Постоји потреба таквог новелирања којим би се успешно, за један дужи период, привела крају реформа нашег кривичнопроцесног законодавства започета, а недовршена доношењем важећег текста Законика о кривичном поступку из децембра месеца 2001. године. Постоји потреба за новелирањем којим би у важећем тексту Законика о кривичном поступку била извршена даљња побољшања пре свега у циљу стварања још потпу-

[6] „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003.

[7] Проф. др Момчило Грубач, Могући правци развоја казненог законодавства после доношења Уставне повеље Србија и Црна Гора, Зборник радова „Казнено законодавство, организација и функционисање правосуђа у државној заједници Србија и Црна Гора“, Удружење за кривично право и криминологију Србије и Црне Горе, Београд, 2003. год, стр. 26.

није нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка као целине, као и да се отклоне недостаци на које је указала судска пракса, односно и да се нека од законских решења замене целисходнијим. Није мали број питања која би морала, по мом мишљењу, бити узета у обзир да би се све ово постигло. На сва та питања немогуће је указати у овом раду. Указаћу само на нека од њих дубоко свестан чињенице да су многа од њих већ добро позната нашој стручној јавности. Међу питањима овог карактера посебну пажњу, с обзиром на природу рада, заслужују следећа питања:

1. Једна од значајних особина важећег текста Законика о кривичном поступку јесте његово враћање на концепцију о истрази као искључиво судском поступку.[8] Имајући у виду резултате који се постижу у овако конципираној истрази а они нису задовољавајући као и решења присутна у низу компаративних кривичнопроцесних законодавстава по овом питању оправдано се може поставити питање исправности оваквог једног решења. Односно оправдано се може поставити и питање: Да ли би и у нашем кривичнопроцесном законодавству требало прибећи променама постојећег концепта судске истраге и то путем померања тежишта њених активности са истражног судије на државног тужиоца и органе унутрашњих послова? Моје је мишљење да да. Оваквим изменама у концепту истраге добило би се на њеној ефикасности и повећао би се степен одговорности за њену практичну реализацију. Избегло би се „постојеће пребацивање одговорности“ за недовољну ефикасност истраге са истражног судије на јавног тужиоца и обратно.[9] Уз ове, као и друге разлоге који говоре у прилог оправданости инициране промене концепта истраге, треба узети у обзир и резултате који су постигнути у земљама које су, у циљу повећања ефикасности истраге, а тиме и ефикасности кривичног поступка уопште, управо прибегле интервенцијама ове врсте у свом кривичнопроцесном законодавству.[10]

---

[8] Види: Образложење Предлога Законика о кривичном поступку, Савезно министарство правде, Београд, 2001. год.

[9] Један од ретких елемената који у овом моменту може да говори против инициране промене концепта истраге јесте кадровска оспособљеност пре свега органа унутрашњих послова за успешну реализацију овако конципиране истраге. Ценећи информације које су углавном присутне у нашој стручној јавности овај елеменат има посебну тежину и вероватно има и своје оправдање. Међутим, у вези са истим мора се поставити и питање: Да ли поједина законска решења треба прилагођавати постојећој кадровској структури субјеката који треба да их реализују или пак путем тих решења, у циљу што веће ефикасности кривичног поступка уопште, мењати постојећу кадровску структуру путем стручног оспособљавања субјеката који треба да реализују одређену активност? Чини се далеко оправданијим ово друго размишљање, а конкретно решење овог проблема могло би да се нађе у предвиђању једног дужег рока за почетак примене одредаба Законика које би се тицале оваквог концепта истраге.

[10] Случај нпр. са кривичнопроцесним законодавством Немачке где је Првим законом о реформи кривичног процесног права од 9. децембра 1974. године који је имао за циљ убрзање кривичног поступка, једна од најзначајнијих мера у том правцу била везана за промену

2. У поступку за изрицање кривичних санкција без главног претреса, пажњу заслужују две ствари. Прва се тиче измена ст. 1 чл. 449. Законика о кривичном поступку од маја месеца ове године којом је предвиђена могућност примене поступка за кажњавање пре главног претреса, не код кривичних дела ,,за које се може изрећи новчана казна као главна казна", што је био случај пре ових измена, већ код кривичних дела ,,за која се може изрећи новчана казна или казна затвора до 3 године". Оваква интервенција у нашем кривично-процесном законодавству је за поздравити и у целости је у сагласности са разлозима нормирања ове врсте поступка. Уз то, она је у складу и са ставовима наше стручне јавности. Међутим, за разлику од ове, друга ствар се тиче, чини се оправданости, потпуног укидања друге врсте ових поступака (Поступка за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије). Ово не само из разлога што у постојећем нормирању овог института има много контрадикторности[11], већ и из разлога што се основна идеја ове врсте поступка може постићи у целости и путем адекватне примене самог поступка за кажњавање пре главног претреса. Ово посебно након најновијих интервенција законодавца у вези са овим поступком.

3. Једна од изузетно значајних новина у важећем тексту Законика о кривичном поступку јесте и могућност примене начела опортунитета кривичног гоњења и према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Нема ни једног аргумента који би доводио у питање оправданост његовог задржавања. Насупрот, постоје бројни разлози који говоре у прилог практичне примене овог начела у складу са интенцијама законодавца.[12] Међутим, то ни у ком случају не значи да не би требало размислити и о неким интервенцијама у нормирању овог начела. Двогодишње време његове егзистенције показало је оправданост интервенције у његовом нормирању у два правца. Прва интервенција се тиче начина контроле одлуке државног тужиоца од стране другостепеног органа које сада нема а која се чини неоп-

---

концепта истраге. Наиме, овим законом укинута је истрага као фаза кривичног поступка и изузета из надлежности истражног судије. Истрага као припремни стадијум кривичног поступка стављен је у надлежност јавног тужиоца који је на тај начин преузео двоструку функцију, и тужилачку и судску, јер постаје орган и кривичног гоњења и истраге, с тим што има могућност да предузимање свих истражних радњи препусти полицији, што у пракси углавном и ради. Најважнији разлог за овакво радикално решење било је схватање немачке стручне јавности да је судска истрага чест узрок одуговлачења кривичног поступка. (Види: Löwe Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfasungegesetz, Gtroskomentar, 23, Auflage, Zweiter Band, Berlin, 1978. год, пар. 160-169.)

[11] На пример један од услова за примену овог поступка је "потпуно признање окривљеног односно осумљиченог", а потом се то признање обезвређује тражећи да буде "поткрепљено и другим доказима". Или, Циљ овог поступка је убрзање поступка а он се успорава јер се тражи пристанак окривљеног, а уз то и поред пристанка окривљеног даје му се и могућност коришћења приговора против оптужнице што не иде једно с другим.

[12] Проф. др Станко Бејатовић, Мере за повећање ефикасности..., стр. 151.

ходном. Друга интервенција се тиче процесне форме одређивања мере коју државни тужилац налаже осумњиченом која у садашњем тексту Законика није регулисана и изазива бројне дилеме.[13]

4. Извршене промене у правосудном систему државне заједнице као и извршене промене у правосудном систему Републике Србије и то посебно оне које се односе на организацију кривичног правосуђа неминовно намећу и неопходност преиспитивања важећег система правних лекова. Као илустрацију и ове неопходности довољно је навести само неколико примера. Тако, неспорно је да од организације правосудних органа зависи и број и врста правних лекова, а у вези са овом организацијом десиле су се не мале промене. Нпр. преношење правосудних функција у искључиву надлежност држава чланица има непосредан утицај и на систем правних лекова. Са престанком рада Савезног суда директно се доводи у питање и опстанак четвртог редовног правног лека (Жалбе Савезном суду) који се могао изјавити у случају када је Врховни суд Републике изрекао или потврдио најстрожију казну за кривично дело прописано савезним законом.[14] Питање је: Да ли овако конципиран овај правни лек треба или не у предстојећој реформи кривичнопроцесног законодавства да буде укинут и у оним случајевима када би Врховни суд тек у трећем степену изрекао најстрожију казну за најтеже кривично дело будући да у таквом случају не би било контроле најстрожије казне редовним правним средством, или у таквој ситуацији оставити да се против такве одлуке војује само ванредним правним средством, зашто чини се има много више оправдања.[15] Или, започету реформу правосудних органа у нашој Републици карактерише чини се не оправдана, у замишљеном обиму, тенденција све већег броја оснивања специјализованих судова као посебних организационих јединица редовних судова опште надлежности. Упоредо са оваквом тенденцијом присутна је и тенденција експанзије посебних кривичних поступака прилагођених природи кривичних дела или својствима учинилаца, а што само по себи изискује и потребу преиспитивања поступања у поступку по правним лековима код неких од ових поступака. Даље, још једна чињеница намеће неопходност преиспитивања важећег система правних лекова. Она своју подлогу налази у чл. 18. Повеље о људским и мањинским правима и гра-

[13] Види: Проф. др Ђорђе Лазин, Основна начела (опште одредбе и њихова конкретна разрада) у Законику о кривичном поступку, Практична примена новог југословенског Законика о кривичном поступку, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2002. год, стр. 175.

[14] Види чл. 396. ЗКП.

[15] На овај начин су поступиле и друге републике бивше Југославије после осамостаљења, које су своје процесне законе заснивале на Закону о кривичном поступку СФРЈ из 1976. године. (Види нпр. чл. 362-400. ЗКП Хрватске, 305-387. Македоније и чл. 366-405. ЗКП Словеније, којима су регулисани редовни правни лекови.)

ђанским слободама будући да је у истом право на правни лек другачије предвиђено не само у односу на наше сада важеће прописе,[16] већ је оно и далеко шире постављено у односу на међународне стандарде. Наиме, у чл. 18. Повеље прописано је да „Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву, обавези, или на закону заснованом интересу.“ Из овога произилази да Повеља наше државне заједнице предвиђа право на правни лек за све врсте судских одлука (мериторне или процесне одлуке, одлуке о главном или каквом споредном предмету кривичног поступка) док је Међународним пактом о грађанским и политичким правима[17] и Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода[18] право на правни лек ограничено само на судску одлуку којом је лице оглашено кривим за извршење кривичног дела. Практично посматрано према Повељи наше државне заједнице право на правно средство осим окривљеног имају и други учесници поступка кад се у њему одлучује о њиховим правима, обавезама или на закону заснованим интересима. Осим овог, према садржини и смислу формулације чл. 18. Повеље, право на правни лек није везано за одлуку којом се окончава првостепени поступак, као у предње означеним, за нас правно релевантним међународним актима, услед чега се има сматрати да је окривљеном зајамчено право на правни лек и пре доношења првостепене пресуде, односно неке друге одлуке суда којом се окончава првостепени поступак.[19] Ако се овоме дода и неспорна чињеница да међународни документ не искључује могућност пружања ширих гаранција у погледу права на правни лек, будући да њима зајамчена права представљају минималне међународне стандарде, онда ова проблематика још више добија на своме значају.

Поред предње изнесених још једна, и не само једна, чињеница намеће неопходност преиспитивања постојећег система правних лекова. Она је садржана у чл. 21. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама која на знатно другачији начин регулише садржину начела *ne bis in idem*, што такође упућује на неминовност преиспитивања појединих решења веза из система, превасходно, ванредних правних лекова.

Не упуштајући се у набрајање других разлога који намећу неопходност интервенција и у важећем систему правних лекова[20] треба још једном, у вези са овом проблематиком, истаћи да је приликом новелирања система

[16] Види нпр. чл. 22. ст. 2. Устава Републике Србије.
[17] Чл. 14. ст. 5. Пакта.
[18] Чл. 2. ст. 1. Седмог протокола уз Европску конвенцију.
[19] Проф. др Војислав Ђурђић, Систем правних лекова и државна заједница Србија и Црна Гора, Казнено законодавство, организација и функционисање правосуђа у државној заједници Србија и Црна Гора, Удружење за кривично право..., Београд, 2003. год, стр. 178.
[20] О томе опширније види: Проф. др Војислав Ђурђић, Систем правних лекова и државна заједница Србија и Црна Гора, стр. 173-197.

правних лекова неопходно узети у обзир факторе који утичу на његову изградњу и то посебно оне који се односе на промене у правном систему настале после преуређења савезне државе као и промене у правном систему наше Републике, а у оквиру истих посебно узети у обзир питања везана за организацију и надлежност органа кривичног правосуђа, о остваривању основних начела кривичног поступка, о доступности правног лека учесницима кривичног поступка, утицају посебних кривичних поступака, као и о другим факторима од утицаја на изградњу система правних лекова. Исто тако у циљу стварања нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка, а да то не иде на уштрб загарантованих слобода и права човека и грађанина размотрити могућности које допуштају и искључење права на правни лек.[21] Једном речју новелирани систем правних лекова треба да задовољи два дијаметрално супротна друштвена интереса. Императив да се правним леком омогући исправљање судске одлуке и тиме осигура законитост, и захтев да се обезбеди правна сигурност човека свођењем на разумно време неизвесности окривљеног у погледу права државе на кажњавање (*ius puniendi*).

5. У циљу спречавања неспорних злоупотреба установе изузећа а по том основу и одуговлачења кривичног поступка уопште, чине се нужним и одређене интервенције по питању ове установе. Решење проблема, по моме мишљењу, не треба тражити само у предвиђању различитих процесних тренутака до којих се може тражити изузеће, већ и у предвиђању могућности настављања главног претреса и после подношења захтева за изузеће, а не у његовом аутоматском прекидању. Тако нпр. посматрано у овоме контексту чини се оправданим решење по којем се главни претрес може наставити без обзира на поднесени захтев за изузеће судије све до тренутка када се о изузећу може одлучити без одуговлачења главног претреса. У таквом случају о изузећу би се одлучивало до почетка следећег наставка главног претреса или непосредно пре завршних речи. У случају да се у таквој ситуацији изузеће покаже основаним а главни претрес због тога није био прекинут поновио би се онај део главног претреса који је уследио након подношења захтева за изузеће. Изузетак би биле само оне радње које не трпе одлагање.[22]

[21] У том контексту интересантна је могућност допуштена у Седмом протоколу уз Европску конвенцију. Према истом допуштено је ограничење права на правни лек у три случаја, која морају бити законом предвиђена. То су: 1) у погледу оних дела која су мањег значаја, 2) у случајевима у којима је осуђеном судио у првом степену највиши суд, и 3) ако је окривљени био осуђен после жалбе на ослобађајућу пресуду (чл. 2. ст. 2).

[22] Слично решење присутно је у не малом броју компаративних кривично-процесних законодавстава. Случај нпр. са немачким Закоником о кривичном поступку (Параграф 29. StPO).

6. Један од фактора који засигурно утиче на ефикасност кривичног поступка посматрано у његовом укупном трајању јесте, и то пре свега са аспекта његове квантитативне компоненте, јесте и непоштовање бројних инструктивних норми. Оваква појава последица је не само објективних већ у одређеном броју случајно и субјективних разлога. Због овог поставља се питање како и на нормативном плану утицати на поштовање инструктивних норми, и то посебно у оним ситуацијама када је то непоштовање последица субјективних фактора. Један од начина, по моме мишљењу, јесте прописивање законских последица непоштовања тако одређених рокова. Нпр. предвиђање да је прекорачење рока за писмену израду пресуде једна од битних повреда одредаба кривичног поступка, и као таква и један од основа за њено побијање жалбом.[23]

7. Доношењем Законика о кривичном поступку 26. децембра 2001. године односно његовим ступањем на снагу 29. марта 2002. године, и поред тога што је он добро примљен у пракси и стручној (домаћој и иностраној) јавности[24] реформа нашег кривичнопроцесног законодавства није окончана. Насупрот у овом релативно кратком времену он је два пута мењан. Први пут Законом о изменама и допунама из 2002 године[25], а други пут Законом о изменама и допунама Законика 2004. године. Уз ово, донесени су и посебни републички закони којим се директно, на посебан начин регулишу нека изузетно значајна питања нашег кривичнопроцесног законодавства.[26]

Основне карактеристике интервенција које су извршене у нашем кривичнопроцесном законодавству након ступања на снагу Законика о кривичном поступку 29. марта 2002. године биле би:

– Установљавање посебних процесних форми за борбу против појединих - најтежих облика криминала (организовани криминал, ратни злочини) и стварање нормативне основе за даљну фрагментацију кривичног поступка, стварање основе за појаву још већег броја посебних-специјалних кривичних поступака (нпр. за кривична дела против привреде и јединства тржишта);

---

[23] Решење предвиђено, у циљу што већег поштовања овако предвиђених рокова у компаративном кривичном процесном законодавству. (Види нпр. пар. 338. тач. 7. StPO).

[24] Види: Зборник радова „Практична примена новог југословенског Законика о кривичном поступку“, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2002. год, и Зборник радова „Казнено законодавство, организација и функционисање правосуђа у државној заједници Србија и Црна Гора“, Удружење за кривично право..., Београд, 2003. год.

[25] „Сл. лист СРЈ“, бр. 68/2002.

[26] Ради се пре свега о Закону о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала („Сл. гласник РС“, бр, 42/2002) и Закону о организацији и надлежности државних органа у поступку против учинилаца ратних злочина („Сл. гласник РС“, бр. 67/2003).

– Предвиђање посебних органа гоњења (полиције, тужилаштва и суда) за поједине врсте кривичних дела и њихове посебне организације и надлежности;

– Предвиђање нових процесних средстава и метода, посебно у области прикупљања доказа у поступку расветљења појединих група кривичних дела;

– Ширење овлашћења органа кривичног гоњења, и то посебно у почетним фазама кривичног поступка и у преткривичном поступку.

Не упуштајући се у детаљнију разраду појединих од ових особености будући да то није у складу са природом рада, а и она су добро позната свим учесницима скупа, треба само истаћи да се поједина од ових решења могу озбиљно довести под знак питања, услед чега би о истим било неопходно размислити већ у предстојећем раду на доношењу Законика о кривичном поступку Републике Србије. Случај нпр. са следећим питањима:

а) Установљавање посебних процесних поступака за поједине видове криминала (случај пре свега са организованим криминалом) је за поздравити јер искуства и наша и иностранa говоре да су редовна процесна средства и методе, посебно у области прикупљања доказа и не само прикупљања доказа не само недовољна, већ и потпуно неефикасна. Међутим, чини се да нема оправдања за предвиђање већег броја тих процесних поступака, а што је иначе тренд не само код нас већ и у нашем окружењу.[27] Ово не само из разлога што се на тај начин редовни кривични поступак и редовна организација правосуђа маргинализује и тако се разбија кривични процесни систем као једна целина већ превасходно због тога што за тако нешто нема ни стварних потреба. Нема сумње да се и у редовном кривичном поступку, тј. коришћењем редовних процесних средстава и метода може сасвим успешно борити и против највећег броја кривичних дела. Из ових разлога за поздравити су ставови наших надлежних органа који се предузимају у последње време по овом питању;

б) Једна од озбиљних опасности коју са собом носи предвиђање посебних метода и средстава у борби против појединих облика криминалитета огледа се у могућности њихове злоупотребе, а што може да се деси посебно у оним ситуацијама када је недовољно прецизно одређен појам криминала на који се односе те посебне методе и средства, односно посебни поступци као целина. У том контексту чини се да би појам организованог криминала морао да буде прецизније одређен.[28]

---

[27] Случај нпр. са Босном и Херцеговином где су, осим за организовани криминал и ратне злочине предвиђени посебни органи и посебан поступак за кривична дела корупције.

[28] Види: Др Ђорђе Лазин, Правна дефиниција организованог криминала и њен практичан значај; Актуелно стање у кривичном законодавству Србије и Црне Горе, Српско удружење за кривично право, Београд, 2004, стр. 177-199.

в) Поред појма организовани криминал дискутабилне су и неадекватне, и неке друге одредбе ове врсте поступка. Случај нпр. са одредбама које се тичу сведока сарадника и заштићеног сведока.

г) У вези са питањима везаним за новопредвиђене посебне врсте поступака неопходно је водити рачуна о још једној чињеници. Она се огледа у томе да, с обзиром на природу и својства тих посебних метода и средстава, иста врло лако могу да буду злоупотребљена или пак да њихова практична примена дође у отворени сукоб са одредбама домаћег и међународног карактера о људским правима и основним слободама грађана услед чега је неопходна изузетна опрезност у њиховој практичној примени и установљавање посебних контролних механизама за спречавање евентуалних злоупотреба и повреда права и слобода грађана, а што се баш не би могло рећи за период који је иза нас.

3. Злоупотреба права и њен утицај на успешност борбе против криминала

Један од фактора који може да има утицаја на успех у борби против криминала, и то пре свега по питању квантитативне компоненте његове ефикасности, јесте и злоупотреба права од стране појединих процесних субјеката. Имајући ово у виду сасвим је нормално што је законодавац у члану 16. став 2. ЗКП нормирао начело забране злоупотребе права[29] прописујући да је „суд дужан да поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку“. У вези са оваквом одредбом члана 16. став 2. Законика поставља се питање када постоји злоупотреба права. И поред тога што Законик користи термин „злоупотреба права“ он не даје његово појмовно одређење. То је препуштено теорији у којој нема јединственог приступа у одређивању тог појма. Не улазећи у приказ различитих схватања појма „злоупотреба права“,[30] јер би то прелазило оквире овога рада, може се констато-

[29] Подизање забране злоупотребе права на ниво начела резултат је, поред осталог, и једног од основних права грађана уопште, а то је њихово право да им мора бити суђено у најкраћем могућем року које је као такво предвиђено и у основним међународним актима која се тичу слободе и права уопште. Тако нпр. у Међународном пакту о грађанским и политичким правима изричито је прописано да свако ко је оптужен за кривично дело има поред осталих права, и „право да му буде суђено без непотребног одуговлачења“. (Чл. 14. ст. 2. тачка ц Пакта). Или, сличну одредбу садржи и европска конвенција о људским правима и основним слободама где је прописано да „свако има право да се његов случај практично и јавно расправи у разумном року“ (чл. 6. ст. 1. Конвенције).

[30] О томе види: др Војислав Ђурђић, Злоупотреба власти органа кривичног гоњења, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1996. година, Тематски број „Злоупотреба права“; Др Миливоје Марковић, Злоупотреба права у грађанском парничном поступку, Архив за правне и друштвене науке, 1937. год.

вати да злоупотреба права постоји у случају када се од стране овлашћених субјеката њихова, иначе законска овлашћења, иако формално-правно сагласно са законом, користе супротно духу и циљу норме.[31] Посматрано у овом контексту, могуће су бројне злоупотребе права и то од стране свих процесних субјеката.[32] Тако на пример, међу онима који у таквом случају доводе до одуговлачења кривичног поступка од посебног значаја су:

– бројне инструктивне норме чије непоштовање увек није последица недостатка кадрова и њихове преоптерећености. Случај на пример, кад јавни тужилац дуже времена не одбацује кривичну пријаву нити пак иницира поступак. Или, слично је на пример, и у случајевима када се пресуда писмено не израђује у за то одређеном року и слично;

– предлагање извођења доказа и ако се унапред зна да они немају никаквог значаја;

– „чување“ доказа за поступак по правном леку, и поред тога што се добро зна да тај доказ у првостепеном поступку има значај за утврђивање истине;[33]

– злоупотребе везане за институт изузећа, као и могуће злоупотребе у вези са доследном применом појединих начела кривичног поступка и слично.[34]

Злоупотребу права као фактор успешности борбе против криминала није увек лако утврдити. Међутим, и поред тих тешкоћа злоупотреба права не сме да буде толерисана. Обавеза је суда не само сходно члану 16. став 2. ЗКП, већ и према међународним актима[35] да сваку злоупотребу права онемогући, али не лишавањем појединих субјеката инструмената који су предуслов за успешно извршавање њихових овлашћења, већ аргументованом и критичком анализом и контролом њиховог процесног деловања. Ово из разлога што је свако материјално неправо које је резултат злоупотребе права доказ да је право побеђено својим властитим оруђем.[36] Полазећи од овог законодавац је у низу одредаба Законика о кривичном поступку конкретизовао обавезе суда да спречи злоупотребу права и прописао мере које му стоје на располагању према субјектима који злоупотребљавају право.

---

[31] Др Станко Бејатовић, Трајање кривичног поступка као квантитативна..., стр. 214.

[32] О злоупотреби права, посебно када се ради о јавном тужиоцу, види: Др Војислав Ђурђић, Злоупотреба власти..., стр. 345.

[33] Др Војислав Ђурђић, Злоупотреба власти..., стр. 345.

[34] Милан Вујин, Стручна одбрана и ефикасност кривичног поступка, Зборник радова „Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета“, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. година, стр. 201-206.

[35] О томе детаљније види: проф. др Станко Бејатовић - проф. др Драго Радуловић, op. cit., стр. 25.

[36] Проф. др Станко Бејатовић, Трајање кривичног поступка као квантитативна компонента његове ефикасности и његов утицај на превенцију криминалитета, Деликти насиља, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2002. год, стр. 215.

Тако на пример, конкретизација ове обавезе суда може се наћи у члану 258, 283. став 1, члану 446. став 3, а за јавног тужиоца у члану 257. став 2. и члану 273. став 2. ЗКП. Или, у члану 218. став 1. прописане су мере које суд у току поступка може предузети према браниоцу, пуномоћнику или законском заступнику оштећеног, оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца који злоупотребом права очигледно одуговлачи поступак.[37]

4. Начин и обим примене кривичнопроцесног законодавства и успешност борбе против криминалитета

На степен успешности борбе против криминала уопште, а тиме и против његових најтежих облика утиче и начин и обим примене позитивног кривичнопроцесног законодавства. Рационална политика борбе против криминала у свом репресивном аспекту мора итекако да води рачуна и о односу између нормативног стања кривичнопроцесног законодавства и његове практичне примене. Посматрано у том контексту нормативни систем кривичнопроцесног законодавства с једне стране мора да буде примењив, друштвено рационалан и правичан. Треба да садржи таква решења која се у пракси могу примењивати. Са друге стране субјекти задужени за њихову примену (пре свега судови и тужилаштва, а уз њих и други) треба да примењују норме у мери која одговара законској интенцији и стварним потребама борбе против криминала. Свако одступање од тог доводи до несклада између нормативног и реалног, између оног што је законом прописано и оног што се дешава у практичној примени закона. Закон не треба да прописује оне институте и она решења која се у практичној примени не могу реализовати или нису друштвено оправдана. Са друге стране органи који примењују закон не могу да у таквом степену дерогирају законска решења да их чине бесмисленим и претварају у декларативне одредбе. Услед овог, између ова два аспекта (нормативног и апликативног) мора да се успостави једна нормална и рационална еквиваленција, да и на једној и на другој страни постоји осећај вредности о стварним друштвеним потребама и криминално-политичким захтевима у прописивању појединих института и решења уопште и њиховој примени у пракси, а о чему посебно мора да се води рачуна приликом рада на реформи кривичнопроцесног законодавства. Реформа сама по себи не сме да буде циљ као што ни норма посматрано са аспекта њене примене не сме да остане мртво слово на папиру. Уз ово, посматрано са аспекта овог односа веома је важна и стабилност практичне примене појединих института и решења уопште. Колебања у практичној примени појединих института и решења као и само неоправдано

[37] О овоме детаљније види: проф. др Станко Бејатовић - проф. др Драго Радуловић, op. cit., стр. 145.

одступање између нормативног и апликативног имају негативне последице без обзира из којих разлога долази до тога. Поред тога што се на тај начин повређују и нека основна начела, ту су и појаве које негативно утичу и на само сузбијање криминала. Случај нпр. са неадекватним прописивањем или са неадекватном применом мера за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка, са неадекватном применом института незнатне друштвене опасности, начелом опортунитета кривичног гоњења, са одступањима од Законика у практичној реализацији појединих овлашћења органа унутрашњих послова у преткривичном поступку. Или, нпр. код практичне примене одредаба Законика које значе најозбиљније задирање у приватну сферу грађана, у њихова основна права и слободе (нпр. надзор и снимање телефонских и других разговора и комуникација, лишење слободе и сл.) где увек морају постојати не само законски услови за примену већ и реална процена о њиховој нужности у конкретном случају.

5. Организација и функционисање правосудних и других органа као фактор успешности борбе против криминала

Поред предње изнесених фактора, степен успешности на пољу борбе против криминала у не малом степену зависи и од организације и функционисања правосудних и других органа. Као такав он је у тесној вези, условљености и функционалној повезаности са осталим факторима, а посебно са нормативним фактором јер се управо преко њега реализује нормативни систем, услед чега се он у одређеном смислу речи појављује и као механизам без којег остали овде анализирани фактори не би имали како своју сврху тако се и не би могли остварити ни њихови циљеви. Иако одавно изговорене у прилог потврде овог става и данас су, и то чини се још више, актуелне речи Енрика Ферија који каже „Закони вреде онолико колико вреде људи који су позвани да их примењују.“ Наравно, посматрано у овоме контексту реч је о органима унутрашњих послова, јавном тужилаштву, суду и органима за извршење кривичних санкција. О улози ових органа на пољу борбе против криминала уопште, а тиме и против његових најтежих облика, припремљени су посебни реферати. Услед овог на овоме месту истичемо само она најзначајнија обележја ових органа везана за њихову организацију и функционисање од којих зависи степен њихове успешности на пољу ове борбе.

а) На пољу борбе против криминала у првим борбеним линијама, с обзиром на природу своје делатности, сасвим оправдано, налазе се органи унутрашњих послова. Не улазећи у приказ различитих мишљења о значају ових органа у сузбијању криминала, а која се крећу од прецењивања па до

потцењивања њихове улоге[38] моје је мишљење да без доброг и ефикасног рада органа унутрашњих послова нема успешне борбе против криминала. Исто тако, по мојем мишљењу нема сумње да се ефикасност или неефикасност овог органа нужно одражава и на рад других државних органа који делују на овом пољу – тј. суда и тужилаштва. С обзиром на ово, поставља се као прво питање: Од чега зависи степен успешности органа унутрашњих послова у реализацији њихове основне функције, а то је откривање кривичних дела, откривање и хватање учинилаца кривичних дела, прикупљање и обезбеђење доказа, и да ли су те претпоставке испуњене када је реч о нашим органима унутрашњих послова? Више је предуслова степена успешности деловања органа унутрашњих послова на пољу борбе против криминала. Међу њима посебну пажњу заслужују следећи: Прво, један од изузетно значајних предуслова за ефикасан рад органа унутрашњих послова на овом пољу јесте њихова кадровска оспособљеност и техничка опремљеност. Органи унутрашњих послова да би успешно одговорили на изазове актуелног криминала, а посебно његових најтежих облика, морају да буду адекватно кадровски оспособљени и технички опремљени. Једном речју неопходно је да стручно квалификовани његови припадници користе најновија техничка и научна искуства у овој борби. Ово посебно из разлога што тежиште органа унутрашњих послова на пољу ове борбе, посматрано са аспекта проналажења и обезбеђења доказа, јесте прикупљање и обезбеђење материјалних доказа. Најновија технологија се мора користити нарочито у области откривања и обезбеђења доказа одређених најтежих облика криминалитета јер се извршиоци ових кривичних дела све више усавршавају и на кадровском и на техничком нивоу. Када је реч о стању у нашој пракси моје је мишљење да оно, посматрано са аспекта овог предуслова, и то посебно техничке опремљености, није на задовољавајућем нивоу.

Друго, активност органа унутрашњих послова на пољу борбе против криминала мора да се одвија сходно начелу законитости, тј. у складу са позитивним законским прописима. Треће, активности које предузимају органи унутрашњих послова на пољу борбе против криминала неспојиве су са корупцијом и злоупотребом овлашћења било које врсте. Скоро да ништа погубније не делује на сузбијање криминала него појава корупције и злоупотребе овлашћења од стране органа унутрашњих послова. Најзад, без сарадње органа унутрашњих послова и грађана успех ових органа у откривању кривичних дела и њихових учинилаца у великом степену је ограничен.

б) Један од следећих веома важних субјеката од чије организације и начина функционисања зависи у не малом степену и успешност борбе про-

[38] Види: H. T. Zipf, Stand der wissenschaftlichen Kriminalpolitik und ihre Bedeutung für die Polizeipraxis, Wiesbaden, 1981; S. Uglow, Policing liberal society, Oxford, 1978.

тив криминала уопште, а тиме и против његових најтежих облика јесте и јавно тужилаштво. Овакав његов значај лежи пре свега у чињеници да је улога овог органа на пољу кривичног гоњења одлучујућа, а што је посебно дошло до изражаја након ступања на снагу важећег текста Законика о кривичном поступку који је у не малом степену променио положај овог органа омогућивши му да употребом одређених института (пре свега начела опортунитета кривичног гоњења и код пунолетних учинилаца кривичних дела) одлучује у знатно већем степену него раније о покретању или не покретању кривичног поступка и у ситуацијама када је јасно да је извршено кривично дело од стране конкретног извршиоца, као и о практичној примени неких других одредаба Законика од којих директно зависи и успех на пољу борбе против криминала.[39] С обзиром на ово поставља се сасвим оправдано и питање које су то околности везане за организацију и функционисање овог државног органа које су од утицаја на степен његове ефикасности у овој борби уопште. Околности су бројне и у великом степену се подударају са предње обрађеним претпоставкама успешног деловања органа унутрашњих послова на пољу борбе против криминала. Сходно овоме, нема сумње да успешност деловања овог органа на пољу борбе против криминала зависи како од његове кадровске оспособљености схваћене како у смислу броја, стручности и ангажованости носилаца јавнотужилачке функције, тако и од њихове техничке опремљености. Уз ово, и рад носилаца јавнотужилачке функције мора да се одвија сходно начелу законитости и начелу легалитета кривичног гоњења. Да ли су ове претпоставке код нас испуњене или не питање је на које ће дати одговор учесници овог саветовања. Моје је лично мишљење да су у Законику о кривичном поступку дате у не малом степену добре нормативне претпоставке за успешно деловање овог органа на пољу борбе против криминала. Исто тако, моје је мишљење да се последњих година доста тога учинило и по питању кадровске оспособљености носилаца јавнотужилачке функције схваћене у предње изнесеном смислу. Исто тако мишљења сам да је најновијим изменама законских текстова везних за избор носилаца јавнотужилачких функција створена много повољнија основа за њихово поступање сходно начелу законитости и легалитета кривичног гоњења, односно за могућности смањења политичког утицаја на њихову делатност. Но са друге стране мој је утисак да се не користе довољно законске могућности које им стоје на располагању по питању кривичног гоњења за лакша кривична дела, а што би могло у не малом сте-

[39] Види: Проф. др Станко Бејатовић, Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка према Предлогу Законика о кривичном поступку, Основне карактеристике предлога новог југословенског кривичног законодавства, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000, стр. 129-145.

пену да допринесе растерећењу судова, а тиме и повећању ефикасности уопште на пољу борбе против криминала.[40]

в) Изузетно значајну активну улогу у сузбијању криминала уопште а тиме и његових најтежих облика имају и судови. Они своју улогу остварују примењујући норме општег и посебног дела кривичног права и изричући кривичне санкције учиниоцима кривичних дела. Степен реализације ове њихове улоге зависи такође од више субјективних и објективних предуслова (материјално-техничких, кадровских и других). Без њиховог претходног испуњења нема ни успешне реализације ове њихове улоге. У вези са овим чини се да посебну пажњу заслужују три ствари. Прво, једна од негативних појава која је чини се још увек присутна у раду наших судова а која у немалом степену умањује ефекте судова у сузбијању криминала јесте њихова преоптерећеност.[41] Бројне су негативне последице у раду судова услед њихове преоптерећености. Нпр. услед овог не постиже се захтев који се поставља на плану генералне превенције, а то је да је кривична реакција брза будући да између извршења кривичног дела и изрицања санкције у не малом броју случајева протекне и дужи временски период.[42] Или, негативне последице преоптерећености судова одражавају се и на слободе и права грађана. Случај нпр. са притвором, односно његовим трајањем, имовинскоправним захтевом оштећеног и сл. Друго, успешна реализација предње изнесене улоге суда не пољу борбе против криминала засигурно у не малом степену зависи и од стручности и ангажованости судија. У данашњем степену поделе власти и са оваквим решењима у кривичнопроцесном законодавству у руку носилаца правосудних функција стављено је толико тога да се слободно може рећи да све више они, а не законски текст

[40] Види: Зборник „Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета“, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997, стр.

[41] Преоптерећеност судова је скоро универзална појава која се јавља у свим савременим правним системима, услед чега се траже и предузимају разне мере како на нормативном тако и на организационом плану у циљу што већег смањења ове појаве. Поодавно је постало неспорно да се решавање овог проблема не може тражити само у повећању броја судија и другог персонала. Насупрот, оно се мора тражити како у селекцији кривичних предмета коришћењем начела опортунитета кривичног гоњења у складу са законским могућностима, тако и у коришћењу поједностављених форми поступања код лакших кривичних дела, односно и коришћењем других могућности које пружа кривичнопроцесно законодавство а које су управо и нормиране из ових разлога а које се, када је реч о нашој судској пракси, добија се утисак, недовољно користе. (Види: Зборник радова „Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета“, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. година, као и зборник радова „Казнено законодавство, организација и функционисање правосуђа у државној заједници Србија и Црна Гора“, Удружење за кривично право Србије и Црне Горе, Београд, 2003. год.

[42] Види: Проф. др Станко Бејатовић, Трајање кривичног поступка и његов утицај на превенцију криминалитета, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2002. год, стр. 207-221.

постају одлучујући фактор. Због овог, упоредо са стварањем објективних предуслова за ефикасан рад судова неопходно је посветити и посебну пажњу стручности носилаца правосудних функција. Без претходне испуњености и једних и других предуслова нема успешног деловања на пољу борбе против криминала. С обзиром на ово за поздравити су сви напори који се чине на овим пољима. Треће, независност судства је један од основних услова за бављење судијском функцијом. Независност судства је битна претпоставка за остваривање њихове основне функције у области сузбијања криминала и гарант је слобода и права грађана. Посматрано са аспекта грађанина само независно судство доприноси развијању осећања праведности и јачању оних моралних и друштвених норми чије прихватање представља препреку вршења кривичних дела. Тј. само независно судство даје допринос остваривању позитивне генералне превенције, а тиме и остваривању заштитне функције кривичног права уопште. Уз ово, независност судства је и неопходан услова за остваривање принципа правне државе који мора бити и један од основних принципа политике сузбијања криминала. Из свих ових разлога задатак је како друштва као целине тако и свих његових субјеката да дају све од себе како би у што већем степену све ове претпоставке биле испуњене, односно како би правна држава у целости функционисала.

г) На крају ових кратких разматрања посвећених организацији и функционисању правосудних и других органа као фактору успешности борбе против криминала напоменимо и то да изузетно значајну улогу у остваривању протективне функције кривичног законодавства уопште имају и службе и органи надлежни за извршење кривичних санкција. Ово пре свега из разлога што се понајвише у овој фази поступања са учиниоцима кривичних дела губи или добија битка по питању једне од основних компоненти протективне улоге кривичног права – остваривање циљева специјалне превенције.[43] С обзиром на ово, и област извршења кривичних санкција мора да буде заснована на опште прихваћеним криминално-политичким начелима, као што су начело законитости и извршењу, хуманости у поступању са осуђеним лицима, поштовању њихове личности, свођењу репресије и ретрибуције у извршењу кривичних санкција на најнужнију меру и сл.[44]

д) Када је реч о предње наведеним органима као фактору успешности на пољу борбе против криминала онда засигурно треба истаћи и то да

[43] Др Љубиша Лазаревић, Место и значај кривичног законодавства у сузбијању криминалитета, Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год, стр. 27.

[44] Проф. др Зоран Стојановић, Оцена стања и могућности наше савремене политике сузбијања криминалитета, Реалне могућности кривичног законодавства у сузбијању криминалитета, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 1997. год, стр. 43.

успешност те борбе зависи у не малом степену и од међусобног односа и сарадње ових органа, односно од међусобног односа и сарадње кривичнопроцесних субјеката уопште. Однос и сарадња ових органа морају да буду обележје не само целог тога кривичног поступка већ она мора да буде присутна и у преткривичном поступку, с тим што конкретан вид односа и сарадње, зависи од фазе поступка. Тако на пример, у истрази као првој и посебној фази редовног кривичног поступка мора да дође до изражаја професионалан и ангажован однос између јавног тужиоца и истражног судије. Чак шта више, поједине истражне радње истражни судија може предузети само у присуству јавног тужиоца (случај на пример са саслушањем окривљеног – члан 251. став 1. ЗКП).[45] Затим, тај однос и сарадња мора да постоји и са браниоцем. Слично овом, такав однос треба да буде и са органом унутрашњих послова, као и са другим процесним субјектима уколико долази до њиховог ангажовања. Једном речју, само професионални међусобни однос и активна сарадња кривичнопроцесних субјеката су у функцији брзе и квалитативно спроведене истраге, а на тај начин и у функцији ефикасности целог кривичног поступка, јер сасвим оправдано се каже „добра истрага значи и добра пресуда“, Или, након подизања оптужнице, па све до главног претреса, важно је активно праћење тока тог дела поступка и од стране јавног тужиоца и његово учешће у даљним процесним радњама у складу са Закоником. Даље, посматрано са аспекта овог фактора, посебну вредност има међусобни однос и сарадња кривичнопроцесних субјеката на главном претресу. Без активног и професионалног међусобног односа и сарадње кривичнопроцесних субјеката на главном претресу не само да нема његовог трајања у границама нужним за објективно и потпуно расветљење и решење кривичне ствари, већ нема ни праве судске одлуке.

Законик о кривичном поступку посебну и изричиту пажњу посвећује међусобном односу и сарадњи одређених кривичнопроцесних субјеката у практичној реализацији појединих врста посебних поступака, и то на тај начин што њихову судбину директно везује за ту сарадњу. Тако на пример, само на предлог овлашћеног тужиоца и уз изричит пристанак окривљеног председник суда може одобрити примену појединих одредаба о скраћеном кривичном поступку и на кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година (члан 433. став 2. ЗКП). Или, до могућности кажњавања и без главног претреса може доћи само уз претходну сагласност тужиоца, суда и окривљеног (члан 449-454. ЗКП). Слична је ситуација и са поступком за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије (члан 455-458. ЗКП).[46] Једном речју, цео кривични посту-

[45] Проф. др Станко Бејатовић - проф. др Драго Радуловић, Законик о кривичном поступку, Култура, Београд, 2002. година, стр. 172.

[46] О овоме детаљније види: проф. др Станко Бејатовић - проф. др Драго Радуловић, op. cit., стр. 287-301.

пак, а то важи и за предкривични поступак,[47] мора да карактерише професионалан међусобни однос и активна сарадња кривичнопроцесних субјеката, с тим што она мора бити заснована искључиво и само на закону. Свака друга сарадња не само да би била незаконита већ и контрапродуктивна.

*
* *

На крају рада, уместо закључка, износим свој лични став у вези са основним питањем овог рада, а то је: Да ли је наше позитивно кривично-процесно законодавство, посматрано са аспекта свог садржаја, и са аспекта његове примене, такво да одговара захтевима савремене борбе против криминала или не, а ако не, шта би у њему требало мењати да би оно било у тој функцији? Одговор на ово питање није лако дати, али се он управо у ово време мора дати. Ово не толико због садржаја његових норми већ пре свега због тога што нам предстоји рад на окончању реформе нашег кривично-процесног законодавства. По мом мишљењу једно реално гледање на ову проблематику, тј. на постојеће стање нашег кривичнопроцесног законодавства говори у прилог тога да нема потребе за доношењем сасвим новог текста Законика о кривичном поступку, текста који би био супротан постојећем. Насупрот, постоји потреба таквог новелирања којим би се успешно, за један дужи период, привела крају реформа нашег кривично-процесног законодавства започета, а недовршена доношењем важећег текста Законика о кривичном поступку из децембра месеца 2001. године. Постоји потреба за новелирањем којим би у важећем тексту Законика била извршена даљња побољшања пре свега у циљу стварања још потпуније нормативне основе за повећање ефикасности кривичног поступка као целине, као и да се отклоне недостаци на које је указала судска пракса, односно и да се нека законска решења замене целисходнијим. Из ових разлога

[47] Овде се превасходно мисли на сарадњу јавног тужиоца са органима унутрашњих послова на чему посебно инсистира Законик о кривичном поступку. Ово из разлога што је јавни тужилац руководилац преткривичног поступка и што он као орган кривичног гоњења зна најбоље шта му је потребно за ваљан и ефикасан кривични прогон. С обзиром на ово, сасвим је нормалан и исправан став законодавца по којем су органи унутрашњих послова и други државни органи надлежни за откривање кривичних дела дужни да поступају по сваком захтеву надлежног јавног тужиоца, и да га обавештавају о свакој предузетој радњи. Међутим, и поред тога што сарадња ова два субјекта у преткривичном поступку има посебан значај, то ни у ком случају не значи да је то једина сарадња у преткривичном поступку. Насупрот, у циљу што ефикаснијег откривања кривичних дела и учинилаца и каснијег што краћег трајања кривичног поступка Законик инсистира и на сарадњи других субјеката. На пример, истражног судије и надлежног јавног тужиоца, истражног судије и органа унутрашњих послова, јавног тужиоца и осумњиченог, што посебно долази до изражаја код практичне примене начела опортунитета кривичног гоњења и код пунолетних осумњичених лица.

у постојећем тексту Законика не треба мењати оно што је добро, оно што је задовољавајуће, све оно што се дуги низ година показало веома успешним у компаративном кривичнопроцесном законодавству, а таква решења преовлађују.

Stanko Bejatović, a full-time professor

CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATURE AND FORMS OF SERIOUS CRIMES

At the end of this work, instead of giving a summary, I would like to express my personal opinion related to the basic question of this work: Is our criminal procedure law, both from the aspect of its content and its application, such that allows an effective struggle against crime and if not, what should be changed to make it serve this function? There is no an easy reply to this question, but it is time to have it formulated. This difficulty is not related to the content of existing regulations, but to the fact that we are in the process of completing the work on the reform of our criminal procedure legislation. My opinion is, looking at the present criminal procedure law, that there is no need for a complete change in the text of the Criminal procedure Act which would be in complete opposition to the existing one. I think that it is necessary to amend it in a way to enable a successful completion of the reform of the criminal procedure law which started with the passage of the Criminal procedure Act in December of 2001, still in effect. Thus the existing text of this law will be amended and improved in order to create a normative base for increasing the efficiency of the criminal procedure as a whole and for eliminating the flaws encountered in court practice. This means that we should not eliminate the good parts of this Act which proved to have been successful in comparative criminal procedure law, and there is a majority of such solutions in the existing Act.

Др Снежана Соковић,
редовни професор

***UDK**: 343.24/.27*

МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ У ИЗВРШЕЊУ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА

Питање дефинисања и заштите људских права, уопште и у посебно деликатним ситуацијама каква јесте положај лица лишених слободе, постало је посебно актуелно после другог светског рата. Искуства националсоцијализма показала су да је заштита ових права на националном нивоу потпуно неадекватна, због чега се у овом периоду интензивно ради на развоју правних доктрина, документа и институција усмерених на заштиту људских права на међународном нивоу. Први корак у том правцу било је доношење Универзалне декларације УН о људским правима из 1948. године, након чега је следила серија докумената, како општег карактера, тако и оних континентално или регионално специфичних. Институције за заштиту људских права су оправдале своје постојање и неке од њих временом развиле одређени степен аутономије у односу национални ниво својих оснивача, гарантујући остварење индивидуалних права на наднационалном нивоу. Управо је судбина лица лишених слободе за време другог светског рата била један од главних разлога за уверење да се дефинисање и остваривање основних људских права не може оставити без наднационалне супервизије.[1]

Процес укључивања СЦГ у токове европске интеграције, као и могућност да сумње у погледу случајева тортуре у СЦГ[2] добију епилог изван оквира националног правног система[3] чини потребу познавања

---

[1] Представке појединаца лишених слободе по било ком основу представљају већину случајева разматраних пред Европском комисијом за људска права и УН Комитетом за људска права, J. Fawcett: Applications to the European Convention on Human Rights, in Maguire, Vagg, Morgan: Accountability and Prisons: Opening up a Closed World, London, 1986, стр. 63; наведено према S. Livingstone, T. Owen: Prison Law, Text & Materials, Oxford, 1995. стр. 76.

[2] Невладине организације у својим извештајима повремено указују на постојање случајева тортуре у СЦГ и реагују подношењем кривичних пријава и тужби за накнаду штете, најчешће без очекиваног судског епилога тако изражене сумње. Види: Годишњи извештаји Београдског центра за људска права, 1998-2003; ЈУКОМ, Извештај о тортури, август 2003.

[3] У том смислу: Случај Даниловград, Одлука УН Комитета против мучења, 2002; Случај Ристић, Одлука УН Комитета против тортуре, 2004. Фонд за хуманитарно право, Едиција: Документа, Београд, 2004.

међународних правних стандарда у области извршења кривичних санкција изузетно актуелном.

У следећем излагању биће укратко указано на најважније правне документе међународног карактера који су од значаја и за развој и унапређивање домаћег законодавства и праксе у области извршења кривичних санкција.

1. УН Стандардна минимална правила за поступање са затвореницима

Иницијални корак у доношењу минималних правила за поступање са затвореницима представља "Скуп минималних правила за поступање са затвореницима" усвојен још од Друштва народа 1934. године. Даљи помак у хуманизацији односа према затвореницима и савремени базични документ у овој области представљају Стандардна минимална правила за поступање са затвореницима усвојена у Женеви 1955. године.

Сврха правила садржаних у овом документу није била да пропишу узорни систем извршења казне затвора, него да, инспирисана опште прихваћеним претпоставкама савремених пенолошких система, поставе принципе и правила добре организације извршења казне затвора и праксе у поступању са затвореницима. Велика разноврсност правних, социјалних, економских и географских услова савременог света чини да у условима организације извршења казне затвора постоје велике разлике, које у времену непрекидних и интензивних транснационалних комуникација често доводе у питање базичне постулате концепта људских права и слобода и опште правне сигурности. Са намером да пре свега послуже као подстицај сталном напору усмереном на побољшање услова издржавања казне затвора, имајући у виду многе практичне тешкоће, ова правила представљају, како и сам назив каже, само минималне услове прихваћене од стране УН. Као минимални стандард у овој области она никако не искључују даље развијање пенитенсијарне праксе и подизање нивоа основних стандарда.

Први део Стандардних минималних правила садржи одредбе које се односе на општу администрацију казнених завода и примењује се на све категорије затвореника који су лишени слободе по кривичном или грађанском праву, окривљене или осуђене, укључујући и затворенике према којима је примењена нека мера безбедности или васпитна мера одређена судском одлуком. Овај део регулише основна питања категоризације осуђеника, вођења регистара, услова које треба да испуне просторије завода, затим питања личне хигијене, одела и постељине, исхране, телесног вежбања и здравствене заштите затвореника, основне принципе дисциплинског кажњавања, примене средстава принуде, обавештавања и комуникације осуђеника са спољним светом и њиховог

права на жалбу. Такође су регулисана и питања услова за верски живот осуђеника, коришћење библиотеке, процедура предаје на чување ствари које припадају затвореницима, обавештавања у случају смрти, болести или премештаја, затим превоз осуђеника као и основна питања које се тичу особља казнено-поправних завода и инспекције и надзора над радом завода.

Други део минималних стандардних правила садржи посебна правила која се примењују на осуђенике (руководни принципи, поступање, класификација и индивидуализација, повластице, рад, настава и време доколице, друштвени односи и постпенална помоћ), посебна правила која се тичу душевно болесних и душевно ненормалних затвореника, затим ухапшених или притворених лица, као и лица осуђених на цивилни или дужнички затвор.

Мада овим правилима није сврха да одреде организацију завода за млађе преступнике, који по правилу и не би требало да буду осуђени на казну затвора, први део правила се у општим цртама сматра прихватљивим и за ове заводе.

2. Европска конвенција о људским правима

Европска конвенција о људским правима је потписана од стране држава чланица Савета Европе 1950. у Риму, а ступила на снагу 1953. године. После пада комунизма у источној Европи велики број европских држава се прикључио СЕ, тако да ово тело данас броји 45 чланица, а све чланице СЕ су и потписнице Европске конвенције о људским правима.[4] Касније је уз ову Конвенцију усвојено још 11 протокола.[5] Суштинска обележја Конвенције, значајна и за положај лица лишених слободе, јесу да Конвенција уводи до сада најпотпунији систем заштите људских права оличен у Европском суду за људска права. Заштита права и слобода подразумева обавезу државе да појединачна права нормирана Конвенцијом укључи у националне пописе и обезбеди њихову заштиту у националним оквирима. Други аспект заштите односи се на признавање надлежности Европског суда за људска права, при чему је посебно значајно то да Конвенција и грађанима појединцима дозвољава активну легитимацију пред судом, чиме се могућност обраћања суду, до тада резервисану искључиво за државе, проширује и на појединце. Могућност подношења индивидуалних представки Суду за људска права поводом повреде права гарантованих Конвенцијом које су учињене од стране државе уговорнице условљена је претходном употребом свих

[4] СЦГ је примљена у СЕ 2003. године.
[5] Види: В. Тодоровић: Људске слободе и права, књига IV, том I, Београд, 2002. стр. 65.

расположивих средстава заштите пред националним судовима и роком од шест месеци од дана доношења последње правноснажне одлуке у том смислу.[6] Ратификацијом ове конвенције, релативно развијен систем нормативне заштите права у СЦГ добија и значајну процедуралну страну. Одлука Европског суда поводом појединачне представке је обавезујућа за државу потписницу. Прихватање обавезне надлежности Суда значи много више од формалног чина ратификације. Држава је у обавези да предвиди заштиту одређеног права и слободе и да адекватно примени то право обзиром на околности појединачног случаја. Евентуално констатовање од стране Суда да постоји повреда појединачног права гарантованог Конвенцијом значи за жалиоца и могућност накнаде штете, а тај терет по правилу пада на државу потписницу Конвенције.

Од значаја за пенолошку проблематику јесте да, између осталих, Европска конвенција (чл. 3) гарантује и слободу од тортуре и других нехуманих или понижавајућих поступака или кажњавања. Обзиром на опште прихваћени концепт сврхе кажњавања која се састоји у превенцији нових кривичних дела и социјалној реинтеграцији након извршене казне затвора, сасвим је извесно да се испуњење таквог циља не може очекивати у условима нехуманог и деградирајућег поступања према особама лишеним слободе. Физичка и ментална патња воде ка пасивности, отпору и губитку критичког односа према сопственом понашању, па такви услови издржавања казне затвора представљају кршење прокламоване сврхе кажњавања и сами по себи чак и генеришу нова кривична дела, уместо да их превенирају. Непоштовање забране тортуре, мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања најчешће се догађа управо у вези са особама лишеним слободе, према лицима у притвору или на издржавању казне затвора.

Досадашња судска пракса примене Конвенције[7] се бавила низом спорних питања у вези примене овог члана, чиме су уобличени одређени стандарди у тумачењу и примени ових одредби.[8]

Тако Европски суд сматра да разлика између појма тортура и појмова нехумано и понижавајуће поступање представља пре свега разлику у

---

[6] Види: P. van Dijk, G. J. H. Hoof: Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима, Сарајево, 2001; B. Emmerson, A. Ashworth: Human Rights and Criminal Justice, London, 2001.

[7] За дефинисање ставова судске праксе значајнији су следећи спорови вођени пред Европским судом за људска права: Ирска против Велике Британије, 1978; Trier против Велике Британије, 1978; Eslin, Baader, Raspe против СР Немачке, 1978; Weeks, 1987; Kroecher и Moeller против Швајцарске, 1982; Tomasi против Француске, 1992; Ribitsch против Аустрије, 1995; Aksoy против Турске, 1996; P. van Dijk, G. J. H. van Hoof: op. cit. 288. и даље.

[8] Види: М. Пауновић: Јуриспруденција Европског суда за људска права, Београд, 1993. стр. 55.

степену суровости, јер битно обележје и појма тортура и појма нечовечног поступања и кажњавања јесте да представљају промишљен нехуман поступак који изазива веома озбиљну и тешку патњу.[9] Понижавајуће поступање подразумева злостављање усмерено на изазивање осећања страха, патње и подређености које могу да унизе жртву и сломе њен физички или морални отпор (на пример грубо вређање пред другима и присиљавање на деловање противно својој вољи и савести).[10] Сва три појма темеље се примарно на чињењу, односно на неприхватљивом поступању затворских власти. Под одређеним околностима и пропуштање затворске управе да реално процени утицај одређене мере или одређених услова на личност особе лишене слободе може да представља мучење, нечовечно или понижавајуће поступање. Наиме, лице лишено слободе не треба да због начина спровођења казнене мере буде подвргнуто мукама или патњи интензитета који прекорачује неизбежан ниво тешкоћа које подразумева само лишење слободе, при чему се здравствено стање, пол, старост и физичка инвалидност посебно морају узимати у обзир сходно чл. 3. Конвенције.[11] Пракса Европског суда не оставља сумњу у погледу питања да ли се чл. 3. Конвенције односи само на физичке патње, односно да ли се забрана односи како на изазивање физичких тако и на изазивање менталних патњи. Изазивање менталне патње стварањем стања тескобе и стреса средствима која нису физички, телесни напад такође представља кршење чл. 3 Конвенције, а чак ни сам појам тортуре не подразумева обавезно "физички акт или стање".[12]

Стразбуршка судска пракса не оспорава националним судовима широк простор процене у односу на систем санкција и заузима став да Конвенција не оправдава отварање питања трајања казне коју је изрекао надлежан суд, као и да доживотни затвор сам по себи не представља повреду чл. 3. Конвенције.[13]

Боравак осуђеника у самици јесте у принципу непожељан, али се мора ценити обзиром на конкретне услове. Уопште, дисциплинске мере се не сматрају нечовечним поступањем уколико су и извршење такве мере уграђени одговарајући међународни стандарди. Дисциплинска мера се претвара у нехуман третман ако није адекватна стању особе лишене слободе (на пример, за дисциплинску меру упућивања у самицу само девет дана пре истека казне изречену особи за коју је познато да има суицидне

[9] "Грчки случај", 5. новембар 1969; Ireland v. the United Kingdom, 18. јануар 1978;
[10] Случај Tyrer, 25. април 1978. види: P. van Dijk, G. J. H. Hoof: op. cit. стр. 290.
[11] Ireland v. United Kingdom, 18. јануар 1978, Mouisel v. France, 14. новембра 2002.
[12] East African Asians v. the United Kingdom, 14. децембар 1973.
[13] X v. United Kingdom, 5. новембар 1981.

намере, основано се могло претпоставити да негативно утиче на осуђеника, тј. да може довести до суицида).[14]

Изузетно опасно понашање затвореника, способност манипулисања ситуацијом и подстицање других затвореника на недисциплину, сигурност подносиоца представке, коришћење ватреног оружја приликом хапшења, оправдавају примену појачаних мера сигурности унутар и изван затвора. У погледу степена изолације неспорно је да апсолутна чулна изолација праћена потпуном социјалном изолацијом представља нехуман третман који никакви захтеви безбедности не могу оправдати. Штетни ефекти појачаних мера сигурности доказују се медицинском документацијом, који треба да покаже да постоји директна веза између затворских услова и стања менталног и физичког здравља осуђеника, као и да су сами услови били такви да су могли да униште личност и изазову озбиљну менталну и физичку патњу подносиоца представке. Одсуство одговарајуће медицинске неге за време трајања казне затвора може да представља кршење чл. 3. Конвенције, док присиљавање затвореника да неколико сати остану у стресном положају, стављање вреће на главу затвореника за извесно време, излагање буци, ускраћивање сна, ускраћивање хране и воде, шибање као казна за кршење дисциплине, по схватању Суда недвосмислено представљају нехумано поступање.[15]

Значајно је и да објективни услови издржавања затворске казне или притвора могу да имају димензију понижавајућег поступања уколико су за осуђеника неподношљиви и сами по себи представљају врсту субказне у директној су супротности са сврхом кажњавања. Недостатак приватности, претрпаност и непоштовање стандарда у погледу величине простора по затворенику (7 квадратних метара),[16] лоши хигијенски услови, непостојање вентилације и прозора, неадекватна температура, и слични у којима осуђеник борави дужи период, представљају услове у којима се

[14] Keenan v. United Kingdom, 33394/96

[15] P. van Dijk, G. J. H. Hoof: op. cit. стр. 288, 296.

[16] И Европски комитет против тортуре у својим извештајима наглашава да проблем претрпаних затвора представља "пошаст затворских система широм Европе" и истиче да само повећање капацитета затвора не решава проблем јер се упоредо са изградњом нових затвора повећава и затворска популација. Важан допринос одржању затворске популације "на нивоу на коме се њом може управљати" представљало би пре свега постојање политике, пожељно је са стратегијом дефинисаном на европском нивоу, којом би се ограничио или модификовао број особа које се шаљу у затворе. Види: Општи извештај 7, CPT/Inf (97) 10. Европски комитет против тортуре, такође у вези са истим проблемом, препоручује замену спаваоница великог капацитета мањим просторијама, уз обезбеђивање бављења осуђеника одређеним активностима у току дана изван просторије у којој бораве. Општи извештај 11, CPT/Inf (2001) 16.

развија "осећање понижења и инфериорности које води паду менталне и физичке резистенције".[17]

3. Европска конвенција о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака

Док Европска конвенција о људским правима врло широко третира ову област, Европска конвенција о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака[18], потписана 1987. а ступила на снагу 1989, јесте у целости усмерена ка лицима која су лишена слободе у циљу заштите њихових права.[19] Деликатност положаја лица лишених слободе по било ком основу, посебно у случају извршења казне затвора, захтева додатно нормативно регулисање и прецизирање људског права на слободу од мучења и нехуманог и понижавајућег кажњавања и поступања. Оснивањем Европског комитета за спречавање тортуре, ова конвенција развија посебан механизам заштите, вансудски систем превентивне природе заснован на посетама, који је у досадашњој пракси већ разрадио одређене стандарде заштите затвореника од тортуре и нехуманог или понижавајућег поступања. Стандарди Комитета се односе на права особа које је притворила полиција, на све услове под којим се лица лишена слободе налазе у затворима, на обуку особља надлежног за спровођење закона (полиције и затворског особља), на услове пружања услуга здравствене заштите у затворима, на положај страних држављана лишених слободе, на присилни смештај у психијатријским установама, као и на положај малолетника и жена лишених слободе. Постављени стандарди представљају смерницу за државе потписнице, они указују на уочене неправилности и истовремено подстичу државе да остварују постављене критеријуме.

Чланове Комитета бира Комитет министара савета Европе апсолутном већином гласова, а снага Комитета лежи у његовом саставу јер га чине професионалци, независни и непристрасни експерти, из различитих области. Ради обезбеђивања мултидисциплинарног приступа доминирају чланови са правничким образовањем, мада у Комитету има и доста стручњака и из области медецине као и из других области којима се бави Конвенција. Своју делатност Комитет обавља путем посета, периодичних,

[17] Каласхников против Русије, 2002; Peers против Грчке, 1995; Берзан против Хрватске 2002, Karlevicius против Литваније, види: Људска права у Европи, Правни билтен, 32/2002, стр. 2, 10.

[18] Државна заједница СЦГ потписала је и ратификовала ову Конвенцију 3. марта 2004. и у складу са одредбама исте конвенције, она ступа на снагу 1. јула 2004. године.

[19] Ibidem

али и посебних, ad hoc, када сматра да постоје околности које указују на такву потребу.

Суштину Европске конвенције против мучења представља принцип сарадње између Комитета и надлежних државних власти. Конвенција обавезује земље потписнице да Комитету омогуће неограничен приступ свим местима у којима се налазе особе лишене слободе, укључујући и право на слободно кретање унутар тих места. Комитет има право да слободно разговара са особама лишеним слободе без присуства других лица, као и са свим другим особама за које верује да поседују релевантне информације. Након обавештења о намераваној посети, упућеног влади државе о којој се ради, Комитет има право да у свако доба посети било које место на коме се налазе особе лишене слободе. Право чланова Комитета на приступ информацијама остварује се у складу са националним законодавством одређене државе и у складу са професионалном етиком. Надлежни државни органи могу да поставе одређене услове за добијање тражених података, али не могу арбитрарно да забране приступ траженим информацијама, нити да Комитету поставе немогуће услове који би били једнаки одбијању. Након сваке посете Комитет саставља извештај о стању утврђеном приликом посета са одговарајућим препорукама, узимајући у обзир све примедбе које му може упутити држава која је у питању.

Информације прикупљене приликом посете, извештај Комитета и савети упућени страни уговорници су поверљиве природе, осим када конкретна држава не захтева њихово објављивање.[20] Никакви лични подаци се не објављују без изричитог пристанка особе о којој се ради. Уколико страна уговорница одбије да сарађује или да поступи сходно препорукама, Комитет може, одлуком двотрећинске већине својих чланова, дати изјаву за јавност која се односи на то питање. Једном годишње Комитет подноси општи извештај Комитету министара, који се објављује у јавности. Годишњи општи извештаји Комитета потенцијално постају "водичи за праксу и стање у европским затворима", због чега и њихов утицај на одлуке Европског суда за људска права временом постаје све значајнији, чак и у поређењу са Европским затворским правилима.[21] Већина стандарда које успоставља Комитет јесте захтевнија и прецизнија у односу на друге сродне конвенције. Како се у раду Комитета појављују нове области које треба штитити од могућих злоупотреба, сет стандарда се надограђује стварањем нових препорука, чиме се од држава потписница посредно захтева да размотре нове законодавне, административне и

[20] Од почетка 1993. године све државе у којима је Комитет организовао посете, тражиле су да се извештаји о томе публикују. T. Livingstone, T. Owen: op. cit. стр. 95.
[21] Ibidem

организационе реформе. Циљ Европске конвенције против мучења јесте помоћ државама у унапређивању заштите права лица лишених слободе, а не осуда државе.

4. Европска затворска правила

Обзиром да ни Европска конвенција о људским правима, као ни Европска конвенција о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака не обезбеђују детаљан систем правила за поступање с осуђеним лицима, ова празнина у европском систему заштите права лица лишених слободе јесте попуњена доношењем Европских затворских правила, усвојених од стране Комитета министара 1987. године. У суштини ова правила представљају ревизију Европских стандардних минималних правила усвојених 1973, која су настала као регионална адаптација УН Стандардних минималних правила из 1955. Овај документ нема легислативни карактер и једини механизам примене који се односи и на Европска затворска правила јесте активност Европског комитета за сарадњу у области извршења казне затвора, петочланог тела основаног од стране Европског комитета за проблем криминалитета, који разматра периодичне (сваких пет година) националне извештаје о начинима и проблемима имплементације Правила. Неоспорна је важност Европских затворских правила у развијању савремених стандарда у извршењу казне затвора и у унапређивању европског пенитенсијарног система. Иако је Европска комисија за људска права заузела став да кршење Европских затворских правила само по себи не представља и кршење чл. 3. Европске конвенције о људским правима, Европска затворска правила могу да буду узета у обзир у интерпретацији обавеза држава у односу на Европску конвенцију.

5. Међународни пакт о грађанским и политичким правима[22]

Мада свака област људских права регулисана Пактом углавном има свој еквивалент у касније донетој Европској конвенцији о људским правима, Међународни пакт о грађанским и политичким правима усвојен од стране Генералне скупштине УН 1966. године, неке области регулише шире. За положај лица лишених слободе значајна је одредба којом се

[22] Југославија је ратификовала Међународни пакт о грађанским и политичким правима јануара 1971. године. Први Опциони Протокол, којим државе потписнице признају надлежност Комитета за људска права да прима и разматра притужбе појединаца који су под њиховом јурисдикцијом и који тврде да су жртве кршења било ког права предвиђеног Пактом од стране те државе, Југославија је потписала марта 1990. године, али га до сада није ратификовала.

захтева да се са сваким лицем лишеним слободе поступа хумано и са поштовањем достојанства неодвојивог од човекове личности, и којом се казнени режим дефинише као поступак са осуђеницима чији је главни циљ њихово поправљање и социјална рехабилитација (чл. 10). Окривљена лица треба да буду одвојена од осуђених лица, а млади окривљени, односно млади преступници, од одраслих. Нико не може да буде затворен само зато што не може да испуни уговорну обавезу. Сва лица су, без икакве дискриминације, једнака пред законом и пред судом, а државе чланице су у обавези да националним законодавством забране сваку дискриминацију и да свима обезбеде успешну заштиту посебно у погледу дискриминације на основу расе, боје, пола, језика, вере, политичког или другог убеђења, националног или социјалног порекла, имовног стања, рођења. Пакт установљава Комитет за људска права, а државе чланице се обавезују да овом Комитету подносе периодичне извештаје о мерама националне имплементације права гарантованих Пактом. На основу поднетог извештаја, који се разматра на нејавној седници за сваку државу чланицу посебно, али и на основу алтернативних извора релевантних података (обзиром на праксу држава да своје стање приказују само у најбољем светлу), Комитет сачињава свој извештај и доставља га држави чланици уз примедбе које сматра целисходним. Годишњи извештај о раду, који Комитет преко Савета за економска и социјална питања доставља Генералној скупштини УН, садржи генерални коментар релевантног стања, без посебног разматрања стања у конкретним државама чланицама. Сматра се да општост годишњих извештаја и "рад иза затворених врата" по питању појединачних извештаја, који карактеришу досадашњу праксу Комитета, умањују потенцијално велики, утицај овог Комитета на законодавство и праксу у области људских права.[23]

6. УН Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака[24]

Ова Конвенција је усвојена од стране Генералне скупштине УН 1984. а ступила на снагу 1987. године и обавезује све државе чланице да предузимају делотворне законске, административне, судске и друге мере ради спречавања мучења на читавој територији под њиховом надлежношћу, да акте мучења нормирају као кривична дела у

[23] S. Livingstone, T. Owen: op. cit. стр. 99.

[24] Југославија је ратификовала ову Конвенцију јуна 1991. године са изјавом да признаје надлежност Комитета против тортуре и у погледу "интерног призива" (чл. 21. ст. 2. Конвенције) и у погледу саопштења појединаца, или саопштења у њихово име, који су под њеном јурисдикцијом и који тврде да су жртве кршења одредаба Конвенције од стране неке државе чланице (чл. 22. ст. 1. Конвенције).

националном кривичном законодавству. Тако нормирана кривична дела аутоматски се подразумевају у свим уговорима о екстрадицији закљученим између држава потписница, односно, у случају непостојања уговора Конвенцију сматрају правним основом за екстрадицију. Државе потписнице дужне су да пружају једна другој најширу правну помоћ у релевантним кривичним поступцима, као и да инструкције и информације у вези са забраном мучења уврсте у саставни део обуке цивилног или војног особља задуженог за примену закона, или особља које је на било који други начин укључено у чување, испитивање или третман лица лишених слободе. Конвенција установљава и Комитет против тортуре као посебан орган за њено праћење и примену. Основни метод рада Комитета јесте разматрање извештаја држава потписница, иницијалног и периодичних сваке четврте године, у вези којих Комитет даје опште коментаре које сматра умесним и које саопштава држави потписници. Као и Комитет за људска права, и Комитет против тортуре, осим официјелних извештаја у свом раду користи и низ алтернативних извора информација о релевантном стању, а овлашћен је и да прихвата и индивидуална саопштења појединаца који тврде да су жртве кршења одредаба ове Конвенције, као и саопштења у "интерном призиву", односно писмено саопштење државе потписнице да нека друга држава потписница не примењује одредбе Конвенције. Комитет подноси државама чланицама и Генералној скупштини ОУН годишњи извештај о активностима предузетим у циљу примене Конвенције. За разлику од годишњег извештаја Комитета за људска права, овај извештај има карактер јавног документа и често садржи врло оштре критичке опаске на рачун држава које не испуњавају обавезе наметнуте Конвенцијом.

7. Остали међународни акти и механизми

Претходно разматрани акати представљају најзначајније документе у овој области, како у погледу правне регулативе и постављених стандарда, тако и у погледу потенцијалних могућности да лица на издржавању казне затвора у конкретном случају, незадовољна исходом у националним оквирима, на интернационалном нивоу остваре и заштите своја права. Осим наведених, за дефинисање и остваривање међународних правних стандарда у области извршења кривичних санкција, мада не поседују формалноправно обавезујући карактер, значајан је и низ докумената усвојених од стране Генералне скупштине УН, међу којим посебно треба имати у виду:

- Кодекс понашања лица одговорних за примену закона (1979),
- Принципе медицинске етике који се примењују на улогу здравственог особља, нарочито лекара, у заштити затвореника и лица у

притвору од тортуре и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака (1982),

- Скуп минималних правила УН о малолетничком правосуђу (1985),
- Скуп правила о заштити свих лица подвргнутих било ком облику притвора или затвора (1988),
- Правила о заштити малолетника лишених слободе (1990).

Најзначајнија тела задужена та имплементацију људских слобода и права у области извршења кривичних санкција, као што се види из претходног излагања, јесу *Европски суд за људска права и Европска комисија за људска права,* као и *Европски комитет за спречавање тортуре*, који делују под окриљем Савета Европе, затим *Комитет за људска права* и *Комитет против тортуре*, који делују у оквиру УН. Овоме треба додати и то да је Комитет за људска права 1985. установио и Специјалног известиоца за тортуру. *Специјални известилац за тортуру* има обавезу да реагује на све информације о актима тортуре предузетим било где у свету, тако што захтева хитан извештај од државе о којој се ради, на основу кога влади те државе даје одговарајуће препоруке. Релевантне информације, национални извештаји и учињене препоруке садржане су у Годишњем извештају специјалног известиоца, који се јавно објављује.

Snežana Soković, a full-time professor

INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS IN THE EXECUTION OF CRIMINAL SANCTIONS

In this work the author emphasizes the importance of international standards in the execution of criminal sanctions, especially of the sanctions related to arrests. She also points out to the mechanisms for their functioning at the national level and to the affect they have on certain solutions from the national law and on their application in practice, that is, the execution of criminal sanctions. The author also analyzes UN standard rules for the treatment of prisoners, European Convention on human rights, European Convention against torturing and other inhuman and humiliating punishment practices, European prison rules, International Pact on civil and political rights, UN Convention against torturing and other cruel and inhuman or humiliating punishment practices and other acts in this field. However, the special attention in this work is devoted to the European Convention on human rights since it establishes the system of supranational control over the execution of legally guaranteed rights and since the European Court of human rights has had a large experience in protection of rights of arrested persons. The other act which is also more closely analyzed is the European Convention against torturing and inhuman and humiliating punishment practices. After the establishment of the European Committee for the prevention of torture, this Convention has developed particular protection mechanisms with well defined and elaborated standards for the protection of prisoners from torturing and inhuman and humiliating treatment.

Др Бранислав Симоновић,
редовни професор

***UDK**: 343.983*

ДИСКУСИЈА У ВЕЗИ СА НАЦРТОМ ЗАКОНА О НАЦИОНАЛНОМ ДНК РЕГИСТРУ

- аспекти људских права и повећања ефикасности база података -

У јуну месецу 2004. године Министарство правде Републике Србије је сачинило Нацрт закона о Националном ДНК регистру. Овај покушај Министарства је вредан похвале с обзиром да је материја ДНК вештачења и Националног ДНК регистра од изузетног значаја за унапређење борбе против најтежих облика криминалитета. Материја правног регулисања криминалистичке примене ДНК је изузетно актуелна у свету и први су се закони почели доносити у току деведесетих година 20. века. Приликом доношења ових закона као највећи изазов се појављује искоришћавање енормних могућности које пружа ДНК технологија у форензичке сврхе, и на другој страни заштита слобода и права осумњичених и окривљених лица. У светским оквирима се уочавају две основне врсте спорова. На једној страни форензички стручњаци који раде у ДНК лабораторијама, полицајци и велики део јавности залажу се за што слободније коришћење ДНК информација у преткривичном и кривичном поступку, што посебно добија на медијској подршци након тешких кривичних дела која су узнемирила јавност (нпр., случајеви вишеструких силовања са убиствима жртве). Супротну позицију заузимају правници, борци за људска права и поједине невладине организације које се залажу за што рестриктивније правно регулисање коришћења ДНК доказа у форензичке сврхе. Када је у питању усвојена правна регулатива у појединим државама, уочљива је пракса да се најпре прихвате рестриктивнија правна решења у вези са могућностима коришћења ДНК у форензичке сврхе, која се након тога релативно убрзо мењају у решења која омогућавају веће или шире коришћење овог доказа у преткривичном и кривичном поступку. Услед тога, појављује се ситуација, да поред тога што су први закони који регулишу ову материју почели да се доносе у периоду од почетка па до краја деведесетих година 20. века, сви су они претрпели до сада по неколико измена. Потребно је напоменути да су најлибералнија законска решења у Великој Британији, држави која има најдужу и најбогатију праксу коришћења ДНК доказа у форензичке сврхе, и која има највећу

ДНК базу у свету која се користи у криминалистичке сврхе. Најновија тенденција које се уочава у европском правном оквиру, када је у питању материја правног регулисања ДНК база и вештачења, је размишљање о хармонизацији правних решења и стварање јединствених стандарда (правних и техничких). Међутим, уочава се да тај поступак неће ићи нимало једноставно зато што су многи закони већ донети и између њих постоје велике разлике, и на другој страни, у Европи се активно примењује неколико технолошких поступака при ДНК вештачењима што отежава процес техничке стандардизације и хармонизације.

У сваком случају, за нас може да буде корисно што су многи закони већ донети, што већ годинама постоје националне ДНК базе у другим државама, тако да се створила пракса, искуство и испољиле су се неке слабости које би се могле предупредити. На другој страни, постоји неколико европских струковних организација и агенција које се баве давањем добрих услуга и помоћи приликом правног и техничког регулисања ДНК проблематике у форензичке сврхе што ни у ком случају не би требало заобићи.

Када су у питању наши почеци, уочљива је код нас идеја, која се види и у Нацрту закона о Националном ДНК регистру, да се област везана за ДНК вештачења регулише у неколико посебних закона. Поред закона о Националном ДНК регистру постоји идеја да се донесе Закон о условима, поступку узимања и чувања биолошког материјала и Закон о заштити генетичке приватности. Међутим, прихватљивија је идеја да се читава материја везана за ДНК вештачења у форензичке сврхе уреди једним јединственим законом. Правно-технички је исправнији приступ уобличити материју која је тесно међусобно повезана у оквиру једног јединственог закона. Материја која регулише Национални ДНК регистар и материја која регулише поступак узимања и чувања биолошког материјала намењеног ДНК вештачењима чини једну целину и требало би да буде у једном закону. Поред тога, требало би у Законику о кривичном поступку регулисати неке аспекте ДНК вештачења који се тичу права окривљеног у кривичном и преткривичном поступку и обавезе истражног судије и тужиоца (нека од ових питања су изложена у овом тексту). У свету се материја ДНК вештачења најчешће прописује законима који су у оквиру сета полицијских закона или закона који регулишу кривичну материју. На пример, у Великој Британији је материја ДНК вештачења у форензичке сврхе регулисана са Criminal Justice and Public order Act 1994, године и после тога је неколико пута мењана. У Немачкој је у оквиру измена Закона о кривичном поступку 1997. године донет Закон о установљавању идентитета на основу ДНК, и после тога је неколико пута мењан и допуњаван (DNA-Identitätsfestellungsgesetz (DNA-IdFG). У Аустрији је коришћење ДНК базе прописано законом који регулише полицијско поступање (Sicherheitspolizeigesetz).

Национални ДНК регистар у Србији требало би да је под окриљем Министарства унутрашњих послова или Министарства правде. У свету су националне ДНК базе података или под окриљем полиције или под окриљем министарства правде дотичне државе. Према томе, члан 3. Нацрта закона о Националном ДНК регистру треба изменити по коме би седиште Националног ДНК регистра и Централне ДНК форензичке лабораторије било на Институту за судску медицину. Требало би прописати да НДР (Национални ДНК регистар) и ЦФДЛ (Централна форензичка ДНК лабораторија) буду у надлежности Министарства полиције или Министарства правде. Мислим да у нашим условима Национални ДНК регистар и Централна форензичка ДНК лабораторија треба да буду у оквиру Министарства унутрашњих послова с обзиром: на техничке потенцијале полиције; код нас су у надлежности полиције и друге криминалистичке евиденције; полиција се такође бави проблемима несталих лица.[1] Национални ДНК регистар, институција код које се налазе кључеви за шифре и Централна форензичка лабораторија требало би да буду физички и персонално одвојене једна од друге. Централна форензичка лабораторија треба да ради само са шифрованим узорцима, а кључ шифре би требало да буде на другом месту. Можда би у нашим условима и концепцији кривичног поступка, кључ за шифре требало да буде у Републичком тужилаштву, а Национални ДНК регистар и Национална ДНК лабораторија у оквиру полиције. Од решења ових питања, зависиће и остала (финансирање, правни статус, седиште, органи).

Варијанта за размишљање: Ако се реши питање акредитације и стандардизације ДНК лабораторија, онда можда и није апсолутно неопходно да постоји једна лабораторија која би се звала централном. Послове стандардизације и акредитације би у том случају обављао Национални ДНК регистар.

Из чланова 3. и 6. предложеног Нацрта закона произилази да би Национални ДНК регистар био у надлежности Института за судску медицину. Имајући у виду горе наведене разлоге, а и многе друге, овај предлог не би прошао скупштинску процедуру. На пример, могло би се поставити питање због чега да Национални ДНК регистар и Централна ДНК лабораторија не буду у Институту безбедности, пошто тај Институт већ има лабораторију и слично.

Члан 9. (Научно-стручни одбор). Састав и делатност Научно стручног одбора који је предложен у Нацрту закона доста је уско постављен и обухвата само природно-научна питања и стручњаке из ових наука. Међутим, запоставља се криминалистички аспект ДНК вештачења. У

[1] Ово решење усвојено је и у великом броју држава (нпр. Великој Британији). У другим државама ДНК базе података су у Министарству правде.

Научно стручни одбор морају ући и стручњаци који се баве теоретском и практичном страном форензичких аспеката ДНК вештачења (проблем стандардизације и унапређења процеса прикупљања, паковања и слања на анализу узорака за вештачење, презентирање доказа на суду, његова критичка процена и постављање питања вештаку, едукација полицијских и правосудних кадрова у вези са криминалистичким и доказним аспектима ДНК у форензичке сврхе. Имајући у виду речено, предлози наведени и члану 9. морају да обухвате и ове аспекте.

Члан 11. (Делатност Националног ДНК регистра). Треба тачно прецизирати на чији захтев (којих државних органа), Национални ДНК регистар је овлашћен да изврши претраживање и поднесе писмени извештај о резултату компарације. У Нацрту закона пише: "На захтев суда или другог државног органа врши се претраживање базе података…" (није прецизирано ког државног органа, у којим случајевима у вези са којим подацима). У европским законодавствима тачно се дефинише државни орган, у којим случајевима и са којим овлашћењима може да изда наредбу за ДНК вештачење. Ти државни органи су најчешће јавни тужилац и истражни судија. Можда би то решење било добро и за наше услове. Јавни тужилац би могао тражити претраживање у бази и компарацију познатог и непознатог материјала у свим случајевима када постоји сумња (основ сумње) да је извршено кривично дело одређене врсте (прецизирати којих врста) или да постоји сумња (основ сумње) да је одређено лице извршило кривично дело (варијанта би била да је у вези са кривичним делом одређене врсте), или у случајевима несталих лица. Истражни судија или суд би тражили претраживање базе у вези са окривљенима за кривична дела (одређене врсте и тежине) у погледу којих спроводе суђење (овде има неких проблема и опасности које треба имати у виду).

Стандарди за обезбеђење квалитета ДНК анализа: У члану 9. наводи се да Научно стручни одбор подноси предлоге Управном одбору Националног ДНК регистра у вези са стандардима за обезбеђење ДНК анализа, програме тестирања валидности рада форензичких ДНК лабораторија и форензичких ДНК аналитичара, стандарде за заштиту и чување ДНК узорака и ДНК података, програме истраживања. Наводи се и састав Научно-стручног одбора који се искључиво састоји од домаћих стручњака (биолога, генетичара, биохемичара), тј. не садржи стручњаке из криминалистичких области, полиције и правосуђа што би требало, имајући у виду форензичку сврху ДНК вештачења. У тексту Нацрта не наводи се изричито да ово тело треба да установи Стандарде за обезбеђење квалитета ДНК анализа. При том се превиђа да постоје и стандарди за обезбеђење узорака за ДНК вештачења и стандарди презентирања ДНК вештачења пред судом и испитивање валидности ДНК доказа. Зато стандарди треба да буду прецизно регулисани у виду посебног документа и треба шире да буду постављени него у Нацрту

закона. Члан 15. у тачки 1. помиње Стандарде за обезбеђење квалитета ДНК анализе прописане од стране Националног ДНК регистра. Поставља се питање ко поставља стандарде: Научно стручни одбор (као што се помиње индиректно у члану 9) или Национални ДНК регистар како се помиње у члану 15. На другој страни, у члану 11. у коме се дефинише "Делатност Националног ДНК регистра" не помиње се да је једна од делатности изграђивање "Стандарда за обезбеђење квалитета ДНК анализа". Треба имати у виду да у оквиру Интерпола постоји: Interpol DNA Monitoring Expert Group (видети: http://www.interpol.com/Public/Forensic/dna/dnameg.asp) која има задатак да помаже државама у изграђивању ДНК база података у складу са европским стандардима. Мислим да треба успоставити комуникацију са Interpol DNA Monitoring Expert Group у овој фази (доношења закона).[2] Према томе, члан 11. треба допунити и одредбом да је делатност Националног ДНК регистра и сачињавање "Стандарда за обезбеђење квалитета ДНК анализа, и стандарде за обезбеђење материјала за вештачење" који ће бити установљени у складу са европским и светским стандардима у овој области и бити плод сарадње са релевантним европским (и светским) агенцијама које се баве питањем стандардизације и унапређењем ДНК форензичких база података. При томе, може да остане одредба да Научно стручни одбор може предлагати усавршавање стандарда.

Члан 10. (Општи акти). Поред статута у оквиру општих аката би требало да буду заступљени и: "Стандарди за обезбеђење квалитета ДНК анализа" који ће садржати Правилник (упутство) о поступку евалуације и акредитације ДНК форензичких лабораторија и експерата (и криминалистичких стручњака који прибављају биолошке узорке за ДНК анализе). Ови се акти помињу у члану 41. Нацрта закона.

Члан 11. (Делатност Националног ДНК регистра) - треба да обухвати и процес едукације и оцене (евалуације) патролних официра који учествују у поступку обезбеђења лица места, криминалистичких техничара, истражних судија, у вези са фиксирањем и паковањем биолошких трагова подобних за ДНК вештачење; као и процес едукације судија и адвоката како би били оспособљени да оцењују, вреднују поступак ДНК вештачења, постављају питања вештацима и процењују доказни значај конкретних ДНК вештачења.

Члан 12. (Делатност Централне форензичке ДНК лабораторије). У тачки 1. пише да Централна форензичка ДНК лабораторија обавља ДНК анализе из узорака биолошког материјала и ДНК узорака у складу са

[2] На пример, у Немачкој је у априлу 1998. године започела са радом национална ДНК база. База је установљена у тесној сарадњи са Европском групом за ДНК профилирање (the European DNA Profiling (EDNAP) group), тако да је у потпуности инкорпорирала најновије резултате научних истраживања и европске стандарде у овој области.

законом о кривичном поступку. Код нас се тај закон назива Законик о кривичном поступку. Он не предвиђа ДНК вештачење. Постоје опште одредбе под које би се ово вештачење могло подвести. У сваком случају би требало допунити Законик о кривичном поступку и са битним питањима која се тичу ДНК вештачења: поступак узимања биолошког материјала са лица места или предмета (мере заштите од контаминације, осигурање да узорак буде у узрочној вези са кривичним делом и обезбеђење поступка доказивања узрочности са кривичним делом, поступак паковања и слања на анализу биолошког материјала са лица места; поступак узимања компаративних узорака од осумњиченог са циљем спречавање обмане и онемогућавања утврђивања идентитета (нпр. замена личности од које се узима узорак), ко има право да изда наредбу о узимању биолошког материјала од осумњиченог или окривљеног; прописивање права да се узму узорци за анализу из тела или са предмета и одеће осумњиченог и против његове воље, у којим случајевима, тј. у вези са којим кривичним делима се могу узети узорци за ДНК анализу од осумњиченог и против његове воље, право осумњиченог (окривљеног) да буде обавештен о резултату вештачења (у ком року) и у ком року има право да тражи да се понови вештачење у другој лабораторији; прописати поступање са узорцима за ДНК вештачење узетих из тела осумњиченог у случају да се против њега не покрене кривични поступак или се против окривљеног не донесе осуђујућа пресуда.

Члан 14. (Заштита генетичке приватности лица у Националном ДНК регистру). У овом моменту је прихватљив став, и у складу је са тренутном светском праксом, да се у Националном ДНК регистру могу налазити само они ДНК профили који се односе на идентификационе карактеристике лица. ДНК профили који се могу користити за добијање информације о физичким карактеристикама, особинама, склоностима ка болести и типу понашања не могу бити уврштене у национални ДНК регистар. Међутим, треба имати у виду да постоје и друге тенденције у свету. На пример у оквиру Стратегије за развој полицијских наука и технологија Уједињеног краљевства (UK Police Science & Technology Strategy 2003-2008) постоји тенденција за легализовање и развој поступака у којима се могу одређивати и физичке карактеристике непознатих извршилаца на основу ДНК (нпр. боја очију, фацијалне карактеристике, висина) и које би се користиле за њихово проналажење.[3] Такође је и прихватљиво схватање (наглашено и у другим законима ове врсте у свету и Европи) да узорци ускладиштени у национални ДНК регистар не могу се користити за друге сврхе осим оних наведених у овом закону.

[3] Forensic DNA Databasing: A European Perspective http://www.dur.ac.uk/p.j.johnson/eu.html доступан 7. 9. 2004.

Члан 16. (Организација Националног ДНК регистра). У члану 16. нацрта закона пише да се Национални ДНК регистар састоји од: 1) Форензичког ДНК регистра, 2) ДНК регистра осуђеника, 3) ДНК регистра неидентификованих лица (сугестија БС - иза речи лица треба додати и неидентификованих лешева. Пун назив би био: ДНК регистар неидентификованих лица и неидентификованих лешева), и 4) Регистра ДНК узорака осуђеника.

Имајући у виду искуства неких европских земаља у овој области, као и криминалистичке и форензичке разлоге, преложена организација Националног ДНК регистра не обухвата све потребне ДНК информације које би требало потхранити у бази и зато сматрамо да би требало унети неке корекције. Предложена организација ДНК регистара не предвиђа *ДНК регистар несталих лица* (случајеви отмица, мистериозни нестанци лица који могу бити отмице или неко друго кривично дело или самоубиство, вероватни случајеви убистава код којих је дошло до сакривања леша итд). *ДНК регистар несталих лица* треба да постоји као самостални део базе и функционално би био упућен на компарацију са ДНК регистром (пронађених) неидентификованих лица или лешева. *ДНК регистар несталих лица* би се састојао од ДНК узорака делова биолошког материјала који су несумњиво припадали несталим лицима (узорци узети са четкице за зубе несталог, власи косе или перут са чешља, узорци са марамице којом је брисан нос, зној или други биолошки материјали са делова одеће несталог итд.).

Постоји потреба и за постојањем ДНК регистра познатих донатора за потребе компарације. Овај део ДНК базе сачињавали би ДНК узорци блиских рођака неидентификованих лица, неидентификованих лешева и несталих лица.

У нацрту закона предлаже се Регистар ДНК узорака осуђеника. Уколико се иде на стварање ДНК базе узорака, поставља се питање због чега је само предложен ДНК регистар узорака осуђеника. У случају формирања ДНК базе узорака, логичније је решење формирати ДНК регистар свих узорака биолошких материјала. Далеко је важније имати базу узорака биолошких трагова (из Форензичког ДНК регистра) за које се претпоставља да потичу од непознатог учиниоца кривичног дела, него имати (само) регистар ДНК узорака осуђеника. Потребно је напоменути да немачко право заузима дијаметрално супротну позицију прописујући да се након одређивања ДНК формуле и њеног дигиталног записивања, ДНК узорци морају обавезно уништити.

Највећи проблем је могућност и начин формирања базе података осумњичених лица као и услови њиховог коришћења и компарирања кроз базу трагова непознатог порекла. У свету постоји неколико модела по коме се ДНК профили осумњичених лица: 1) Уопште не уносе у базу и служе за компарацију само поводом конкретног кривичног дела и после

тога се уништавају[4]; 2) ДНК профили осумњиченог се уносе привремено у базу само ради претраживања у погледу и других кривичних дела, а након тога се уништавају уколико се покаже да осумњичено лице није извршилац кривичног дела. Овај модел се предлаже и у нашем Нацрту закона о националном ДНК регистру у члану 36. у тачки 1.2. која прописује: «Идентификациони подаци у вези са ДНК профилом из форензичког ДНК регистра ће бити неодложно избрисани из Националног ДНК регистра уколико се установи да тај ДНК припада лицу које је у току одговарајућег истражног или кривичног (грешка - и истражни поступак је кривични) поступка искључено као могући учинилац кривичног дела за које је било осумњичено у току судске истраге или судског поступка». Поставља се питање ко треба да изда наредбу (или захтев), у ком року, и шта бива ако суд не затражи брисање ДНК узорака осумњичених који нису били извршиоци кривичног дела. Наведени модел се примењује у Холандији и изазива бројне проблеме у пракси. По наређењу холандског јавног тужиоца, ДНК профили осумњичених морају да буду обрисани одмах када се утврди да је регистрована особа погрешно осумњичена или уколико је ослобођена. Велики проблем се појављује због непостојања повратне комуникације са јавним тужилаштвом. Тужиоци ретко доносе наредбе о брисању ДНК профила осумњичених. Због тога се дешава да се у процесу претраживања кроз базу податка утврди поклапање са ДНК профилима лица која су била погрешно осумњичена у неким прошлим случајевима и чија је ДНК шифра морала да буде обрисана из базе. Када се утврди да су ДНК профили погрешно осумњичених лица из претходних случајева морали да буду избрисани из ДНК базе, овај се доказ проглашава правно неваљаним и не може се користити пред судом.[5] Због тога се предлажу измене прописа којима ће се постићи да службена лица у бази података буду благовремено обавештавана о брисању; 3) ДНК узорци осумњичених лица уносе се трајно у базу података само уколико осумњичени приложи писмену сагласност, с тим да се једном дата сагласност више не може повлачити (законско решење у Великој Британији у случају масовних ДНК тестирања); 4) ДНК узорци осумњичених лица уносе се трајно у базу и без сагласности осумњиченог али само као референтни узорци и под шифром (а евентуално је кључ за

[4] У Белгији се узорци осумњичених који су служили за компарацију након спроведеног поступка бришу (не уносе се у базу податка, тј. не чувају се трајно). По Француском закону, ДНК осумњичених лица могу да се упореде са другим у бази унетим ДНК профилима, али не смеју да се инкорпорирају у базу података. Раније је ово решење било заступљено и у законодавству Велике Британије и Немачке, али је у каснијим променама закона напуштено (нова решења су наведена у тексту).

[5] Исти проблем се појављује на пример и у Бразилу. Видети на сајту: http://www.interpol.com/Public/Forensic/dna/conference/2001/minutes.asp#6

дешифровање у поседу законом одређеног органа). У сваком случају би горе поменута, а и друга питања (нпр. рокови чувања узорака и ДНК профила) требало детаљно законски регулисати.

Имајући наведено у виду, могла би се предложити следећа **Организација Националног ДНК регистра:** 1) Форензички ДНК регистар; 2) ДНК регистар осуђеника; 3) ДНК регистар неидентификованих лица и неидентификованих лешева; 4) ДНК регистар несталих лица; 5) ДНК регистар познатих донатора за потребе компарације; 6) ДНК регистар узорака и 7) Регистар ДНК формула као референтних узорака које су служиле за компарацију са форензичким ДНК регистром или са другим ДНК регистрима. У питању су ДНК формуле осумњичених лица, ДНК формуле лица оштећених кривичним делом које су прибављене ради компарације. ДНК формуле из овог регистра могле би се у случају потребе користити и при идентификацији настрадалих лица у случајевима великих катастрофа и несрећа, нестанка лица итд. што би могли да буду разлози оправдања њеног постојања. Ова варијанта би била у суштини усвајање аустријског решења, која подразумева чување свих референтних узорака. (Евентуално би се могло прописати да се брисање из овог регистра врши на писмени захтев лица чији је референтни узорак прибављен за потребе компарације у кривичном (преткривичном) поступку, а за које није доказано да је било извршилац кривичног дела у конкретном случају. На тај начин би биле испоштоване слободе и права грађана.) Тиме би се избегле тешкоће које постоје, на пример, у холандским и бразилским ДНК базама. Друга варијанта би било задржавање референтних узорака у бази који су прибављени од осумњичених лица уколико тежина кривичног дела, начин извршења и личност извршиоца указују да ће понављати кривично дело - немачко решење. Треће решење би било да се задржавање референтних узорака у бази услови тежином и врстом кривичног дела, при чему се може применити описна квалификација или навести списак кривичних дела, нпр. кривична дела из области организованог криминалитета, тероризам, кривична дела против живота, сексуална кривична дела, тешка имовинска кривична дела укључујући и разбојништва). Основне идеје су: 1) Да у ДНК бази буде што више узорака и да се тиме повећа њена оперативност; 2) Известан број осумњичених лица за које није доказано извршење кривичног дела у конкретном кривичном поступку, појављују се као стварни извршиоци других кривичних дела. Чувањем њихових ДНК формула повећава се доказна снага ДНК базе (нпр. случајеви организованог криминалитета). У Великој Британији је уочен проблем у случајевима тзв. масовних ДНК тестирања када (грешком) нису обрисане ДНК формуле узете од лица ради разјашњења појединих кривичних дела, а касније су се та иста лица појављивала као извршиоци других кривичних дела на шта је упућивало претраживање у ДНК бази. У Великој Британији

се појављивао проблем и у случајевима масовног ДНК тестирања поводом истраживања кривичних дела када је од истог лица морао да се поново да узима узорак зато што је онај који је узет у претходном ДНК тестирању сходно закону обрисан. То је доводило, на једној страни до протеста лица која су више пута морала да дају узорак, и на другој страни поскупљивао се поступак масовног ДНК тестирања. Сличан проблем је уочен у Холандији и Бразилу када ДНК узорци осумњичених лица грешком државних органа нису избрисани из базе мада им није изречена осуђујућа пресуда, а онда су у каснијим поступцима претраживања поводом других кривичних дела та иста лица идентификована као извршиоци. Појавио се проблем доказне снаге таквог поступка идентификације (правне ваљаности доказа, што је доводило до апсурдних ситуација); 3) Задржавањем у бази ДНК формула осумњичених лица повећао би се превентивни карактер ових база у смислу одвраћања од будућих извршења кривичних дела.

Члан 16. тачка 3. (ДНК регистар неидентификованих лица). Назив овог регистра треба променити у: ДНК регистар неидентификованих лица и неидентификованих лешева. Тачка 3.4. члана 16. логички не припада овде зато што подразумева: узроке крви или других ткива или телесних течности узетих од лица која су у блиском биолошком сродству са лицима која су оглашена као нестала, без обзира да ли за та нестала лица постоје основи сумње да су умрла. ДНК формуле ових лица треба сврстати у посебни део базе који би се називао: ДНК регистар познатих донатора за потребе компарације. Имајући у виду постојећи концепт Нацрта закона у члану 16. тачки 3. (ДНК регистар неидентификованих лица) недостаје тачка 3.5. која подразумева биолошки компаративни материјал несумњивог порекла који припада несталим лицима (биолошки трагови са четкице за зубе несталог итд.). Међутим, прихватљивије је решење да овај материјал буде у посебном делу ДНК регистра (ДНК регистар несталих лица).

Чување анонимности података

Члан 17. садржи сасвим прихватљиво решење које подразумева да се сваком ДНК профилу у Националном ДНК регистру придружи јединствени идентификациони број, што подразумева да се у бази података са ДНК профилима, осим овог идентификационог броја, не налазе никакве друге идентификационе ознаке на основу којих се може закључити идентитет лица коме припада ДНК профил.

Члан 18. Нацрта закона предлаже да поред ДНК профила на који се односи члан 16. Нацрта закона (организација Националног ДНК регистра), Национални ДНК регистар садржи у одвојеној бази податке, за сваки јединствени идентификациони број ДНК профила, и информацију у писаној и (или) електронској форми из које (информације) се може

установити идентитет лица, предмета и остали подаци везани за кривично дело, лице које је идентификовано, лабораторије и експерта који је вршио вештачење, суд који је донео наредбу о вештачењу итд. Боље је решење да кључ за идентификационе карактеристике буде на физички одвојеном месту, а не у оквиру националног ДНК регистра. Имајући у виду концепт кривичног поступка (правосуђа) у Србији, кључ за идентификовање лица којима припадају ДНК шифре у националном ДНК регистру би вероватно требало да буде у Републичком јавном тужилаштву - физички, персонално и функционално одвојен од субјеката вештачења и Националног ДНК регистра. На пример, овакво решење је усвојено у Белгији где једино магистрат има приступ именима особа чији су ДНК профили унети у базу. Уколико се не би усвојило овакво решење, системски се не би могле умањити могуће злоупотребе.

Члан 34 прописује анализу ДНК узорака осуђеника. У члану се прописује да при анализи узорака осуђеника, форензичка ДНК лабораторија у којој се обавља анализа ДНК узорка осуђеника, као ни форензички ДНК аналитичар који обавља ДНК анализу узорка осуђеника не могу поседовати информацију о идентитету осуђеника чији се ДНК утврђује, већ само јединствени идентификациони број ДНК профила. Ово правило (анонимности узорака који се вештачи) треба да важи и за све остале узорке (нпр. узорке узете од осумњичених, жртава), а не само за узорке који су узети од осуђених лица.

Узимање узорака ради утврђивању ДНК формуле за потребе уношења у Национални ДНК регистар и компаративна вештачења

Члан 26. Упис у ДНК регистар осуђеника везује за казну затвора која је осуђеном изречена у дужем трајању од једне године за следеће врсте кривичних дела прописаних Кривичним законом Србије: за сва кривична дела против живота и тела, за кривична дела против слобода и права грађанина; кривична дела против достојанства личности и морала, кривична дела против брака и породице, нека кривична дела против имовине, кривична дела против опште сигурности људи и имовине, кривична дела против јавног реда и правног саобраћаја. У наведеном списку недостају нека веома тешка кривична дела као на пример: тероризам, организовање злочиначког удружења, шпијунажа, геноцид, кривична дела против оружаних снага итд.

Чланови 26-30. посвећени су упису у ДНК регистар осуђеника и узимању узорака од осуђеника. У наведеним члановима се до танчина регулише поступак узимања биолошких узорака од осуђених лица: за која кривична дела треба да буду осуђени да би им се узео биолошки узорак, који узорци се узимају, шта треба да садржи комплет за узимање узорака од осуђених лица (детаљна упутства и процедуре), шта треба да садржи

формулар о узимању узорка, који подаци том приликом треба да буду прибављени (особени подаци осуђеног, отисак прста, итд.), ко може да узима крв, са којом опремом и прибором. Које услове треба да испуне узети узорци како би се могли унету у базу националног ДНК регистра, како се организује узимање узорака од осуђеника итд.

Насупрот овоме, у предложеном Нацрту закона о националном ДНК регистру уопште се не помиње (ни једном речју) поступак узимања узорака за остале ДНК регистре. На пример не помињу се услови који треба да буду испуњени како би биолошки узорци са лица места кривичног дела, узорци са тела или одеће жртве или осумњиченог могли да буду унети у Форензички ДНК регистар (проблем спречавања контаминације, доказивање узрочне везе трага и кривичног дела итд.). Не помиње се уопште поступак узимања и услови који треба да буду испуњени приликом уношење података у остале ДНК регистре. Посебна је слабост овог Нацрта зато што не предвиђа поступак, и остале услове везане за узимање биолошких материјала за потребе компарације од осумњичених лица (њихова права, обавезе итд). Потребно је прецизно регулисати узимање узорака од осумњичених лица, права осумњиченог у том поступку, ко има овлашћење да нареди принудно узимање узорака, у којим случајевима итд. Такође треба правно регулисати узимање узорака од жртава кривичних дела за потребе компаративног испитивања (као код дактилоскопских вештачења), као и од других познатих донатора (нпр. рођака несталих лица). Приликом узимања узорака биолошког материјала у виду трагова за које постоји сумња да су у вези са кривичним делом, као и прибављањем компаративних узорака од осумњиченика и рођака несталих лица има пуно стручних питања (нпр. како спречити контаминацију биолошког материјала, спречити манипулације у циљу онемогућавања утврђивања идентитета), као и питања која се тичу ограничења људских слобода, права лица од којих се узимају узорци за компарацију.

Члан 36. **Уклањање информација из ДНК регистра**. У овом члану се предвиђа само брисање ДНК профила из Форензичког ДНК регистра уколико се установи да тај ДНК профил припада: 1) лицу оштећеном кривичним делом, или 2) лицу које је било осумњичено и за које се у току кривичног поступка установило да није извршилац кривичног дела.

Све ДНК базе ове врсте у свету у оквиру поглавља које се бави уклањањем и брисањем информација из ДНК регистра прецизно регулишу и читав низ других ситуација ове врсте: уклањање из базе ДНК профила добијених из трагова са протеком одређеног броја година; ДНК профили познатих донатора и ДНК профили из регистра осуђених лица бришу се након извесног броја година или њихове смрти. Појављује се проблем брисања ДНК профила осумњичених лица о чему је писано у тексту.

Проблематика брисања узорака из ДНК базе је на следећи начин решена у појединим земљама: У Холандији се ДНК профили из трагова кривичних дела бришу након осамнаест година. У Француској се узорци биолошког материјала који су прибављени са лица места чувају 40 година након анализе. Исто важи и за узорке прибављене од осуђених лица, с тим да је ограничено до њиховог осамдесетог рођендана. У Белгији се неидентификовани ДНК профили бришу тридесет година након уношења.

Казнене одредбе

Члан 23. прописује да лице које захваљујући својој службеној позицији има приступ базама података Националног ДНК регистра и свесно и својевољно покуша да достави или достави информацију садржану у овим базама другом лицу или институцији која по овом Закону нема право увида у податке националног ДНК регистра биће кажњена затвором до 3 месеца или новчаном казном до 60000 динара. Иста је казна предвиђена и за лице које неовлашћено покуша да оствари приступ подацима. Решење у Нацрту Закона је неприхватљиво. Предложена казна је бесмислено мала и подстицајна за све потенцијалне прекршиоце (нпр. у случајевима организованог криминалитета отвара врата корупцији). Предложено решење дезавуише одговорност за кривична дела против службене дужности и миноризује кривичну одговорност службеног лица. Казну не би требало прецизирати (оставити могућност примене постојећих одредби Кривичног закона против службене дужности) или предвидети оштрију казну него што постоји у оквиру кривичних дела против службене дужности (као lex specialis).

У члану 38. предвиђена је казна за кривично дело за које се може изрећи казна затвора у трајању од седам година лицу које свесно и на начин који је у супротности са одредбама овог закона учини следеће радње: 1) узме ДНК узорак од осуђеника осуђеног за дело које није предвиђено овим законом, са намером да га достави у ДНК регистар осуђеника; 2) преда ДНК узорак лицу које није овлашћено да прими ДНК узорак; 3) Узме ДНК узорак од лица које није овлашћено да преда ДНК узорак); 4) отвори пакет са ДНК узорком; 5) утиче на садржај пакета са ДНК узорком; 6) пружи лажне или нетачне податке, са намером да такви нетачни подаци буду унети у ДНК регистар; и 7) измени податке у регистру додавањем, брисањем или изменом било ког податка. У Нацрту закона су испуштене следеће радња која би требало да буду санкционисане: 8) узимање узорака од погрешног лица као би се онемогућио поступак идентификације; 9) уништење ДНК биолошког материјала у намери онемогућавања спровођења процеса идентификације, 10) За радње наведене у претходним тачкама које су извршене из нехата

треба прописати блажу казну (одговорност за нехатно извршење кривичног дела).

Чланови 23. и 38. су међусобно у контрадикцији. Поставља се питање због чега се понашања из члана 23. Нацрта закона не сматрају кривичним делима и за која је предвиђена симболична казна у односу на понашања из члана 38. која би се по предлогу Нацрта закона сматрала кривичним делима и за која су прописане строге казне.

Рок од 180 дана из члана 41. није реалан, исувише је кратак и тешко се може остварити у пракси када је у питању поступак у коме директор Националног ДНК регистра треба да од дана доношења стандарда за обезбеђење квалитета ДНК анализа и програма за тестирање валидности рада форензичких лабораторија и форензичких ДНК аналитичара, обавести Министарство правде о томе које су форензичке ДНК лабораторије прихватиле стандарде Националног ДНК регистра и учешће у програмима које организује Национални ДНК регистар.

Могућа Законска решења и пракса у појединим земљама:

Прибављање компаративног материјала од осумњичених лица за ДНК истраживање.

Компаративни материјал за ДНК вештачење може се прибавити и против воље лица уколико постоје индиције (БС предлаже - основи сумње) које указују на његово учешће у извршењу конкретног кривичног дела. (Решење у Великој Британији).

Поступање са ДНК узорцима прибављеним од осумњичених лица (компаративни материјал).

Једно од могућих решења: ДНК осумњичених се чува у посебном делу базе за потребе компаративног испитивања све до доношења правоснажне пресуде. Након доношења правоснажне пресуде са ДНК профилима осумњичених (окривљених лица) поступа се на следећи начин: 1. Варијанта: ДНК осумњичених (окривљених) лица против којих је донета ослобађајућа пресуда бришу се из регистра на захтев суда (или тужилаштва - решење у Холандији). 2. Варијанта: Да би се ДНК осумњичених лица могао задржати трајно у ДНК бази познатих донатора потребан је његов писмени пристанак (решење из Велике Британије). 3. варијанта ДНК осумњичених лица чувају се трајно у бази као референтни узорци и при том нису наведене генералије осумњичених, већ су под шифром. Кључ шифре је у Министарству унутрашњих послова. (Аустријско решење).

Трајно чување ДНК профила у бази података. У бази ДНК профила трајно се чувају ДНК профили осуђених лица за поједина кривична дела (одредити кривична дела), као и ДНК профили лица која су изван прве групе, а дала су писмену сагласност да се њихови профили могу трајно

сачувати у бази и након процеса компарације. У противном се након компарације бришу.

Свако уношење ДНК профила у базу (без обзира да ли је познатог или непознатог порекла) подразумева аутоматско компарирање тог профила са свим ДНК профилима који се већ налазе у бази. У Холандији се указује потреба сачињавања базе ДНК профила и настрадалих жртава насилничких кривичних дела.

Закључак

На крају се може констатовати да је веома добро што се и у нашем Министарству правде увиђа потреба доношења закона којим ће се регулисати материја ДНК база података и форензичких вештачења. Несумњиво је да се на предложеном тексту закона мора још доста радити, тако да је бесмислено кратак рок остављен за рад у оквиру стручне радне групе која треба да га финишира.[6] При изради Закона који регулише материју ДНК вештачења у форензичке сврхе и оформљењу националног ДНК регистра треба сарађивати са експертским групама и организацијама из Европе које се баве поступком уједначавања европских стандарда у вези са ДНК базама података, форензичким ДНК лабораторијама и уједначавањем законских решења којима се регулише ова материја. Основни циљ европских настојања у овој области је стварање услова за јединствену европску форензичку базу ДНК узорака, брзу, лаку и ефикасну размену података са циљем ефикаснијег сузбијања кривичних дела и учинилаца из области транснационалног криминалитета.[7]

[6] Аутор овог текста је обавештен да је одређен за члана радне групе, крајем августа 2004. а текст Нацрта закона о ДНК регистру је добио 2. септембра. Рок за израду текста Закона је 20. септембар (2004.) што је неприхватљиво кратак период.

[7] Видети на пример: http://www.dur.ac.uk/p.j.johnson/eu.html

Branislav Simonović, a full-time professor

DISCUSSION ON THE DRAFT OF THE BILL ON NATIONAL DNA REGISTRY

This work represents a discussion on the draft of the Bill on National DNA registry proposed by the Ministry of Justice of the Republic of Serbia in 2004. The Regulations proposed in this draft are currently being analyzed, criticized and some new ideas and suggestions for its improvement and modification are being submitted. This discussion is based on the analysis of some European laws which regulate the issues of DNA forensic and DNA data base used for criminology purposes. The discussion is aimed at finding the optimal balance between the protection and respecting of human rights and freedom and increasing the efficiency in applying DNA forensic technology.

Др Драгана Петровић,
ванредни професор

***UDK**: 343.28*

НОВИ ГЛОБАЛНИ ТЕРОРИЗАМ

Увод

Изазивање страха је суштина ове "терористичке игре". То је стара, већ добро позната игра: нова ера тероризма се рађа, али стара се још није завршила. Управо, последњих година тероризам се практикује на начин коме нема преседана.

Тероризам представља насиље, или претњу насиљем која се предузима са циљем да се произведу страшан страх и паника. Али догађај од 11. септембра је ову "прастару праксу" подигао на виши ниво, чинећи тероризам још злокобнијим, разорнијим него што је то до тада био.

Тероризам није више маргиналан проблем, проблем са којима се суочавају неке друге земље, а ми остајемо (опстајемо) као недодирљиви. Заправо, верује се да је дошло до пошасти, нове врсте болести која хара светом, болести која се не може контролисати. Њена заразност ће многе потенцијалне циљеве ставити на пробни тест. Она отвара нова питања са којима се досад нисмо суочавали. Као и стари тероризам и ову нову врсту обликују вишеструко различити фактори, чији су корени јако дубоки, односно, егзистира у околностима које на одлучујући начин детерминишу тај својеврсно опасан феномен.

Изразито нова обележја тероризма су следећа:

- тероризам је глобалан, у смислу да границе више не представљају никакву баријеру;
- смртоносан, јер су терористи променили своје тактике ка театралном насиљу са циљем да алармирају јавност бирајући за циљеве места која су насељена цивилним становништвом и трудећи се да њихови напади изазову што више жртава како би се подрило читаво друштвено и културно наслеђе непријатеља;
- деструктивност и професионалност у координирању акција;
- спроводе га цивили (без подршке државе), на начин и уз коришћење средстава која бришу класичне границе између тероризма и декларисаног рата међу државама;

- ослања се на најмодернију технологију савремене цивилизације да би се том софистицираном техником уништила модерна цивилизација на коју терористи гледају као на претњу њиховим светим традицијама;

- оркестриран од стране транснационалних недржавних организација преко глобалних конспиративних мрежа терористичких ћелија које су лоциране у многим земљама, обухватајући разноврсне нивое комуникације и координације без преседана;

- вођен од стране фанатичних екстремиста чији је циљ да све униште кроз максимално крвопролиће, чинећи злочине против хуманости који захтевају жртвовање њихових сопствених живота у акцијама које се не могу одвратити или спречити преговорима о компромисном решењу;

- изван је утврђених моралних и законских норми које су универзално прихваћене и вековима поштоване;

- заснован је на *realpolitik* начелу да је моћ разарања исто што и моћ контролисања и мењања;

- руковођен мржњом усмереном ка одређеном циљу - жељом терориста да тај циљ доживи патњу због оног што јесте, што чини и због вредности за које се залаже.[1]

Несумњиво да ове промене захтевају промене у стратегији и тактици, односно у борби са њим. Потребан је нов "компас за путовање" овим новим глобалним теренима. Нажалост, ми још нисмо ни његову природу јасно дефинисали, као што нисмо усвојили ни ново име за ову нову врсту сурове међународне реалности. Скала промена које се овде дешавају је огромна и зато се, што пре, морају формулисати нови оквири размишљања, анализирања и проналажења одговарајућих решења како би се трасирала стаза ка новој, сигурнијој будућности. Ово захтева "велику визију и знање."

Дакле, да ли ће будући терористи бити крвожеднија варијанта данашњих терориста по броју експлозија и жртава, можда мање дискриминаторни, али и даље начичкани конвенцијалним експлозивом? Или ће се будући терористи окренути хемијском, биолошком или нуклеарном наоружању у циљу изазивања масовне деструкције? Или ће можда нови терористи бити софистицирани електронски ратници који продиру и саботирају електронске системе на које се савремено друштво све више ослања?

Нико са сигурношћу не може да прогнозира будући развој тероризма, јер нам историја терористичког деловања не дозвољава да "размишљамо широкоумно, а да истовремено будемо обазриви"(M. B. Jenkins)[2].

---

[1] C. W. Kegley Jr.: The characteristics, Causas, and Controls of the New Global Terrorism: An Introduction, The New Global Terrorism, Characteristics, Causes, Controls, 2003, стр. 1-3.

[2] Цит према: Ibid, стр. 5.

Шта је тероризам?

Зашто је тако тешко дефинисати тероризам?

Мало је речи које су се попут ове наметнуле у нашем свакодневном речнику. Попут речи Интернет, тако се и реч тероризам нашла у широкој употреби, а да се, заправо и не зна шта, она, конкретно, значи. Ове непрецизности су настале и као последица његове непрецизне употребе у медијима који покушавају да нам у ограниченом времену, или простору, пренесу неку комплексну поруку, и то тако што се најразличитије форме насиља једноставно етикетирају као - тероризам (на пр. бомбардовање неке зграде и атентат на председника, или масакр становништва од стране неке војне јединице, или тровање становништва неким производом из супермаркета, или намерна контаминација лекова у некој дрогерији и сл. називају се истим именом - тероризам).[3]

Тероризам, у данашњем смислу речи је фундамнетално-политичке природе. Нераскидиво је повезан са речју сила (моћ) - трагањем да се постигне моћ, стицањем моћи, употребом силе и сл. а све то у циљу остваривања политичких циљева. Тероризам је, такође, насиље или претња насиљем, која се користи у директној служби неког политичког циља или постизања политичког циља. Када се овај суштински део разјасни и расветли, онда разумемо и још једну дефиницију терористе коју је дао OED: Терориста је свако ко покуша да наметне своја гледишта системом присилног застрашивања. Ова дефиниција подвлачи још неке од темељних карактеристика тероризма, а то је да је он - планиран, срачунат и систематичан чин.[4]

Хофманово схватање тероризма је да је он у бити политичке природе и да је срачунат процес. Овај аутор описује промене у значењу овог термина, промене у томе како терористичке организације на себе гледају,

---

[3] Конфузија настаје са конвенцијалним речником која се одражава чак и у наслову овог Поглавља. Ко жели да брани било које друго становиште осим хватање и кажњавања терориста? Експлицитна употреба речи терориста сужава нашу перцепцију људи који делују на ужасан начин. Они су терористи, дакле, починиоци зла. Јасно и једноставно. Имплицитно, овај термин нас подстиче да мислимо неутрално и у садашњем времену, да се фокусирамо на појединачне актере игноришући и прошлост и будућност у погледу детаљисања. Како је то приметио Christopher Hitchens, ова етикета прикрива реалност и осиромашује језик и чини баналним сваки разговор о рату и револуцији и политици.

Овај приступ, наравно, подразумева да смо способни да направимо разлику између чина тероризма и других насилних тактика; у противном, тероризам постаје само реторичко оружје којим нападамо групе које користе насиље у сврхе са којима се не слажемо. Дебате око дефинисања тероризма могу представљати облик интелектуалне онаније - доноси уживање, али не урођује плодом. Па ипак, треба да уложимо напоре да спасемо ствар из руку полемичара. P. C. Sederberg: Global Terrorism: Problems of Challenge and Response, The New Global Terrorism, Characteristics Causes, Controls, 2003, стр. 268.

[4] D. J. Whittaker: The Terrorism reader - second Edition, New York, 2003, стр. 4-5.

промене у њиховим моделима понашања, без обзира да ли се ради о домаћем или међународном тероризму. У пежоративном смислу, овај термин се често забуном замењује са герилским начином ратовања, или са обичном врстом криминалитета. По Хофмановом мишљењу, оним карактеристикама које описују терористу, треба додати и степен интелектуалне жестине и алтруизма.[5]

Ако узмемо у обзир све ове јасне смернице, зашто је онда тешко дефинисати тероризам? Можда зато, јер се само значење овог термина током последњих двеста година значајно мењало.

Али, хајде да у том правцу будемо нешто прецизнији.

У стручној литератури, на питање "Шта је тероризам?", налазимо низ различитих одговора, гледишта и оријентација. Покушали смо да их систематизујемо, омогућавајући тако бољи преглед и увид у проблем и карактер ове изузетно опасне појаве. У том контексту, издвојићемо следеће дефиниције:

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."[6]

---

[5] Ibid.

[6] 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: E. Pinjo: Islamski terorizam, http.www.mm,cp.ba/printart123.html

Тероризам подразумева противзаконити 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).

То је противзаконита употреба силе усмерене на цивилне мете ради постизања политичких циљева (Walter Laqueur).

Једноставно, тероризам је стратегија насиља смишљена да доведе до политичких промена (Brian Jenkins).

Тероризам је срачунато, систематско убијање, сакаћење и злостављање невиних људи у циљу инспирисања страха ради постизања политичких циљева. Тероризам је у бити зло, неопходно зло и у потпуности зло (Paul Johnson).

Најзад, међународни тероризам је претња насиљем, или употреба насиља, у политичке сврхе када је 1) таква акција срачуната да утиче на ставове и понашање циљне групе која је шира од непосредних жртава и 2) његово ширење и разгранатост превазилази државне границе (Peter Sederberg).

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 је 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. Reich, психијатар, ставља акценат на стратегију застрашивања којом се усађује и распирује страх и осећање личне

рањивости међу цивилном популацијом. Sederberg се фокусира на употребу намерног застрашивања наводећи као примере утицаја ставове и понашања. Johnson-ова дефиниција је пуна емотивног набоја и осуђујућег негодовања.[7]

Из овог покушаја приказивања може се претпоставити, да постоји читав низ различитих проблема који опструирају напоре да се створи аналитична и корисна дефиниција тероризма. 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 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.[8]

Зашто тероризам?

Зашто се ово догађа? А зашто не?

Страх и претња из којих се тероризам рађа, попут неког наркотичког средства изазива инхибиције да се поклекне и да најпримитивнији инстинкти човека избију на површину. У светлу злочина који су се дешавали у последње четири године и конфликата који су следили, остаје питање - која је то претња која стимулише спирални циклус тероризма и насиља?

У природи људског живота постоје четири фактора који се, сами по себи, издвајају у циљу објашњења експанзије тероризма. 1) повећање популације 2) повећање разлике у богатству и привилегијама 3) ескалације религиозног екстремизма и 4) осавремењавање технологије и лак приступ истој. Прва три фактора се односе на перцепцију претње, а четврти на њену имплементацију.[9]

---

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

[8] Ibid, стр. 4.

[9] Упркос аргументима да планета земља може да издржи чак и већу популацију, људима се чини да то није тачно, јер сматрају да се постојећи животни простор све више смањује. Логична, линеарна прогресија оваквог размишљања води до следећих објашњења: више људи - мање простора по особи, више интеракције - више прилика за конфликт, више конфликта - више припрема за конфликт. Роберт Фрост је једном приметио: "Добре ограде чине добре суседе". Али како популација све више расте, постало је немогуће направити толико ограда. Упадање у наше двориште све већег броја суседа који се такмиче за

Широке категорије теорија и дијагноза о изворима терористичких напада су се распршиле у анализама напада од 11. септембра 2001. године. Ове теорије се крећу од простих до најсложенијих и често су и међусобно испреплетане. Тако, једна од њих заговара да су ови напади били чин зла. Повезујући нападе са постојањем зла на земљи, ми сами себе дисквалификујемо, јер ово објашњење захтева позивање на религиозност, или на религиозне изворе за елиминисање извора проблема. Молитва представља примарно уточиште.

По другој теорији, терористи представљају нихилисте који ће уништити цело човечанство. Као код анархиста чија су дела сама себи циљ, на нихилизам се може одговорити само елиминисањем истинских верника, или убеђивањем једног по једног да промене свој систем веровања.

Трећи заговарају мишљење да напади представљају криминалитет. Појединци који су извели ове нападе су друштвено девијантни, мотивисани базичним инстинктима, ограничене интелигенције, неспособни да делују у оквиру друштвено утемељених правила. Уколико се терористичке акције сматрају криминалитетом, оне ће онда бити вечне и могу се само контролисати, али не и елиминисати. Оне ће заувек остати на маргини друштва, захтевајући сталну полицијску контролу и полицијску државу.

Многи су сматрали да су то дела примитиваца, дела која су предузели нецивилизовани против цивилизованих. Сам чин напада је био толико одвратан, каже један амерички званичник, да чак и неки из нецивилизованог света сада схватају да су на погрешној страни. Парадигма варварства има ту карактеристику да дели свет на "њих против нас". Он обезбеђује циљеве и оправдање за хитну акцију што служи сврси парадигме. Уколико је проблем у томе да тамо негде постоје нецивилизовани људи, решење је цивилизовати их, или, једном речју, елиминисати их хватањем, затварањем или убијањем да би се елиминисала претња од будућих катаклизми. Ово објашњење, међутим, не објашњава мотивацију за рат. Рат се не води против необразованих или примитивних. Не води се против хулигана, чак и оних изузетно успешних. Он се води против ентитета и непријатеља.[10]

Па, да ли је тероризам - нова форма рата!?

На почетку новог миленијума се суочавамо са постојањем новог света са много прекретница иза нас и наравно, страшним искушењима испред нас. Најкритичнија прекретница се односи на начин вођења рата.

ограничене ресурсе производи забринутост која избија на површину, понекад и у облику терористичких акција. L. D. Howell: Is The New Global Terrorism a Clash of Civilizations? Evaluating Terrorism' Multiple Sources, The New Global Terrorism,...177-178.

[10] Ibid.

Тероризам, засигурно нови феномен, је добио примат. Традиционални системи ратовања и ратови звезда су изгубили на важности. Рат, ова јединствена и највећа грешка у људском карактеру, је започео са моткама и камењем, прерастао у рат експлозивима, ескалирао у ваздушни простор, затим свемир, да би се опет вратио на земљу у облику бомби на људским телима. Али док се рат моткама водио са најближим суседима, рат терориста се завлачи и у најудаљеније углове на овој нашој планети.

Шта тероризам, заправо, значи? Тероризам је рат који се води изван контроле држава. Он је више од обичне деструкције, представља чин насиља чија је намера да постигне далеко шире резултате од обичних победа и пораза који за многе значе губитак живота, људских права и људске добробити. Обриси ових нових ратова су јасни у многим аспектима, јер опсег друштвених и политичких група који у њима учествују више не одговара шаблону класичних међудржавних ратова. Насиља коју сеју терористички агресори више не спроводе државни агенти (мада се дешава да их држава, или неки њени субјекти и даље подржавају). Насиље се усмерава према грађанима и политички циљеви се комбинују са ужасним злочинима и масовним кршењем људских права. Такав рат се обично не започиње због државних интереса, већ религиозног идентификовања, острашћености, фанатизма, итд. Циљ више није освајање територија, као у претходним ратовима, већ задобијање политичке моћи генерисањем страха и мржње. Сам рат постаје облик политичке мобилизације у коме се кроз насиље промовишу циљеви екстремиста.[11]

Уколико желимо да спасемо концепт тероризма од полемичара, као и да скренемо пажњу на забринутост оних који верују да је то празна реторичка категорија, ми морамо да идентификујемо оне карактеристике које разликују тероризам од других насилних тактика које се користе унутар, или између политичких заједница. Две карактеристике, обе настале на добро утврђеним правилима рата, изгледа да представљају довољан основ за њихово истинско разликовање. Најпознатији видови ограничавања понашања при вођењу рата се односе на одабирање циљева и средстава да се нападну ти циљеви. Да будемо прецизнији, циљеви

[11] Историчар Frederick H. Hartmann је приметио да се планирање рата и његово спровођење руководи трима основним постулацијама: финансије, стратегија и развој и тактика. Он, даље примећује да право и закони играју критичну улогу. У свом делу *Односи међу нацијама* (The Relations of Nations), он цитира одредбе о вођењу рата на копну САД-а из 1914. где се у Члану 10. каже да је циљ рата: да доведе до потпуне покорености непријатеља у што краћем року и путем дозвољеног насиља. Дозвољено насиље? Тешко је помислити да рат може да буде такав. Али ипак јесте. У ратовима су се нека оружја користила, а нека не. Цивили су се третирали другачије од војника. Војници су узимани као заробљеници и нису били убијани по сваку цену на лису места. Ibid, стр. 176.

насилног напада треба да буду војници, а оружје које се користи против ових циљева треба да буде крајње селективно.

Разматрање ове проблематике у светлу заштите људских права

Промена законодавства у области ратовања је ставила појединце, владе и невладине организације под окриље нових система правне регулативе, регулативе која, у принципу, значајно (поново!?) ставља акценат на важност постојања државних граница. Режим "либералног међународног суверенитета" се заснива на овлашћењима и ограничењима, као и правима и дужностима који се темеље на међународном праву које, мада је коначно формулисано од стране појединих држава, ипак превазилази традиционални концепт и може доћи у конфликт са домаћим законима. У овом контексту, државе не могу исцрпе своје захтеве за суверенитетом, а појединци да потроше своје право на заштиту суверенитета, уколико прекрше стандарде и вредности који су утемељени у либералном међународном поретку, (да таква кршења више нису само ствар моралитета). Она представљају кршење правних аката, прекршај који тражи да се на њега одговори, да се казни прекршилац и да се надокнади проузрокована штета. Овде је изграђен мост између моралности и закона, док је у ери класичног схватања суверенитета то представљало само одскочну даску. То су, дакле, трансформативне промене које мењају облик и садржај политике на националном, регионалном и глобалном нивоу. Оне указују на све већи обим и значај међународне регулативе и на све већу институционализацију међународноправних норми и праксе - на почетке универзалног правног поретка по којима држава не представља једини ниво правне компетенције на који су људи пренели јавна овлашћења.[12]

Укратко, границе између државних територија играју све мању улогу у погледу правних и моралних аспеката. Државе се више не сматрају изолованим (затвореним) политичким световима. Међународни стандарди прелазе државне границе на много начина. У оквиру Европе, Европска Унија и Европска конвенција за заштиту људских права креирају нове институције и правне и административне нивое који деле, ограничавају политичку моћ. Више не пролазе идеје да суверенитет представља недељив, неограничен, ексклузиван и вечан облик моћи утемељен у оквиру једне индивидуалне државе. У оквиру шире међународне заједнице, правила којима се рат води, оружани сукоби, тероризам, људска

[12] D. Held: Bringing International Law Bear on the Control of the New Terorism in the Global Age, The New Global Terrorism,...стр. 253-256

права и окружење, су само неке од области које су претрпеле трансформацију и ограничиле поредак држава, а националне политике су развиле нове облике и нивое одговорности у управљању (од посебно договорених режима као што је Споразум о ограничавању нуклеарног оружја, до ширег обима регулативе постављене повељом УН). Према томе, границе између држава, нација и друштава све мање играју одређену (значајну) улогу са аспекта права и морала. Поједине заједнице могу да буду предмет осуде уколико не поштују опште, универзалне стандарде. То значи, да се над њима може вршити надзор, тј. пажљиво надгледати и оцењивати да ли задовољавају ове стандарде, који се, у принципу, примењују на сваку индивидуу која се сматра једнако вредном и поштованом. У исто време, заједничко чланство у политичкој заједници и просторна близина држава се не сматрају извором моралних привилегија.[13]

Политичке и правне трансформације које су се догодиле у последњих 50 година су довеле до разуђивања и ограничавања политичке моћи на регионалном и глобалном нивоу. Па ипак, извесне потешкоће у вези либералног међународног режима суверенитета остају и стварају тензије, у самом центру. Више као илустрацију наводимо:

Озбиљни недостаци, који се могу и документовати, сусрећу се у спровођењу демократских и људских права и међународног права уопште. Без обзира на унапређење и консолидацију режима либералног међународног суверенитета, наставља се са растом неједнакости у погледу моћи и економског богатства. Све је већи јаз између богатих и сиромашних држава, као и између нација у глобалној економији. Поштовање људских права често представља само "празну причу". Формирање регионалних индустријских и инвестиционих блокова, посебно Триада (НАФТА, ЕУ и Јапан) се фокусирало на економске трансакције у оквиру региона. Триад обухвата 1/3 до 3/4 свих укупних економских активности. Међутим, посебно привлачи пажњу један други облик неједнакости: значајан део људске популације остаје на маргинама у односу на ове мреже.[14]

Да ли све већи раскорак у животним приликама и околностима међу светском популацијом наглашава унутрашња ограничења либералног међународног поретка, или овај диспаритет треба да се припише неким другим феноменима - партикуларизацији држава-нација или неједнакостима у регионима који имају различите културне, религиозне и политичке проблеме? Управо, ова друга два феномена дају допринос диспаритету између универзалних захтева за остваривањем људских права и углавном катастрофално лоших резултата у овој области. Рецимо, прави

[13] Ibid.
[14] Ibid, стр. 257.

узрок овог упадљивог раскорака лежи на другом месту - у тангентном утицају либералног међународног поретка на регулисање економске моћи и механизама тржишта. Либерално међународно тржиште се фокусира на ограничавање злоупотребе политичке, а не економске моћи. Оно има мало (или нимало) системских начина да се ухвати у коштац са изворима моћи (осим политичких). Његови концептуални ресурси и водеће идеје не дефинишу и не следе пут ка самоодређивању и аутономији у економском домену. Он не тражи потпору у демократским правима и обавезама изван политичке сфере. Отуда не изненађује што либерална демократија и све већа економска неједнакост егзистирају руку под руку. Тако комплексне и различите приче о глобализацији често указују на потпуну контра-дикторност. С једне стране, у последње три деценије постоји доминантна тенденција ка економској глобализацији у правцу који је трасирао један нерегуларан неолиберални модел праћен повећањем могућности избора које имају корпоративни и финансијски капитали у погледу коришћења глобалне радне снаге и пласмана у све већем броју држава, као и све бржем реаговању тржишта. Све је ово довело до појаве негативних осећања политичке несигурности и ризика, уз јасно означену поларизацију глобалних економских неједнакости (као и озбиљне сумње да ли уопште постоји било каква нада за најсиромашније становнике планете). С дуге стране, постоји значајно утемељивање космополитских вредности које се односе на једнакост дигнититета и вредности свих људских бића, поновно повезивање међународног права и моралности, стварање регионалних и глобалних система управљања и растуће схватање да јавна добробит, без обзира да ли се види као финансијска стабилност, заштита животне средине, или глобални егалитарианизам, захтева координирану мултилатералну акцију, ако желимо да се она постигне на дуже стазе.[15]

Вести које су нам стизале с краја 2001. и 2002. о све интензивније коришћеном моделу противзаконитих убијања (организована, срачуната и циљана убиства) са обе стране израелско-палестинског конфликта довеле су до пораста забринутости због кршења закона, како на националном, тако и на међународном нивоу. Овај пут води само у једном правцу - Thomasa Hobbesa који је дао једну метафору у 16. веку о стању природе у међународним односима која се може применити и на данашњу ситуацију: рат свих против сваког и живота као: усамљене, јадне, неваљале, бруталне и краткотрајне појаве. Друго, потребно је уложити изузетне напоре да се креира нов облик глобалног политичког легитимитета, оног који може да се суочи са разлозима зашто се неке државе често виде као неко ко штити само своје интересе, ко је пристрастан, једностран и неосетљив. Он мора да изазове осуду свих врста кршења људских права без обзира где се она

[15] Ibid, стр. 258.

догађала, нове мировне покушаје на Блиском истоку, разговоре између Израела и Палестине и преиспитивање политике према Ираку, Ирану, Авганистану и другим државама. Ово се не може ускладити са повременим или појединачним покушајима да се креира нови моменат за мир и заштиту људских права, већ мора да буде део дугорочног, континуираног стављања акцента на међународну политику. Међународна заједница мора стварно бити заинтересована за безбедност и заштиту људских права у свим регионима света и такав њен став не сме да представља производ краткотрајних геополитичких или геоекономских интереса.[16]

И коначно, мора да постоји општеприхваћена сагласност да питања етике и правичности која су настала поларизацијом света у погледу богатства, зараде и моћи и креирала огромну асиметрију у погледу пружања животних могућности и прилика, не могу да се препусте појединачно тржиштима да их она реше. Они који су најсиромашнији и најрањивији, заробљени геополитичким ситуацијама које су генерацијама занемаривале њихове економске и политичке захтеве, увек ће представљати плодно тло за регрутовање терориста. Пројекат економске глобализације се мора повезати како би манифестовао принципе социјалне правде. Ово ће довести и до реструктуирања активности на глобалном тржишту.[17]

Имануел Кант је био у праву када је рекао да се насилно поништавање закона и правде на једном месту као рикошет преноси на друго. Ми не можемо да прихватимо терет да исправљамо правду само у једној димензији живота - безбедности - а да у исто време не тражимо начин да је исправимо у некој другој димензији. Само такво поступање може да изврши снажан утицај ("FIDBEK") на оживотворење постављених циљева. Сасвим супротно, друштвено-економски поредак у коме цео регион и нације трпе огромну штету независно од њихове воље и пристанка, неће наићи на широку подршку и добити легитимитет. Уколико су друштвена, политичка и економска димензија правде раздвојене на дуже време, каква је тенденција данас у глобалном поретку, будућност за мирно и цивилно друштво ће заиста бити мрачна.[18]

Важно је да се афирмише став да не смемо умањивати морални статус сваке јединке на свету и да се при томе одбаци гледиште моралних ситничара по коме се јединки, с обзиром да припада одређеној заједници, ограничава и одређује морална вредност и природа његове слободе. У централном делу оваквог начина размишљања је космополитско гледиште

[16] Cit prema: Ibid, стр. 261-262.
[17] Ibid.
[18] Цит. према: Ibid, стр. 262.

да се људска вредност не одређује географским и културним локацијама, нити да националне, етничке или дефинисане границе међу државама и народима одређују ограничења у поштовању људских права, или одговорности за задовољавање основних људских потреба, као и да сва људска бића заслужују исту пажњу и поштовање. Космополитизам се заснива на основним принципима једнакости у погледу дигнитета, поштовања и приоритета у погледу задовољавања основних виталних потреба... Отуда, наша преокупација питањем - шта је то што се захтева за остваривање потпуне аутономије и развој свих људских бића?

Космополитски принципи нису начела неке утопијске заједнице, већ су утемељени у значајним документима који су усвојени након Другог светског рата: од Декларације УН о људским правима из 1948. па све до Статута Међународног кривичног суда из 1998. Многа од ових докумената су настала, тј. конципирана као одговор на ужасне претње човечанству: пре свега нацизам, фашизам и холокауст. Они који су стварали ова документа су оваквим приступом потврдили важност универзалних начела, поштовања људских права и владавину закона, иако су постојала јака искушења да се једноставно одустане, да се затворе очи и бране позиције појединачних земаља и појединих нација. Реаговање на нови облик тероризма, отелотворен у септембарским догађајима би могло да следи, сада, већ трасиран пут поменутих достигнућа и да ојача наше мултилатералне и међународне правне институције, или ће нас још више удаљити од ових ионако крхких резултата и одвести нас у свет пун антагонизма и подели. У време када се пишу ови редови, наговештаји нису добри, али још увек нисмо исцрпли све могућности које су нам на избору - историја је још увек са нама и ми је можемо правити.[19]

Садржај и избор реаговања на тероризам

Обим потенцијалног реаговања на проблеме тероризма се протеже у широком луку - од чврсте решености да се терористи убијају где год се пронађу, без обзира на чињеницу ко их штити, па све до признавања (невољног) да су терористички напади последица проблема које треба решавати да до будућих напада не би дошло. Дефинисање оваквог начина (обима) реаговања на проблем, међутим, не пружа јасне смернице шта, у одређеним околностима, може бити адекватан избор у реаговању.

Овако комплексне ситуације нас чине обазривим и упозоравају нас да не треба смањити опсег и врсте начина да на њих реагујемо. Потенцијална

[19] D. Held, op. cit., стр. 265.

реаговања на изазове тероризма се могу сврстати у четири широке категорије[20]:

1. Одбрана и уништавање у циљу одвраћања. Сила представља један од облика реаговања на терористичке нападе. Треба чвршће заштитити мете терориста и уништити све починитеље и њихове патроне. Наношењем великих губитака терористима и њиховим заштитницима, они се, дакле путем присиле, одвраћају од будућих терористичких акција. Они најрадикалнији заговорници ове теорије предлажу предузимање превентивних напада против оних који планирају терористичке нападе. Упркос постојању мита о ефикасности овог приступа, он ипак за собом повлачи велике трошкове и ризике. Одбрана свих потенцијално слабих мета је немогућа и уништавање свих терориста је немогуће ако се узме у обзир контекст који генерише њихов екстремизам и циљеви које желе постићи својим терористичким тактикама и могу само још више да повећају нашу несигурност.

2. Истраживања и активности обавештајних служби "која воде ка интердикцији". Једна успешна стратегија против тероризма мора да се ослања на рад обавештајне службе. Стратегија реаговања која стреми циљу у облику интердикције, природно, произилази из гледишта да на тероризам треба реаговати као на проблем контролисања криминалитета. Наравно, контролисање криминалитета повлачи са собом и кажњавање, али ефективно управљање организованим криминалитетом ставља нагласак на продирање у криминалне мреже, прекидање криминалних активности и идентификацију и хапшење криминалних вођа. За овако ефикасно контролисање криминалитета је потребна добро организована политичка глобална заједница, баш оно што недостаје када су у питању транснационални терористи или криминалци. Имплементација тих стратегија на глобалном нивоу захтева озбиљне, веома деликатне преговоре међу "широко аутономним државама од којих свака следи своју сопствену домаћу политику". Насупрот томе, војна решења изгледа да нуде већи опсег за унилатерално деловање.

3. Реаговање и корективне мере које воде ка опоравку. Уколико претња тероризма представља хроничан проблем за које је мало вероватно да се може одвратити присилом, од кога се нико не може одбранити у свим осетљивим тачкама, или који се може укинути (забранити) пре његове имплементације, онда наш одговор на тероризам представља - реаговање и спровођење корективних мера ка опоравку, стратегија која нас најдиректније упућује на метафору лечења болести. Како терористичке акције ескалирају, тако све више добија на важности питање капацитета за реаговање и спровођење корективних мера. Интересантно је

[20] P. C. Sederberg: op. cit., стр. 274.

да појава биотероризма још више наглашава важност овог приступа. За један напад биолошким оружјем је потребна само већа концентрација људи па да настане право пустошење, јер је огроман број потенцијалних мета које се не могу све успешно заштитити. Такве претње треба решавати кроз интезивно припремање за ефективно реаговање и спровођење корективних мера.

4. Компромис и нагодба који воде кооптацији. Схватање да тероризам представља насилну тактику коју користи група људи у циљу спровођења различитих политичких програма, води нас ка томе, да ближе размотримо политичке и друштвене контексте који утичу на појаву ове врсте екстремизма. Не све групе које се користе терористичким тактикама, у ствари врло мало њих, повезује неограничени нихилистички циљ уништавања западне цивилизације. Признање да њихови циљеви можда одражавају и њихове дубоко укорењене потребе, тежње и конфликте их не оправдава да посегну за тероризмом. Међутим, суштина њиховог програма и обим у коме они одражавају, односно представљају тежње шире популације, као и ширина њихове институционалне подршке, све нам то говори да је елиминисање претње можда немогуће постићи, а да се за то не плати одговарајућа цена. Уместо тога, можда је боље покушати да се укроте тактике, промене циљеви програма, или, у крајњем случају, да се поједине групе, или истакнуте вође "смире" и уведу у већ утврђени поредак.[21]

Сам предлог да се преговара са терористима би, можда, под одређеним околностима, био прихватљив, у одређеним ситуацијама и најефикаснији метод. Ипак, одговори на гомилу питања које производи тероризам, иду у супротном смеру - од конвенцијалне мудрости, ка размишљањима да уступци само охрабрују тероризам, и ка емоционалном импулсу након претрпљеног терористичког напада. Па ипак, овај приступ заслужује озбиљна разматрања. "Ако мит о ефикасности појачава гласове оних који заговарају силу, мит о неефикасности обично стишава, или у потпуности ућуткује, гласове оних који заговарају опције преговарања".[22]

У том смислу, ниједна од метафора које се користе да би се анализирао проблем тероризма, унапред не искључује и посредовање као

[21] Цит. према P. C. Sederberg: Ibid, стр. 274-275.

[22] Понекад би председник Буш тако широко окарактерисао и дефинисао амерички рат против тероризма, да би нам се чинило да ћемо у догледно време ми сами себе да нападнемо, с обзиром да се неки од оптужних за терористичке акције изведене у Јужној Америци и Куби скривају у САД-у и с обзиром да настављамо са производњом наоружања за масовну деструкцију. С друге стране, понекад би Бушова администрација била уздржанија фокусирајући се на терористичке групе које нападају само Америку (извињавамо се другим државама, али оне морају саме да решавају своје проблеме). Ibid, стр. 275.

антитерористичку стратегију. Интерпретације тероризма које одбацују посредовање у било ком облику (нпр. оне које виде тероризам као оруђе у рукама психопата или бескомпромисних фанатика), такође, постављају озбиљне дилеме о ефикасности репресије без истребљивања. Када закључимо да су нападачи или луди или вођени бизарним уверењима (нпр. верују у спасење кроз самоубилачке нападе) тада репресивна сила неће произвести очекиване ефекте одвраћања.[23]

Због тога се не сме одбацити могућност посредовања, већ се само јасно мора дефинисати у којим случајевима оно може да функционише, односно, да да најбоље резултате. Свака терористичка група има своју политичку историју и карактер које у битном обликују и одговарајуће форме реаговања режима на њих. Шта више, ове групе временом мењају свој карактер. Оне су ретко савршено кохезивне и константне. Екстремистичка реторика може да прикрије стварне могућности за њихову поделу и прилагођавање. Репресија и посредовање не представљају међусобно искључиве антитерористичке тактике. Примамљивост шаргарепе која је метафора за преговарање, често зависи од нивоа претње репресивног штапа. Коначно, ни репресија ни преговарање не одбацује потребу за смањивање рањивости (одбране), ограничавање планираних напада (обавештајна служба) и припремљеност за ванредне ситуације (опоравак).[24]

Пружајући шири оквир за разумевање, на овом месту су понуђена нека прелиминарна размишљања о општим условима и посебним факторима који утичу на релевантност алтернативних реаговања. Овде ћемо назначити само општи правац поступања, стављајући (још једном) акценат на чињеницу да непријатељ представља нешто више од групе терориста, то јест, иако терористи прибегавају тероризму као тактици, они такође поседују и идеолошко утемељење, политички програм и широку базу подршке и симпатија.[25]

1. База подршке непријатеља. Казнене мере су можда најефикасније против изолованих маргиналних група, али непријатељ који има широку базу (па, макар и пасивне) подршке представља други проблем. Напори да се сузбије, или пак да се уништи широко подржавана група може само да учини њихову базу још компактнијом, са израженијим степеном солидарности са још више нових присталица. На жалост, режим почиње да схвата да не може да је елиминише тек након вишегодишње тешке битке, како нам то илуструју случајеви са Јужном Африком и Палестином. Предлог 1.1: Што мање подршке непријатељ има, то је вероватније да ће

[23] P. C. Sederberg, op. cit. стр. 278.
[24] Ibid, стр. 279.
[25] Ibid, стр. 275-278.

присилне тактике бити ефикасније. Предлог 1.2: Релевантност преговарачких стратегија се повећава како се шири база подршке непријатеља.

2. Време, простор и терористичка претња. Када изазови тероризма постану хронични, а операције разуђеније, тада ће рат против тероризма постати рат без краја, а мете напада ће се бескрајно умножавати. Потенцијал за ескалацију насиља расте заједно са "очекиваном и неочекиваном ценом" коју са собом носи употреба присиле. Алтернатива преживљавању у непрекидном ратном стању, мора се изразити у напорима усмереним ка преговорима и компромису, као допуна, можда и замена ратним дејствима. Предлог 2.1: Како терористичка претња постаје разуђенија у погледу времена и места, повећава се релевантност реаговања на нападе путем преговора.

3. Раширеност терористичке претње. Једна од тактичких дилема са којом се сусрећемо када се суочимо са терористичком претњом је како избалансирати захтеве за одбраном, уништавањем, опоравком и преговорима. Тероризам напада осетљиве мете, а њихова листа је суштински неограничена. Побољшање одбране против једне врсте напада (нпр. отмице авиона) може да преоријентише нападе на неки другу веома осетљиву мету и то траје све дотле, док нападач има способност и заинтересованост да напада.

Предлог 3.1: Што су потенцијалне мете дифузније, то већи нагласак треба ставити на реаговање и корективне мере.

4. Идеолошка уверења непријатеља. Групе које желе тоталну деструкцију установљеног поретка (нихилисти) или његову комплетну трансформацију (спасиоци) могу се противити сваком позиву на преговоре на који режим евентуално може да пристане. Bruce Hoffman наводи неке значајне разлике између световних и религиозно заснованих идеологија. Он сматра да су религиозно мотивисани нападачи више склони да на своју борбу гледају у тоталистичком смислу, да на насиље гледају као на свети чин и да се зато могу одупирати прорачунатим одлукама политичара. Насупрот томе, прагматичније тежње за социјалном правдом, већом аутономијом у оквиру установљених политичких заједница, чак и тежња за независношћу када она не угрожава постојање државе, нуде већу шансу да се путем преговора постигне решење. Екстремистичка реторика може да прикрије могућности за постизање компромиса. Међутим након низа година безуспешне борбе, ставови се мењају.

Предлог 4.1: Искрено утемељење тоталистичке идеологије унапред искључују преговоре и компромис. Предлог 4.2.: Неискрено утемељене идеологије остављају отворена врата за прагматичне трансформације. Предлог 4.3: Недоследне идеологије промовишу дисинтеграцију кроз издају и саботирање. Предлог 4.4: Идеолошка уверења која одражавају

конкретне циљеве (на пример, већу аутономију, политичку улогу, материјалну надокнаду), стварају прилику за компромис.

5. Карактеристике непријатељске организације: унутрашња стабилност, конкуренција са другим групама, величина групе и природа вођа група су интерни фактори који утичу на непријатеља и на врсту захтева коју он дефинише. Како групе постају веће и разноврсније, њихова унутрашња стабилност се смањује и јављају се различити захтеви у погледу програма.

Предлог 5.1: Све веће усложавање непријатељске организације креира могућност да режим путем преговара утиче да се она на крају или трансформише или распадне.

Такође, награђујући ненасилна средства за постизање циљева непријатеља, режим га може охрабрити да у потпуности напусти тероризам.

Предлог 5.2: Опадање важности терористичких тактика у свеукупној стратегији непријатеља, ствара могућност да се он трансформише. Политички садржај преговора: Сваки режим који размишља о преговорима мора да претходно израчуна стварну - директну цену компромиса и накнадни ризик - да преговори могу деловати охрабрујуће на друге групе на тероризам. Он, такође, мора да размотри како ће на уступке реаговати шира база подршке.

Предлог 6.1: Што је већи уступак који се нуди од стране режима, то ће изазвати већи унутрашњи политички отпор.

Исто тако, "умерени елементи" међу терористима суочавају се са истим ризицима у односу на радикалније елементе у њиховој коалицији.

Предлог 6.2: Преговарачке стратегије које охрабрују трансформацију или распад умеренијих елемената терористичких покрета имају тенденцију да повећавају насиље од стране преосталих радикалних елемената.

Како смо већ наговестили, још један, суштински фактор је од изузетног значаја, а то је - **оквир за преговарање**. Поред политичког и културног оквира, на успешност преговора утиче и сценарио типа: прво примирје па разговори, или примирје почиње кад почну преговори, па све до прво уступци, па примирје. Трећа дискутабилна област би се тицала дефинисања дневног реда за преговоре.

Предлог 6.3: Очекујте да преговори буду тешки и фрустрирајући, јер терористи желе да прошире листу која је предмет преговора, а режим жели да је сузи.

Нема сумње, да нов одговор на ову врсту изазова представља - **контраефекат**. Контраефекат је од посебне важности. На исти начин на који се револуционарне снаге надају да ће примена репресије од стране владе повећати подршку за њихове циљеве, исто тако терористички напади утичу да се јавност солидарише у свом антагонизму против терориста, што даље води у правцу подривања кредибилитета њихових

циљева. У демократским земљама, где сви појединци имају једнаке и широке могућности за задовољавање правде, сваки јавни терористички акт ће имати ефекат контра-ударца. На пр. терористичке кампање у Немачкој, Италији, Француској, Шпанији и Северној Ирској су праћене повећањем опште подршке за увођењем строжијих против мера од стране државе. Подршка терористичким циљевима је остала да живи само међу мањим групама, католичким мањинама у Ирској и милитантним Баскијсцима у Шпанији.[26]

Тероризам као универзална опасност
Проблеми изазова и одговора на изазове

Имануел Кант је написао пре две стотине година да смо ми неизбежно једни поред других. Насилни изазови правном поретку и правди на једном месту у свету, остављају последице на многа друга места, и осећају се свуда. Размишљајући о овим питањима и њиховим импликацијама, Кант није могао ни да наслути колико ће његова забринутост постати реална и дубока.[27]

[26] Ова анализа има импликације на будућност међународног тероризма оне врсте коју је Ал Каида употребила против САД-а чија је кампања започела 1993. бомбардовањем Светског трговинског центра, дакле знатно пре догађаја од 11.09.2001. Међународне терористичке кампање захтевају подршку базе широм света. Ал Каиди су потребне исламске заједнице које деле њене фундаменталистичке визије да би обезбедила регруте и новац, као и владе које их гледају са симпатијама које би им обезбедиле скровиште и логистичку подршку. Доста муслиманског и арапског света је емигрирало на запад бежећи од сиромаштва, нетолеранције, политичке нестабилности и репресија у својим земљама. Само мањи део новијег таласа ових емиграната има симпатије за ове групе, док их остали одбацују. Они свакако могу финансијски и политички да подрже палестински национализам, али не и исламске нападе на САД. Напротив, они се плаше тих напада јер антизападњачке кампање и насиља у име Ислама представљају претњу њиховом сопственом статусу у западним друштвима. Исламски милитантни терористи су могли само неколико месеци да се скривају у исламским заједницама у западним земљама, као што је то био случај са Ал Каидиним отмичарима авиона који су се скривали у Немачкој и САД-у. Али не и за дуже време. Што се тиче ризика од напада терориста из прекоокеанских земаља, он још увек постоји, али је знатно смањен. Најрањивију мету будућих напада чине они који су најближи терористичким базама подршке - терористи ће напасти оне непријатеље који су им први при руци. Ово укључује америчке цивиле и војне службенике у земљама као што су Саудијска Арабија, Пакистан и Индонезија, као и владе и званичнике исламских земаља за које се сматра да подржавају запад. Краткорочна стратегија ставља акценат на безбедносне мере и јачање обавештајне службе о овим регионима. Најбоља дугорочна стратегија се односи на употребу развојних и образовних стратегија да би се спречила корупција и отворила алтернативе за будуће генерације у најизолованијим и најсиромашнијим деловима исламског света. Вид. о томе опширније: D. Held, op. cit., стр. 253.

[27] D. Held, op. cit., 253-254.

Нажалост, од Кантовог доба, уз глобалну повезаност и рањивост је убрзано расла. Ми више не живимо, ако смо уопште и живели, у свету изолованих (аутархичних) друштава. Напротив, ми живимо у свету националних заједница чије се судбине преклапају, а путање држава се значајно укрштају. У нашем свету, људе и границе не повезују само чинови насиља, већ и сама природа свакодневних проблема и процеса. Од кретања идеја и културних добара до фундаменталних питања које поставља генетски инжењеринг, од услова за постизање финансијске стабилности до деградације животне средине, судбине свих нас су међусобно испреплетане.

У том смислу, прича о тенденцији ка глобалном поретку - глобализацији - није једина. Глобализација није једнодимензионалан феномен. На пример, постоји експанзија глобалног тржишта која је променила политички терен повећавајући опције за пласман свих врста капитала и стављајући притисак на државне поретке широм света. Али прича о глобализацији није само економска, она се односи и на растуће тежње у односу на међународно право и правду. Од система Уједињених Нација па до Европске Уније, од промена правила ратовања до утемељивања људских права, од режима за ургентно остваривање заштите животне средине, до оснивања Међународног кривичног суда, прича се једна друга прича, прича у којој се траже нови оквири за људско деловање који ће бити утемељени на међународним законима, правима и одговорностима.

Напуштајући општа разматрања ове врсте, испитивање се усмерава на конкретно утврђивање, објашњавање овог тематског подручја. И само у том смислу, неопходно је указати на посебан значај међународног права које попут "великих ваљака" обликује сва савремена законодавства дајући им готово униформни спољашњи изглед, омогућавајући, истовремено, да ова ипак сачувају одређени степен своје самосталности и посебности.

Са становишта наше теме, важно је вратити се мало уназад и погледати којим путем се кретала међународна заједница, тј. међународно право у правцу сузбијања тероризма, односно међународног тероризма. Овај ниво објашњавања, управо, може да послужи као најопштији путоказ за конкретно истраживање, а никако као унапред познат, дефинитиван одговор који би подједнако важио за државе у свим временима и свим просторима.

Ангажовање (стварно и енергично) међународне заједнице је "кључ за успех" у борби са тероризмом, а национална и међудржавна сарадња 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 том смислу, 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.[28] 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.[29]

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.

И само у том смислу, односно указујући на неопходност борбе против међународног тероризма, Генерална скупштина је у том периоду усвојила више резолуција.[30] 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

[28] 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.

[29] 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".

[30] 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.

спречавања и јачања тероризма, као и санкционисања терористичких аката у оквиру међународног права.[31]

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);

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.[32]

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).

---

[31] Цит. према: Ж. Кешетовић, М. Бајагић, op. cit., стр. 28-29.

[32] 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.

1994. године, на 84 пленарном заседању Генерална скупштина је усвојила "Декларацију о мерама за сузбијање међународног тероризма".[33]

1997. године, Генерална скупштина је усвојила Резолуцију 51/210 (на основу извештаја Шестог комитета A/51/631) која предвиђа "Мере за сузбијање међународног тероризма".[34]

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).[35]

Најзад, како смо у ранијем тексту већа наговестили, проблеми о којима је реч стоје пред светском заједницом, којој су свакако препуштени и најделикатнији делови настојања да се боље разуме феномен тероризма и да се укаже на мере које би се могле предузети, најпре као мере предупређења са реалним изгледима да се бар ограниче (ако не могу да се сузбију) негативни ефекти ове друштвено најопасније појаве.

Са тежњом да је вредност постављених садржаја одређена на најбољи могући начин у међународним и у националним оквирима, тј. да је овакав приступ једино ефикасан у елиминисању те врсте понашања, посебно потцртвамо значај Конвенције о спречавању финансирања тероризма (UN Convention for the Suppression of Financing Terrorism, New York, 09. 12. 1999). Тиме смо се, практично нашли пред последњом у низу конвенција о глобалном плану супротстављања међународном тероризму (поред већ оних, добро познатих конвенција о сузбијању кривичних дела уперених

---

[33] 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.

[34] 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.

[35] 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.

против безбедности ваздушне пловидбе, цивилног ваздухопловства, поморске пловидбе, против узимања талаца и др).

Минимум усклађености заједничких законодавстава, већа сарадња и шира размена информација, односно стварање једне заједничке платформе у доношењу и примењивању ефикасних и практичних мера за спречавање терористичких аката и за гоњење и кажњавање учиниоца, представљају основне циљеве свих држава у оквиру међународне заједнице. Међутим, констатујући на почетку да деловање, односно активности већине терористичких организација финансира одређена држава, политички покрет, одговарајућа финансијска установа националног или међународног карактера, појединци и сл. у УН је покренута иницијатива на изради и усвајању баш овакве конвенције којом ће се санкционисати акти којима се обезбеђује значајна финансијска подршка деловања терористичких организација, а чија активност представља посебну претњу по међународни мир и безбедност.

У том контексту, 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).

Тероризам је постао глобални проблем. И борба против њега мора да се одвија на том нивоу.

Покушаћемо да из ових назначења извучемо синтетичке ставове.

Тероризам је гнусна врста тактике, посебно сада када неке екстремистичке групе наговештавају да су заинтересоване да ескалирају његову деструктивност. Свака политичка заједница поседује јак интерес да минимизира овај начин политичког изражавања. Остаје питање да ли је глобална заједница која је тек у повоју способна да то учини. Другим речима, међународна заједница тек треба да у потпуности схвати све импликације многих аспеката глобализације. Брзина и интензивност глобалне размене расте из године у годину. Динамика глобалне размене на пољу привреде, финансија, инвестиција и информација може да превазиђе способност сваке државе-нације да контролише своју економску судбину. Глобализација, такође, укључује глобалне популационе токове, загађеност

и факторе обољења, криминална удружења, као и транснационалне терористичке организације. Ове размене, позитивне, неутралне и негативне, ограничавају способности постојећих националних, и међународних организација, од којих се многе заснивају на принципима националног суверенитета, да их регулишу или коригују.

Бењамин Барбер примећује да ми никада не бисмо толерисали такав дисбаланс у оквиру своје националне политичке заједнице. Као грађани својих држава ми схватамо, упркос разликама, да једна способна влада игра незаменљиву улогу у обезбеђивању сигурности и заједничке добробити, регулишући испаде на тржишту и штитећи најосетљивије категорије свог становништва. Па ипак, када се суочимо са последицама релативне глобалне анархије, тешко нам је да прекорачимо државне оквире, чак и када глобалне силе продру и угрозе наш суверенитет. Ниједна држава, колико год била моћна, не може сама да ефикасно одговори на проблеме глобалног тероризма.[36]

Према мишљењу овог аутора, нико са сигурношћу не може да одговори на питање када и на који начин ће доћи до појављивања глобалног режима безбедности. С једне стране, конзервативци, као што је Едмунд Бурке, гледају на политички поредак органски, као нешто што се рађа из низа одлука које су донете као реаговање на непосредно суочавање са проблемима, од којих се свака заснива и надограђује на успеху претходног искуства. Насупрот томе, од Мојсија и Соломона па до доба Просветитељства шири се легенда о законодавцу, интелигентном креатору који "доноси политички поредак" у разорену заједницу.

Ове метафоре су нам потребне да би схватили изазове са којима се суочавамо, јер ћемо бити приморани да донесемо хиљаде одлука о проблемима на које свакодневно наилазимо, од којих многе иду у правцу ефикасније глобалне безбедности. Па ипак, овом процесу је потребно и време да се изгради и вера у његову оптималну корисност, а изгледа да ни времена ни вере нема у довољним количинама.[37]

Међународни тероризам као деликт кривичног права

У интерпретацији ове теме, нашли смо се пред дилемом - да ли у објашњавању односног проблема поћи од појединачног набрајања и проблематског развијања сваког значајнијег питања, које би се овде отворило и чије би расветљавање на свој, посебан начин требало да допринесе ефикасном супротстављању те врсте криминалног деловања, или се, пак, кроз један селективан приступ одлучити за детаљније

[36] D. Held, op. cit. стр. 259-260.
[37] Ibid.

образлагање само неке од тих проблематичних тачака, искључиво руковођени одређеним критеријумима (што би, с обзиром да смо ограничени простором, а с обзиром и на чињеницу да је, конкретно, о овом аспекту већ расправљано - само овај аутор је то до сада чинио више пута, било сасвим рационално, да кажемо и довољно)?

Имајући у виду досадашње прегледе разматрања означеног феномена, решење смо нашли у овом другом приступу, инсистирањем на чињеници да је тема "толико испричана", да се о њој толико расправљало, да су детаљно тумачени разни њени садржаји... Па ипак, чини нам се да, до сада, из ове оптике проблем није посматран. О томе само у општим цртама.

Из претходног указивања, можемо лако запазити да су више пута вршене детаљне анализе кривичног дела тероризма и међународног тероризма. Како смо већ наговестили, ми на овом месту то нећемо чинити, прецизније, нећемо се понављати, већ ћемо се упустити у коментарисање кривичног дела међународног тероризма у једном новом светлу, у светлу Нацрта кривичног законика Републике Србије из јуна 2004. године, и само у том смислу објаснити: да ли реч "нов" прецизира одговор на питање - да ли је овакав законски концепт односног кривичног дела суштински нов (макар у појединим својим деловима), или само претендује да буде нов, тј. другачији?

Већ се на основу тако постављеног питања може установити о каквом се одређењу кривичног дела међународног тероризма ради. У том смислу чини се могућим, чак нужним, упоредити законске конструкције овог дела по постојећем законодавству, и истовремено осветлити 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.[38]

Паралелизам овог својеврсног међуодноса наведених одредби је изнијансирано праћен њиховим разликовањем само у једној тачки, будући да је радњом извршења кривичног дела тероризма, односно, међународног тероризма (Нацрт кривичног законика Републике Србије) обухваћена и терористичка претња, прецизније, претња употребом нуклеарног, хемијског, бактериолошког или другог сличног средства. Значи, 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. Сматрамо 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 инкриминисати и санкционисати. Заправо, 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

[38] Нацрт кривичног законика Републике Србије, Београд, 26. јуни 2004. године.

кривичног дела,[39] 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 тенденцијама које прожимају сва модерна законодавства (или која доношењем новог законодавства раде на томе да то постану).[40]

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 легислативној 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.[41] Наравно, и на том плану има различитости између појединих националних законодавстава, али 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.

Идући овим путем - тумачећи проблем односа тероризма и међународног права, можемо запазити да је овде ситуација сасвим

[39] 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.

[40] 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.

[41] 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. Vol. XX, 1-3, 1972, стр. 197-198.

супротна, прецизније - крајње неповољна.[42] Веома условљено и посредовано "правом јачег", међународно право (углавном) подлеже расцепу у својој основној идеји, у својој суштини. Основна претпоставка за разумевање тога специфичног односа је опет - осветљавање његове политичке димензије. У томе је, као што смо већ видели, прећутно (прикривено) садржана идеја да је баш овакво право међународне заједнице својеврстан израз глобалног погледа на свет у коме стварни "режисери нове историје" третирају наше животе на потпуно безличне и бездушне начине, као дотрајали или бескорисне ствари.

Па ипак, и ту су примећени извесни помаци. У релативно блиској прошлости, тероризам је био много организованији него национални и међународни напори против њега. Данас, уз употребу одговарајућих механизама и процеса и користећи моћна оруђа која стоје на располагању, међународна заједница предузима "одлучне" кораке да промени тај однос.

Тероризам је феномен који погађа све земље Света. Због тога, оне морају да схвате да се и борба против тероризма сматра њиховим заједничким приоритетом. Процес стабилизације и координације може да порази ово највеће зло модерног доба. У ствари - развијање једне свеобухватне антитерористичке стратегије, уз максимално ангажовање на националним нивоима (подржавањем овог циља са законодавним оквирима који ће одговарати међународним стандардима), може да произведе мерљиве резултате. Уосталом, последњих година се међународна заједница и креће у том правцу.

Антитерористички програми

Корисно је овде да се наведе део текста, прецизније документа који је штампао Центар за истраживање тероризма у сарадњи са Министарством одбране САД, омогућавајући тако бољи преглед и увид у проблем и карактер реаговања на тероризам. Ту је, заиста, све концентрисано око једне тачке у центру - сви путеви воде само у једном правцу, ка јединственом циљу - спречавању терористичког деловања. Реч је, заправо о брошури у којој је јасно дефинисан један пример антитерористичке праксе, и то на следећи начин: слична неком војном приручнику, ова

[42] У овом контексту, занимљиво је поменути како овде није постигнута сагласност, чак ни по питању - јединственог опште прихватљивог појма тероризма у свом општем значењу. Већ је било речи о томе како се овде размишља и непрекидно расправља о међународном тероризму, о државном тероризму, политичком терору, једном речи - уопште о терору и ескалацији терористичких аката, али никако да се томе приступи на униформан начин, никако да се усвоји једна, јединствена дефиниција тероризма као деликта кривичног права. Нажалост, до сада се увек ишло у правцу одређивања неких манифестација терористичког деловања кроз појединачне конвенције (на пр. узимање талаца, отмице ваздухоплова, напади на међународно заштићена лица, терористички бомбашки напади...).

брошура даје сет принципа и оквир за антитерористичко деловање. У њој се расправља о циљевима, уједињеним напорима, контролисаној легитимности, потребом да будемо истрајни, али и суздржани, безбедности, итд. На крају се цитира антитерористичка политика САД-а.[43]

Циљеви

Општи циљеви програма борбе против тероризма су неутрализовање терористичких група. У многим операцијама подршке и стабилности, неутрализација у овом контексту значи покушавање да се извор тероризма учини бенигним (а не само убијање терориста). Други циљеви антитерористичких програма могу бити усмерени на превенцију напада и минимизирање последица. То обухвата сваку акцију која може да ослаби терористичку организацију и њену политичку моћ како би потенцијалне мете било теже напасти. Антитерористичке мере укључују и спречавање и одвраћање терористичких напада.

Јединство напора

Као и код других операција подршке и стабилности, и у борби против тероризма је потребна здружена акција. Јединство позива да се здруже напори различитих одговорних агенција америчке владе, као и влада других земаља. Овде посебну и осетљиву улогу играју обавештајне службе.

На жалост, лакше је захтевати јединство него остварити га. У ситуацији када различите полицијске и обавештајне службе и агенције имају нејасне статуте и повеље које се међусобно преклапају, неизбежно је да се јаве варнице. Као и у другим операцијама подршке и стабилности, решење лежи у преговорима и консензусу. Срећом, искуство је показало да је релативно лако постићи јединство на локалном и средњем нивоу.

Легитимност

Легитимност обично не представља проблем у борби против тероризма јер је право на самоодбрану универзално признато право и јер се терористички акти сматрају злочинима у и у миру и у рату и у другим конфликтима. Безбедносне снаге могу да доведу своју легитимност у питање само уколико не успеју да направе разлику између починилаца, помагача и оних који показују симпатије, али се не ангажују у акцијама насиља. Такође и погрешно реаговање у акцијама неутрализовања терориста које може да доведе до жртава које су се могле избећи, може да доведе у питање легитимност таквог реаговања.

[43] D. J: Whittaker: op. cit., стр. 271-273.

Стрпљење и устрајност

Стрпљење и устрајност су важна обележја успешних антитерористичких програма. У свакој земљи или региону број терориста у односу на популацију је мали. Њихово идентификовање и хватање представља тежак посао и захтева софистициране методе и обавештајан рад, пун фрустрације. Можда је и најфрустрирајући део борбе против тероризма тај што је тешко измерити успех. На пример, ако нема терористичких напада, то је можда зато што мере заштите функционишу. Али је исто толико вероватно да можда терористи нису ни планирали те нападе. Без обзира на то што се успех у антитероризму не може измерити, мора се наставити са применом одбрамбених мера.

Суздржавање

Суздржавање је важно и за постизање циљева и за одржавање легитимности антитерористичких деловања. Превремене и недовољно сазреле акције појединаца могу да буду контрапродуктивне уколико ометају напоре обавештајних служби да неутралишу неку терористичку групу. Такође, акције спровођења ригорозне контроле становништва и ресурса могу да доведу до подривања легитимитета и да беспотребно иритирају цивилно становништво.

Безбедност

Безбедност је најважнији захтев у борби против тероризма. Терористи се ослањају на фактор изненађења и на конфузију међу жртвама које настају у тренутку њиховог напада. Антитероризам обухвата физичку безбедност, оперативну безбедност и поступке предузимања безбедносно-сигурносних мера од стране свих запослених у некој служби.

У борби против тероризма најважнији је обавештајни рад. Основни елементи информације се разликују од оних са којима се уобичајено сусрећемо у традиционалним ратним ситуацијама. С обзиром на вештину, снагу, опрему, логистичке могућности, профиле вођа, изворе снабдевања и тактику терористичких организација, данас је све већа потреба за специфичним информацијама. Оне морају да укључе и циљеве терористичких група, њихове склоности и преференце, колико су спремни да убијају или да сами умру за испуњавање својих циљева, значајни историјски подаци о њиховом покрету, симболика у извођењу акција и сл. Уколико се добро не упознамо са специфичним интересима терориста, прогнозирање њихових напада ће представљати само пук случај.

Dragana Petrović, an associate professor

NEW GLOBAL TERRORISM

Terrorism has become a global problem and therefore it has to be fought at this level. Namely, terrorism is a phenomenon which affects most of the countries in the world. and they have to understand that the fight against terrorism is its common priority. Only by employing the process of stabilization and coordination can we concur this evil of the modern age. That is, only by developing a comprehensive antiterrorist strategy which implies engagement at the national level, can we yield measurable results. Fortunately, in last years the international community has taken this arduous journey in right direction.

Одељак II

ПРАВО СВОЈИНЕ КАО УНИВЕРЗАЛНО ЉУДСКО ПРАВО КАО ОСНОВ ЉУДСКИХ СЛОБОДА

Др Нина Планојевић,
доцент

***UDK**: 347.2*

СУДБИНА ПРАВА ТРЕЋЕГ ЛИЦА НА СТВАРИ СТЕЧЕНОЈ У СВОЈИНУ ОД НЕОВЛАШЋЕНОГ ОТУЂИОЦА

I Увод

Независно од тога што су на страни савесног прибавиоца испуњени сви услови, који се у једној држави траже за пуноважно стицање својине од невласника на једној ствари - може се догодити да он на њој ипак не прибави својину у пуном обиму. Наиме, покретност о којој је реч може бити објекат разноврсних стварних (или облигационих) права трећих лица. У том случају аутоматски би дошло до сужавања или чак искључења појединих својинских овлашћења новог власника ствари. Самим тим, правила о стицању својине од невласника не би могла имати свој пуни ефекат. Док облигациона права трећих лица, која делују *inter partes*, не представљају проблем - то се за стварна права, која делују erga omnes, не би могло рећи. Шта савесном прибавиоцу ствари од невласника значи управо стечена својина, ако он на својој ствари мора трпети вршење од стране ранијег власника установљено право плодоуживања, употребе или ручне залоге? Ствар такође може бити оптерећена и законским правом пречe куповине у корист одређених лица. Мада право пречe куповине не погађа својинска овлашћења новог власника у оној мери у којој је то случај са другим стварним правима - и оно представља ограничење стицаочевог права, са којим он није рачунао.

У правним системима држава које познају стицање својине од невласника поставило се питање како решити наведени проблем: у корист савесног стицаоца од невласника или титулара стварних права на покретностима о којима је реч? Можемо констатовати да су законодавци, правна теорија и судска пракса различитих држава јединствени у ставу да предност у наведеној ситуацији треба дати *интересу савесног стицаоца* и омогућити му да по правилима о стицању својине од невласника *стекне својину, и то без ограничења* раније насталим стварним правима трећих лица.

Као *разлоī* за овакво опредељење се наводи да ако је у једном правном систему већ прихваћено да стицање својине од невласника повлачи губитак својине претходног власника - онда не би било логично не прихватити исто решење и у погледу других стварних права, којима је оптерећена покретност о којој је реч. То произилази и из познатог правила да је у већем садржано мање, подсећају аутори О. Станковић - М. Орлић.[1] Ако претходни власник остаје без својине, као најширег права које се може имати на једној ствари; онда нема разлога да титулари стварних права ужих од својинског буду у повољнијем положају од њега. Коначно, и титулар угашеног стварног права на покретности стеченој у својину од невласника се за обештећење може обратити отуђиоцу - невласнику.

II Услови за гашење права трећег лица

С обзиром да је престанак својине ранијег власника и њено стицање од стране савесног прибавиоца од невласника могуће само под тачно одређеним условима, поставило се питање под каквим је *условима* могућ престанак стварних права трећих лица на ствари стеченој од невласника? Док око става, да права трећих лица на ствари савесно стеченој од невласника треба да престану постоји општа сагласност, у вези питања под којим условима то треба допустити формирала су се два става.

По *једном* мишљењу - стварна права трећих лица се *безусловно* гасе моментом стицања својине од невласника; а по *друīом* - за то морају бити испуњени одређени *додаīни услови*.

1) Став о безусловном гашењу права трећих лица

По овом ставу, који нема много присталица, сва стварна права трећих лица престају моментом испуњености *услова за сīицање својине од невласника*. На страни савесног стицаоца не морају бити испуњени *никакви додаīни услови* да би на ствари прибавио својину, ослобођену свих терета и ограничења.

Овај став се *образлаже* чињеницом да је стицање својине од невласника оригинарни начин прибављања својине, који резултира прекидом правног континуитета између својине претходног и новог власника, па нови власник због тога стиче својину ослобођену свих терета, који су на њој раније постојали.[2]

Изнети став је у правној теорији (пре свега домаћој) доста *криīикован.* Наводи се како одговор на питање да ли ће за новог власника ствари важити терети и ограничења који су важили и за претходног, не може

[1] Стварно право, Београд,1989.г., стр.180
[2] А. Гамс-М. Петровић, Основи стварног права, Београд, 1980.г, стр.202.

зависити од квалификације једног начина стицања као оригинарног или деривативног. И ако је стицање својине од невласника неоспорно оригинарни начин прибављања својине (јер савесни стицалац своје право не изводи од власника ствари) из тога се не може извести закључак да је право које он стиче по свом *квалитету* различито и независно од права ранијег власника; као што ни код деривативног стицања квалитет прибављеног својинског права не мора увек бити једнак власниковом. У немачком праву и стицалац својине од *власника* бива ослобођен стварних права трећих лица уколико је био савестан, тј. није знао нити је могао знати за њихово постојање, па је право новог власника различитог квалитета од својине његовог правног претходника. Квалитет стеченог права мора зависити од одређених етичких, економских и друштвених чинилаца, пре свега од савесности прибавиоца, сматрају аутори О. Станковић - М. Орлић,[3] па је недопустиво да стицалац својине од невласника, који зна за постојање права трећих лица, својину прибави слободну од тих терета само зато што је правна природа стицања својине од невласника оригинарна.

Т. Делибашић[4] наглашава да је став о безусловном гашењу права трећих лица моментом стицања својине од невласника неприхватљив и зато што је недопустиво додатно поправљати положај новог власника на штету трећих лица, која нису имала утицај на пренос својине, посебно уколико је стицалац знао за постојање терета. Он је самим тим са њима и рачунао при куповини ствари (нижа цена ствари, повољнији услови куповине итд.).

Ми бисмо додали да ниједно образложење не може учинити прихватљивим став о безусловном гашењу права трећих лица моментом стицања својине од невласника на ствари о којој је реч, ако ни због чега другог, онда зато што ни један правни поредак не може штитити резултат који је противан начелу савесности и поштења. Као што стицалац, који зна да ствар прибавља од невласника на њој не може стећи својину; тако ни стицалац, који зна за постојање права трећих лица не може стећи својину ослобођену тих права. Да би на ствари стекао својину ослобођену свих терета, по нашем мишљењу, и њен прибавилац од невласника мора испуњавати *најмање* један додатни услов: да буде савестан у погледу њиховог постојања.

[3] Нав. дело, стр. 180.

[4] Посебни услови и основи стицања својине од невласника, Судска пракса, бр. 3, Београд, 1996. г, стр. 69.

2) Став о гашењу права трећих лица уз испуњеност посебних услова

У законодавству, правној теорији и судској пракси различитих држава преовлађује став по коме до гашења стварних права трећих лица на покретности стеченој од невласника не долази аутоматски, чим се испуне сви услови за стицање својине од невлансика. Испуњеношћу претпоставки, које се у једној држави траже за стицање својине од невласника, престаје својина претходног титулара, а раније конституисана стварна права трећих лица на истој ствари престаће тек уколико буду испуњени и *посебни услови* на страни савесног стицаоца.

У одређеном броју држава и судбина права трећих лица на ствари, чију је својину савесни стицалац прибавио од невласника, као и услови за њихово гашења, *регулисани су* грађанским законицима. Тако је у правним системима: Немачке (пар. 936, ст. 1-3 BGB-а); Италије (чл. 1153, ст.2 CC-а); Грчке (чл. 1040 Законика); Пољске (чл. 70 Законика); Хрватске (чл. 118, ст. 5 Закона); као и у Аустријском трговачком законику (пар. 299-300 HGB-а). Одредбу о правима трећих лица на ствари стеченој од невласника садржао је и Нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима СРС из 1981. године (чл. 87).

И у правној теорији и судској пракси држава у којима законодавци *не регулишу* питање о коме је реч, услови за гашење права трећих лица сагледавају се и дефинишу на сличан начин као и у правним системима, који законски уређују ову материју.

На основу анализе законских одредби о којима је реч, као и ставова у правној теорији и судској пракси различитих држава, могуће је направити листу *додатних услова* који морају бити испуњени на страни савесног стицаоца својине од невласника, да би дошло до гашења права трећих лица на његовој ствари. Сматрамо да би испуњеност свих услова о којима ћемо говорити требало да постоји и у домаћем праву за стицање својине од невласника, "ослобођене" права трећих лица, иако наш законодавац ово питање оставља нерегулисаним.

а) Пуноважно прибављена својина од невласника као претходни услов

Не треба посебно наглашавати да је предуслов за гашење права трећих лица на ствари која је у својини савесног прибавиоца - испуњеност свих услова који се у једној држави траже за пуноважно стицање својине од невласника. Подразумева се да пре момента стицања својине од невласника не може бити говора о престанку права трећих лица која терете ствар о којој је реч. О томе нарочито треба водити рачуна у државама, у којима се својина од невласника на ствари која је власнику нестала стиче тек протеком одређеног рока од њеног нестанка.

б) Савесност стицаоца у погледу постојања права трећих лица

Услов за гашење права трећих лица, чију испуњеност на страни новог власника ствари изричито захтевају законодавци,[5] правна теорија и судска пракса свих држава[6] (укључујући и домаћу)[7] јесте - његова савесност у погледу *постојања* тих права. За престанак терета на ствари није довољна савесност прибавиоца у погледу својине отуђиоца - невласника. Ако он не зна нити је могао знати да отуђилац није власник ствари (или овлашћен на располагање) - стећи ће (уз остале услове) *својину* од невласника. Али, да би стекао својину *слободну* од права трећих лица, он мора бити савестан и у погледу чињенице постојања тих права. "Савесност не залечује само недостатак својине, већ омогућује и гашење стварних права на ствари, ако стицалац за њих није знао" - наглашава C. Römer.[8] Другим речима, до гашења права трећих лица на ствари доћи ће у оном обиму, у коме постоји савесност прибавиоца по том питању. Престаће сви они терети за које савесни стицалац својине од невласника *није знао ни ни је могао знати да постоје*. Терети који су му били познати остаће да постоје.

Тако је могућа ситуација у којој је стицалац савестан у погледу својине отуђиоца, а несавестан у погледу права трећих лица на ствари. У том случају он ће стећи својину од невласника, али оптерећену одговарајућим стварним правима.

То је логична последица идеје да правни поредак не може штитити понашања супротна начелу савесности и поштења, као централном начелу грађанског права. Из тог разлога је и неприхватљив став одређених аутора, о коме је било речи, да се сва права трећих лица безусловно гасе моментом стицања својине од невласника, због непостојања правног континуитета

[5] Видети: чл. 936, ст. BGB-а; чл. 1153, ст. 2. Италијанског CC-а; чл. 1040. Грчког грађанског законика; чл. 170. Пољског грађанског законика; чл. 118, ст. 5. хрватског Закона; чл. 87. Нацрта закона о својини и другим стварним правима СРС.

[6] За аустријско право: A. Rušnov-S. Posilović, Tumač općemu Austrijskomu Građanskomu zakoniku, knj. I, Zagreb, 1893. г, стр. 525; За швајцарско право: D. C. Wieland-H. Bovay, Les droits reels dans le Code civil Suisse, t.I-II, Paris, 1913-1914. г, t.II, Paris, 1914. г, стр. 416; и tI, Paris, 1913. г, стр. 430; За италијанско право: G. Cain-A. Trabucchi, Commentario breve al codice civile, Padova, 1984. г, стр. 748; За немачко право: H. Westermann, Sachenrecht, Karlsruhe,1960. г, стр. 249-250; J. V. Hedemann, Sachenrecht des burgerliches Gesetzbuch, Berlin, 1960. г, стр. 441; За словеначко право: R.Vrenčur, Pridobitev lastninske pravice od razpolagalno nesposobne osebe, Podjetje in delo, бр. 6-7, Portorož, 1998. г, стр. 1240.

[7] Д. Стојановић, Заштита савесног стицања права од неовлашћеног лица на покретним стварима, Сепарат из Зборника радова Правно-економског факултета у Нишу, Ниш, св. 8, 1969. г., стр. 12; В. Спаић, Грађанско право (општи дио и стварно право), Сарајево, 1971. г, стр. 633; М. Вуковић, Основи стварног права, Загреб, 1950. г, стр. 114; J. Štempihar, Osnovi civilnega prava, knj.II - Stvarno pravo, Ljubljana, 1962. г, стр. 40; Т. Делибашић, нав. дело, стр. 69; О. Станковић-М. Орлић, нав. дело, стр. 126.

[8] Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.II - Sachenrecht, Koln-Berlin, 1957. г, стр. 219.

као одлике оригинарног стицања својине. Савесност прибавиоца је, по општем мишљењу коме се придружујемо, минимум испод кога се не може ићи у погледу услова за гашење права трећих лица.

У неким правним системима, попут немачког (пар. 932 ff BGB-a), управо изнети принцип који важи за судбину права трећих лица на ствари стеченој од невласника - важи како за ствари прибављене одржајем (пар. 945 BGB-a), тако и за ствари на којима се својина стиче *деривацијом, од власника*: нови власник дужан је да трпи само оне терете и ограничења за чије је постојање знао или могао знати у време стицања својине. Коначно, и купопродајна цена и други услови стицања су и уговорени на основу тога што су отуђилац и прибавилац имали у виду чињеницу да ће нови власник морати да трпи права трећих лица на ствари. И у домаћој правној теорији има аутора који се залажу за овакву регулативу.[9]

* * *

Немачки правни писци наглашавају да се посебна пажња од прибавиоца захтева када покретност стиче у закупљеним просторијама, јер је општепознато да на таквим стварима закуподавац може имати законско заложно право или право ретенције.[10] Други пак сматрају да је проблематично питање да ли је оправдано размишљати на овај начин, јер је ″у основи таквог резоновања претпоставка да су сви закупци ″неплатише″, а сви закуподавци заложни повериоци″.[11]

Морамо приметити да, док за савесност стицаоца својине од невласника, као субјективну категорију и стање нескривљене заблуде важи правило да се мора ослањати на објективно постојећу државину отуђиоца, која ствара привид права својине у његову корист - то за савесност о постојању терета не важи. Чак бисмо рекли да у овом контексту важи *супротно* правило: стицалац својине од невласника може се сматрати савесним, само уколико ствар није у државини титулара стварног права на њој. У супротном државина титулара ствара привид одговарајућег стварног права, што опомињуће делује на стицаоца својине. У таквој ситуацији право на државину је ″видљиво и апсолутизовано″, наглашава H. Westermann[12] и са њим се мора рачунати, па се стицалац *уплавном* не може сматрати савесним у погледу терета, нити може стећи својину слободну од њих.

---

[9] О. Станковић-М. Орлић, нав. дело, стр. 180.
[10] H. Westermann, нав. дело, стр. 249; J. Kohler, Lehrbuch des bürgerliches Rechts, Bd.II/2 - Sachentecht, Berlin, 1919. г, стр. 236.
[11] F. Baur, нав. дело, стр. 478.
[12] Нав. дело, стр. 249-250.

У правној теорији се сматра да савесност стицаоца по питању постојања терета (баш као и по питању својине отуђиоца) искључују умишљај или груби нехат, а стицаочева савесност се претпоставља.

Што се тиче *тренутка* према коме се процењује савесност стицаоца у контексту о коме говоримо, то је тренутак стицања својине, како прописује један број законодаваца (хрватски, немачки...); односно тренутак примања ствари у државину, по другој групи законодаваца (пољски, грчки...), што се у основи своди на исто. *Mala fides superveniens non nocet.*

Савесност о овлашћењу на располагање тим стварним правом је и у овом контексту недовољна, као што се сматра да она не постоји ни у ситуацији када прибавилац, на пример, зна за постојање заложног права, али не зна за висину обезбеђеног потраживања.[13]

в) Оптерећена ствар не сме нестати титулару одговарајућег права

Као што савесност стицаоца у погледу својине невласника није довољна за гашење права трећих лица на ствари, већ је нужна и савесност која се тиче постојања тих права - слична је ситуација и са нестанком ствари. За гашење права трећих лица на ствари стеченој од невласника није довољно то, што ствар није нестала њеном ранијем *власнику* (крађом или губитком). То ће бити довољно, уз остале услове, да савесни стицалац прибави *својину,* уколико је у дотичној држави стицање својине од невласника могуће само на повереној ствари. Савесни стицалац ће прибавити својину и на несталој ствари, ако ју је стекао у некој од ситуација, за које је допуштена изузетна могућност стицања својине од невласника и на таквим стварима (или ако се ради о италијанском праву). Али, да би право својине, *стечено* у некој од ових ситуација прибавилац могао вршити *у пуном обиму*, неограничено правима трећих лица - у правној теорији се сматра да је нужно да ствар *ни из државине титулара стварног права није изашла против његове воље*. Другим речима, својина од невласника неоптерећена правима трећих лица биће стечена само ако ју је титулар одговарајућег стварног права *добровољно* поверио отуђиоцу или лицу које ју је предало отуђиоцу (као поверенику првог титуларовог повереника).

И ако само Пољски грађански законик (у чл. 170) изричито превиђа *аналогну примену* услова за стицање својине од невласника на несталој ствари (тј. за гашење својине ранијег власника) *и на гашење одговарајућих стварних права трећих лица* на тој ствари - овај став је прихваћен и у

[13] H. Westermann, Sachenrecht, Karlsruhe, 1960. г, стр. 249-250.

правној теорији многих других земаља. За такав став се нарочито залажу *немачки* правни писци.[14]

Мада се наша правна теорија овим питањем није бавила, мишљења смо да би и за *домаће право* требало прихватити услове за гашење стварних права трећих лица, идентичне онима, под којима се гаси својина ранијег, а успоставља својина новог стицаоца ствари од невласника. И ако нисмо сигурни да је у контексту стицања својине од невласника разликовање на нестале и поверене ствари оправдано са аспекта потребе заштите сигурности правног промета - сматрамо да, ако је то разликовање већ у домаћем праву усвојено као критеријум за гашење својине ранијег власника - оно треба да важи и за гашење других стварних права на покретности која се стиче од невласника. То би значило да ће (уз услов савесности стицаоца *по том питању*) права трећих лица престати увек када је ствар (стечена од невласника) из државине титулара стварног права изашла *добровољно*. Уколико је плодоуживаоцу, уживаоцу или заложном повериоцу ствар нестала *против воље* - савесни стицалац ће *својину* на њој стећи (ако су испуњени и други услови за то); али *ослобођену* од наведених терета својину би могао прибавити само од *трговца или на јавној продаји.* Јер, ако под тим условима ранији власник нестале ствари код нас може изгубити својину - зашто титулар не би могао изгубити службеност или заложно право?

Немачки правни писци као илустрацију за ситуацију у којој долази до стицања својине од невласника и *гашења својине* ранијег власника, али *не и стварних права* трећих лица, из чије је државине ствар *нестала* - наводе следећи пример.[15] Власник је мајстору дао ствар на поправку. Пошто је одлучио да му не плати рачун - ствар је кришом ноћу одвезао, како би мајстора онемогућио да реализује заложно право које има на ствари, као реално обезбеђење за износ неплаћеног рачуна. Затим је ствар пријатељу дао на послугу, а овај ју је неовлашћено отуђио савесном стицаоцу. Савесни стицалац је *прибавио својину* од невласника - али *оптерећену* заложним правом мајстора за које није знао нити је могао знати да постоји, јер се то право није могло угасити због изласка ствари из државине мајстора као заложног повериоца *против његове воље.*

Али, да је титулар неког стварног права, нпр. плодоуживалац, ствар *дао* на послугу отуђиоцу - савесни стицалац би од њега стекао својину, неоптерећену тим правом, јер ствар ни из државине власника, ни из државине плодоуживаоца није нестала, већ су је они добровољно давали.

---

[14] F. Baur, нав. дело, стр. 478; C. Römer, нав .дело, стр. 219; H. Westermann, нав. дело, стр. 249; F. Lent-K. H. Schwab, Sachenrecht, München-Berlin, 1962. г, стр. 139.

[15] Пример преузет од: F. Baur, нав. дело, стр. 478.

Међутим, када плодоуживалац у немачком праву ствар да власнику на послугу, па је он отуђи савесном стицаоцу - стицалац прибавља својину деривативно, од власника; али *неоптерећену* плодоуживањем, ако није знао нити је могао знати за постојање овог права трећег лица. Јер, у немачком праву, као што смо нагласили, важи принцип да гашење терета на једној ствари зависи од савесности стицаоца, а не од тога да ли је он ствар прибавио оригинарно или деривативно.

г) Услов за гашење права трећих лица може бити и непостојање одређених околности у вези начина предаје државине ствари стицаоцу

Немачки законодавац је једини који опстанак или гашење права трећих лица на ствари стеченој од невласника чини зависним и од *начина и околности предаје њене државине* од отуђиоца савесном стицаоцу. Ма колико то на први поглед изгледало необично, морамо признати да његова регулатива није неприхватљива и да би се и у домаћем праву могло размишљати на сличан начин. Укратко ћемо изложити решења немачког законодавца, да бисмо утврдили у којој ситуацији, а на основу тога и са каквом мотивацијом он престанак права трећих лица чини зависним од овог или оног начина предаје државине ствари стицаоцу.

У параграфу 936. немачки законодавац прецизира тренутак у коме за савесног стицаоца својине од невласника престају права трећих лица, везујући га за тренутак стицања својине од невласника, односно тренутак предаје ствари у његову државину. Тај тренутак није тешко одредити када се државина ствари савесном стицаоцу уступа путем *traditio vera ili symbolica.* Код *фиктивних* начина предаје ситуација је већ компликованија, па немачки законодавац у циљу предупређења евентуалних недоумица, предвиђа да у тим случајевима права трећих лица престају *на основу споразума* отуђиоца и стицаоца, и то: а) код предаје путем *traditio brevi manu* - само ако је савесни стицалац државину ствари претходно стекао баш од отуђиоца - невласника (пар. 936, ст. 1); б) код предаје путем *constitutum possessorium-a* - моментом када отуђилац преда ствар из своје у државину савесног стицаоца (пар. 936, ст. 1); ц) код предаје путем *cessio vindicationis*, када отуђилац *нема* посредну државину ствари - моментом стицања (посредне или непосредне) државине од стране савесног стицаоца (пар. 936, ст. 1); д) код предаје путем *cessio vindicationis,* када отуђилац *има* посредну државину ствари - моментом уступања посредне државине и захтева за повраћај ствари, *изузев* уколико се ствар налази *у државини титулара стварног права о коме је реч* (пар. 936, ст. 3).

Дакле, када је у питању предаја (посредне) државине ствари од отуђиоца стицаоцу путем cessio vindicationis, а у улози држаоца (непосредног, а по многим ауторима и посредног)[16] се налази управо плодоуживалац или залогопримац - ни стицалац, који није знао нити је могао знати за постојање терета, не стиче својину слободну од њих. Од начина предаје државине и околности да ли је одређено лице (титулар стварног права) у улози држаоца или није зависи, дакле, да ли ће доћи до гашења терета. Укратко, негативан услов за престанак права трећих лица на ствари стеченој од невласника у немачком праву је - непостојање дефинисаних околности предаје ствари из пар. 936, ст. 3. BGB-а.

Пошто за терете није знао, а својину због њих није стекао у очекиваном обиму, стицалац се невласнику евентуално може обратити за одговарајућу накнаду по основу правила о одговорности за евикцију (ако је стицање било теретно).

Као разлог за овакво решење BGB-а наводи се да је право на државину, које титулар стварног права има, из његове државине "видљиво", па се са њим морало рачунати, а стицалац је био дужан да се о праву држаоца обавести.[17] Привид права делује кроз државину титулара, па је оно "апсолутизовано". Када се плодоуживалац или залогопримац од државине ствари одвоји - та права постају "непрепознатљива", наглашава C. Romer,[18] али пошто то у наведеним околностима није случај - ова права за стицаоца нису невидљива и неће се угасити. Ми бисмо додали да је и питање савесности стицаоца у погледу постојања терета проблематично у ситуацији када је ствар у државини титулара стварног права, посебно ако је та државина непосредна.

Када се ствар налази у посредној државини титулара плодоуживања, уживања или заложног права, "видљивост" и препознатљивост ових права за стицаоца је већ под знаком питања, али је чињеница да немачки законодавац *не прави разлику* и једнако вреднује и посредну и непосредну државину титулара.

Из изнетог произилази следеће: уколико невласник, на чијој је ствари власник задржао својину до исплате купопродајне цене *(pactum reservati dominii)*, на ствари конституише плодоуживање у корист савесног лица и преда му је у непосредну (несамосталну) државину (пуноважно стицање личне службености од невласника); па затим исту ствар прода савесном стицаоцу и уступи му своју посредну државину предајом у форми *cessio vindicationis* - савесни стицалац ће стећи својину од невласника, али

[16] О томе више: H. Westermann, нав. дело, стр. 249-250.
[17] H. Westermann, нав. дело, стр. 249-250.
[18] Нав. дело, стр. 219.

оптерећену плодоуживањем трећег лица, без обзира што није знао за његово постојање.

Према пар. 936, ст. 3 BGB-а, плодоуживање се не би угасило чак и да је плодоуживалац ствар дао на послугу и у непосредну (несамосталну) државину трећем лицу, јер је задржао посредну (несамосталну) државину на њој.

Пре уступања захтева за предају ствари савесном стицаоцу имали бисмо следећу ситуацију степенасте посредне државине: - власника ствари, као посредног самосталног држаоца; - невласника (купца ствари на кредит) као посредног држаоца, који се представља као власник ствари и самостални држалац; - савесног стицаоца плодоуживања од невласника, као посредног несамосталног држаоца; - и послугопримца, као непосредног несамосталног држаоца. Када невласник *продa* ствар савесном стицаоцу и уступи му своју (наводну) посредну самосталну државину путем *cessio vindicationis*, имамо следећу ситуацију: - престаје својина ранијег власника и (посредна) државина невласника; - настаје својина савесног стицаоца, који је нови посредни самостални држалац, *чије је право оптерећено плодоуживањем титулара*, који је посредни несамостални држалац; а ствар се и даље налази у непосредној несамосталној државини послугопримца. Јер, ствар није отуђио повереник плодоуживаоца као невласник (послугопримац), већ купац ствари (на којој је власник задржао својину) и од кога је плодоуживалац стекао своје право. Да је послугопримац отуђио ствар коју му је плодоуживалац поверио - савесни стицалац би је прибавио у својину *неоптерећену* плодоуживањем (путем *traditio vera*).

* * *

До овако компликованих ситуација не може доћи у хрватском и сродним правним системима, где је за стицање својине од невласника нужна *непосредна самостална државина* прибавиоца. Али, у домаћем и већини других правних система, чији законодавци не врше таква прецизирања, до управо наведене ситуације у пракси може доћи, па би регулатива немачког законодавца свакако могла да буде узор за њено решење. Чак и да се решење из пар. 936, ст. 3. BGB-а не прихвати - не би било добро оставити питање судбине права трећих лица на ствари стеченој од невласника отвореним и нерегулисаним. Нужно је попунити ову правну празнину у домаћем праву и прецизно регулисати услове, под којима могу престати права трећих лица на ствари стеченој од невласника, јер је без тога ситуација у којој се наши судови налазе незавидна и не видимо на основу којих би критеријума они решили горе изложен случај.

д) Утицај врсте правног посла стицања својине од невласника на гашење права трећих лица

Одређени аутори[19] сматрају да судбина права трећих лица на ствари стеченој од невласника треба да зависи и од *врсте правног посла* закљученог између невласника и савесног стицаоца ствари. Тако би, уз испуњеност услова о којима смо говорили, стицалац прибављао својину ослобођену терета, уколико је ствар стекао на основу *теретног* правног посла са отуђиоцем. У супротном, без обзира на савесност стицаоца - права трећих лица на ствари се не би угасила. Образложење за овај предлог је да доброчина стицања треба да уживају слабију заштиту од теретних, јер савесни стицалац за прибављање својине од невласника није дао никакву накнаду.

Пошто је у домаћем и многим другим правним системима стицање својине од невласника могуће само на основу теретног правног посла, овај предлог би могао бити од значаја једино у државама, у којима се својина од невласника може прибавити и доброчиним правним послом.

* * *

Италијански законодавац је једини који у оквиру одредби којима регулише судбину права трећих лица на ствари стеченој од невласника помиње и правни посао између невласника и савесног прибавиоца, али у сасвим другачијем контексту од горе изложеног. У чл. 1153, ст. 2. он предвиђа да се својина од невласника стиче слободна од права трећих лица ако, између осталог, постојање тих права "не проистиче из титулус-а" *("...non risultano dal titolo...")*, и у складу са тим стицалац је савестан.

ђ) Утицај основа за настанак права трећих лица на њихово гашење

И ако само грчки законодавац прецизира (у чл. 1040) да се његова одредба односи управо на судбину *стварних* права, која трећа лица имају на покретности која се стиче од невласника, само по себи је разумљиво и да се у осталим правним системима мисли управо на њих. То могу бити: плодоуживање, употреба, ручна залога и законско право прече куповине. Свако од ових права може бити конституисано на основу правног посла, судске одлуке или произаћи из закона (у ужем смислу речи).

Аутори који су се бавили овим питањем су мишљења да се стварна права трећих лица гасе моментом испуњености услова о којима је било речи, независно од тога шта је био основ њиховог настанка, тј. да ли се ради о *уговорном, судском или законском* заложном праву, уживању или

[19] О. Станковић-М. Орлић, нав. дело, стр. 126.

плодоуживању.[20] Уколико власник преда ствар у залогу судском извршитељу, а овај је остави на чување трећем лицу; па је чувар отуђи савесном стицаоцу - стицалац прибавља својину на ствари слободну од (судског) заложног права, сматрају немачки правни писци.[21]

У домаћем праву је, међутим, било мишљења да се стварна права трећих лица, која произилазе из закона (у ужем смислу), неће угасити ни за њеног савесног прибавиоца од невласника.[22]

III Уместо закључка : предлог регулативе услова за гашење права трећег лица у домаћем праву

Питање судбине права трећих лица на покретности прибављеној по правилима о стицању својине од невласника у домаћем позитивном праву није законски регулисано. На основу свега у раду изнетог, а имајући у виду и упоредноправну регулативу, мишљења смо да би наши будући прописи требало да ово питање уреде и предвиде како могућност, тако и услове за гашење стварних права трећих лица на покретности стеченој у својину од невласника. Зато ћемо уместо закључка дати предлог за будућу регулативу ове материје у домаћем праву:

Члан #

Став 1: Стварна права трећег лица која терета покретну ствар гасе се уколико у моменту прибављања својине од невласника стицалац није био несавестан у погледу њиховог постојања.

Став 2: Стицалац је несавестан уколико је знао или због грубе непажње није знао за постојање стварних права трећих лица.

Став 3: Када је ствар стицаоцу предата у складу са чл. XX овог закона*, а налази се у државини трећег лица, стварна права трећег не гасе се ни за стицаоца који није био несавестан.

Став 4: Уколико је ствар трећем лицу украдена или је изгубљена,аналогно ће се применити члан овог закона, који регулише могућност стицања својине од невласника на таквим стварима.**

[20] F. Baur, нав. дело, стр. 479; Једино за мобилијарну хипотеку и отуђивање припатка заложеног земљишта у немачком праву важе посебна правила. Податак преузет од: H. Westermann, нав. дело, стр. 250; F. Lent-K. H. Schwab, нав. дело, стр. 139.

[21] Пример преузет од: F. Baur, нав. дело, стр. 479.

[22] J. Štempihar, Osnove civilnega prava, knj. 2-Stvarno pravo, Ljubljana, 1962. г, стр. 40.

* Мисли се на одговарајући члан грађанског законика који буде регулисао фиктивну предају уступањем захтева за повраћај ствари (cessio vindicationis) од стране отуђиоца (власника) који је њен посредни држалац.

** У том члану закона треба да стоји да стицање својине од невласника на ствари, која је власнику или лицу које је било њен непосредни држалац украдена или изгубљена није

Nina Planojević, a docent

THE PROSPECTS OF THE RIGHT OF THE THIRD PERSON TO THE PROPERTY ACQUIRED IN OWNERSHIP FROM AN UNAUTHORIZED TRANSFEROR

In this work the author analyzes the situation where all the requirements for acquiring the ownership over the property transferred by a non-possessor are met, however the property is burdened by the actual rights of the third person. The author wonders whether the interest should go to the conscientious party who strove to acquire the property from a non-possessor as a whole and without a burden, or to the interest of the third person who wants to keep his right regardless the fact that there has been a change of the subject of ownership. The author states that both national and international (comparative) laws support the stand which favors the interest of a conscientious acquirer with the justification that if he has already succeeded in winning over the ownership from the previous owner (which is the major point), he should also succeed in renouncing some limited rights of the third person (which is a minor point).

However, a question remains under what conditions it is allowed to renounce the right of the third person. One of the stands (favored by fewer people) is that there should be no additional conditions to legally acquired property from a non-possessor. However, most of the jurists favor the stand that additional conditions are necessary although they disagree on their type and number. They include, among other things, the conscientious of the acquirer related to the existence of the burden, the fact that the property in question is not transferred from the third person beyond his free will, the fact that certain ways of transferring the ownership to the acquirer are excluded, etc. The author analyzes and comments each of the stated conditions.

Since the prospects of the right of the third person to the property acquired in ownership from a non-possessor are not regulated by law, instead of conclusion the author gives a suggestion for future regulations in this field.

могуће, осим ако се ради о новцу, хартијама од вредности на доносиоца, стварима које су стечене од невласника који у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари или на јавној продаји.

Одељак III

ФУНКЦИОНИСАЊЕ УПРАВЕ И ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА

Др Бранислав Марковић,
редовни професор

***UDK**: 340.158(497.11)*

КРИЗА ПРАВНОГ СИСТЕМА И МИСЛЕЋИ ЉУДИ У СРБИЈИ

Живимо у времену великих друштвених противуречности. Стиче се утисак као да ће се број тих и таквих друштвених противуречности све више и више повећавати, а народ живети све теже и теже. Управо због тога се обичан српски човек пита: "Па зар наши мислећи људи (интелигенција), којих има подоста, не могу свему томе да стану на пут и створе нормалне институције система које ће одговарати духу и потребама савременог човека?" Ми смо по много чему и као народ и као друштво врло специфични. Тако, сматра се да је наша земља међу првим земљама у Европи, па и у свету, у погледу присуства мита, корупције и организованог криминала. Ми смо земља са најнижим степеном продуктивности, како у привреди, тако и ванпривредним делатностима. Ми смо народ који има највећи степен морталитета и најмањи степен наталитета у Европи. Једном речју: ми смо народ који изумире а да при том мало ко то озбиљно схвата. Тај процес није од јуче. Напротив, он већ одавно траје, а наши мислећи људи су се понашали у стилу "нојеве памети". У задње време о том проблему се све више и више говори, а практично, држава организовано мало шта у вези са тим предузима. Наши мислећи људи као да очекују да ће проблеми бити решени сами од себе. Наша политичка бирократија је проблем за себе. Она је у социјализму, па и у условима транзиције, себе сматрала непогрешивом и била апсолутно арогантна. Међутим, она је била толико моћна да је представљала највећу опасност за наш народ. Чак, многи мисле да је бирократизам био узрок многих недаћа и посрнућа. Јавио се, пре свега, као перманентно упропашћавање, како моралних, тако и вредносних норми.

И садашња политичка бирократија је прича за себе. Треба само поменути податак да имамо око 300 политичких партија на тако малом простору, са изразито великим политичким примитивизмом и егоизмом. Као да наш народ болује од болести власти. Заправо: сви желе да се на било који начин домогну власти, јер власт тим људима увек доноси одговарајуће привилегије, славу и моћ. Као да је присутно политичко силеџијство и да оно на неки начин постаје наш свакодневни манир. Политичка бирократија се, по правилу, користи многобројним

манипулацијама: да се што пре безочно обогати, као у условима првобитне акумулације капитала. Тако, и наша садашња приватизација носи са собом бројне противуречности и импровизације, а у основи свих њених слабих ефеката стоји наша политичка бирократија и њени бројни марифетлуци. Нормално да овако извитоперене вредносне и моралне стандарде, какви постоје у нашој земљи, треба што пре мењати. Пре свега треба мењати људе и стварати новог човека који ће одговарати потребама савременог живота. Наиме, треба, пре свега, стварати нове мислеће људе који ће моћи са успехом да решавају нове противуречности са којима се данас сусреће овај народ. Као народ заплашени смо и дезоријентисани. Народ је пун заблуда и илузија које им је наметнуо социјализам, а касније и друштво у транзицији. Народу је сада потребна, пре свега, истина, јер само она може отрезнити овај народ и вратити му људско и национално достојанство. Разуме се: нове мислеће људе треба стварати у реформисаном систему образовања. Тако мислећи људи учини ће да српски народ не буде више тај који ће стално бити манипулисан или застрашиван од стране политичке бирократије. Треба знати да овај процес неће бити ни мало лак нити једноставан. Он ће зависити од воље и решености односно организованости мислећих људи да почну да стварају једноставније и хуманије друштво у коме ће обичан српски човек моћи нормално да живи у условима максималног поштовања његовог људског и националног достојанства. Мислећи људи имају посебну одговорност у погледу поштовања правних норми и стварања правне државе. Они се често декларативно изјашњавају за правне норме и правну државу, али у пракси се понашају сасвим другојачије. Тако, на пример, треба само подсетити на помаму криминала "белих мантила" и доћи до закључка да "бели мантили" и њихова филозофија битно доприносе, не само скрнављењу правног система и правне државе, већ и компромитацији њихове професије. Таквих, на жалост, случајева има у свим сферама људске делатности. И то је оно што много забрињава овај народ.

Ми треба да стварамо интелектуалце новог кова. Пре свега људе који ће знати да мисле, људе који ће имати своју самосталност, људе који ће много знати, али и људе који ће рехабилитовати његово величанство рад, као основну претпоставку, не самог нашег опстанка, већ и нашег просперитета. Нови интелектуалац, кога треба тек да стварамо, мораће подједнако да се бори, како за враћање достојанства рада и резултата рада, тако и за реафирмацију и стварање једног новог вредносног и новог моралног система, који ће одговарати условима просперитетног и тржишно оријентисаног друштва.

Улога интелектуалаца је, нема сумње, велика и то у сваком друштву. Наиме, интелектуалци треба да представљају свест и савест друштва, и то

како каже J. Видмар: "У сваком случају, тј. да ли то друштво хоће, жели, допушта или не, свест и савест".[1]

Нема сумње да многи завршавају високе школе, а да су само неки од њих интелектуалци. Добар део чине интелектуални медиокритети, који представљају својеврсну опасност за свако друштво, а посебно за друштва у транзицији. Број прочитаних књига небитан је када се расправља о томе ко је интелектуалац. Интелектуалци, који су имали пуно идеја, нису (често) имали кору хлеба. Према томе: нас овде не интересује која су то мерила да би неко друштво некога признало за интелектуалца, већ нас, пре свега, интересује колико интелектуалци утичу на токове живота, посебно у условима друштвених заједница у транзицији, и колико утичу на правни систем који је у великој кризи.

Из овога јасно произилази шта су то прави, а шта квази интелектуалци. Заправо, први живе за идеје - док други од идеја! Исто тако за прву категорију интелектуалаца знање је сврха, док је за друге средство да се заради новац, или пак освоје моћ и власт. Овде треба скренути пажњу на разлику између позива и занимања. При овом треба знати да занимање није исто што и позив, јер је позив дар божји упућен појединцу да тражи истину и остварује виши смисао. Култура и није друго већ све духовно благо што су га створили изабрани умови једног народа - интелектуалци.[2]

Зато бити интелектуалац, значи, пре свега, борити се за истину изнад свих других интереса. Тако је за њих страшно бити послушан, јер послушни не могу стварати. Интелектуалци јесу бунтовници, али само помоћу нових питања стварају свет нових могућности. Интелектуалци увек нешто траже, јер имају чудно осећање да ће им се отворити велика врата истине и смисла.

"Интелектуалци не подносе лаж, јер тамо где људи лажу нема заједнице и на помолу је духовно и телесно тлачење. Интелектуалци су уверени да се на лажима и заблудама не може градити хумано и нормално друштво. Интелектуалци по правилу никога не могу да понизе, јер они желе да разумеју и оно што други презиру. Тако, ако им прошлост и садашњост не дају за право, тада верују да ће будућност бити праведнија. Прави интелектуалци могу се ангажовати политички, али је једина њихова политика, политика истине. Исто тако, они су друштвено ангажовани толико колико су ангажовани за истину о друштву."[3]

Падају у очи приговори који се упућују интелектуалцима и они су свуда исти. И не само то. Потребно је размотрити приговоре који се

---

[1] Велика епохина енциклопедија аформизама, "Епоха", Загреб, 1968, стр. 189.

[2] Ђ. Шушњић, "Енциклопедија политичке културе", (Интелектуалци"), Београд, "Савремена администрација", 1993, стр. 417.

[3] Ђ. Шушњић, "Енциклопедија политичке културе", (Интелектуалци"), Београд, "Савремена администрација", 1993, стр. 419.

упућују интелектуалцима па да се они осете великим кривцима. Говорећи о интелектуалцима Жан Пол Сартр каже, поред осталог, и то: "Код вас се каже да они постоје да би чували и преносили културу, дакле, они су по природи чувари који су се преварили у погледу своје дужности и своје улоге и који су постали критичари, негатори тиме што су стално нападајући власт у историји своје земље ви дели само зло. Према томе, они су се у свему преварили, што не би било тако озбиљно, да у свим вашим приликама нису варали народ. Варати народ! Тиме се жели рећи: постићи да народ окрене леђа својим властитим интересима. Зар, дакле, интелектуалци располажу неком моћи на истом подручју као власт? Свакако да не. Чим се одвоје од културног конзерватизма који одређује њихову акцију и њихову дужност, с правом им се пребацује да постају немоћни: "Та ко их слуша?" Осим тога они су немоћни по природи: "Они не производе и за живот немају ништа друго осим плата, што им одузима сваку могућност да се заштите како у грађанском тако и у политичком друштву." Они су, дакле, неделотворни и непостојани; у недостатку економске и друштвене моћи, они се сматрају елитом која је позвана да суди о свему, што у ствари нису. Отуда произилази њихов морализам и идеализам (они мисле да већ живе у далекој будућности и о нашем времену суде са апстрактног гледишта будућности)."[4]

Неки умни људи код нас с правом упозоравају на невиђену "поплаву" интелектуалних медиокритета. Неки, чак, ово време упоређују са периодом социјализма. Стиче се утисак да је интелектуалних медиокритета данас много више, да су притом и дрскији и охолији и да не презају ни од чега када су у питању њихови властити интереси, када је у питању освајање власти, злоупотреба власти, као и непримерено богаћење на штету друштвене заједнице. Зато се, не без разлога, каже у нашем јавном мњењу да се у дугој и тешкој историји српског народа није десило да исплива на површину, и доживи друштвену и политичку промоцију толико профитера, криминалаца разних боја, "белосветских пробисвета", "продатих душа" "фабрикаката магле" и сличних "бескрупулозних људи новог времена".

Зато је М. Вукасовић био у праву кад је рекао: "Будали секиру, па - бежи; лажном интелектуалцу положај, па се, дави".[5]

Природно је да људима управљају интереси. Међутим, у томе човек мора да има "сопствену меру", односно не сме само ради интереса да уради шта било. На жалост, интелектуални медиокритети то, ипак, често чине што представља велико зло и према људима и према заједници и што

[4] Жан Пол Сартр "Портрети", "Нолит", Београд, 1984, стр. 250.
[5] Велика епохина енциклопедија аформизама, "Епоха", Загреб, 1968, стр. 189.

доприноси руинирању и скрнављењу моралних и вредносних вредности на којима треба да почива свако здраво друштво.

Свакако да интелектуалци никада не смеју да изневере основне вредности искрености и човекољубља.

Модерно време је карактеристично по томе што захтева: "Политика пре свега". Заправо, примећује се да је политика свуда, увек политика, и ништа друго него политика. Треба само отворити очи и видети како се политичка страст комбинује са другим јаким страстима и да се тако ствара превелика моћ појединаца и група. Несумњиво, данас и у свету и код нас људи прихватају чињеницу да све мора бити политизовано и да политику морају прокламова ти и бити поносни на њу. Но, чини се да нигде у толикој мери није дошла до изражаја политичка страст, као што је то случај у земљама у транзицији.

Познато је и правило великих и малих нација: "Ако нација хоће да буде јака, извесно је да мора да буде бројна." Да ли су наш и интелектуалци свесни тога? Бојим се да, у највећој могућој мери, то нису. Заправо, српској нацији прети биолошка катастрофа, а многи чак иду толико далеко у предвиђањима да нас упоређују са Хазарима. Зато се с правом поставља питање: "Шта смо као интелектуалци учинили да ту погубну пауперизацију сведемо у њене подношљиве оквире?" Мало, одвећ мало, исувише мало мислимо, исувише мало чинимо да као нација будемо јаки и велики. Некад се стиче утисак да су наши мислећи људи пали у потпуну пасивну резигнацију. Зато прави интелектуалци морају, својим примером, да покажу како је, ипак, човек највећа вредност сваке нације и да у том смислу учине све како би нација била бројнија, а то ће без сумње дати подстрека и осталим припадницима наше нације. Наша виталност и будућност је у нашој деци које је, на жалост, све мање. Стиче се утисак да су наши интелектуалци исувише велики конформисти, јер, једноставно, не желе себи да кваре "грађански комодитет". Очигледно да је дошло време да се српски народ тргне из "снова заблуда" и да погледа истини у очи. А Србе може да тргне, из таквог сна, само истина о њима. Српски народ није никад био у тако тешкој ситуацији, односно никад није био у тако великој материјалној и духовној беди него што је то случај сада. Излаз из овакве ситуације не треба тражити на страни, или очекивати да дође с неба. Излаз треба тражити у нама самима, а пре свега, у метаморфози мислећег дела српског народа.

А. Рајс у врло интересантном политичком тестаменту посвећеном српском народу, под називом "Чујте Срби", подједнако искрено и поштено пише, као прави пријатељ, о манама и врлинама код Срба. Та његова упозорења, нарочито у односу на наш народ, су и те како и актуелна и корисна за садашње интелектуалце. Заправо, како то он каже: "Нећу

скрити од вас ништа битно од онога што сам видео, јер прави пријатељ није онај који вам ласка, већ онај који вам каже истину, целу истину."[6]

Интересантно је његово запажање да би Срби, са својом интелигенцијом и природним богатствима тла, морали да имају једну од главних улога у Европи. Међутим, упозорава А. Рајс, ваше мане, поготову мане оних које ви називате својом "интелигенцијом" спречавају вас да то постигнете. Када А. Рајс говори о манама Срба, он истиче и ово: "Нисте велики радници, често одлажете за сутра, чак и за прекосутра, оно што бисте могли да урадите данас, Последица је да се то, често, никада и не уради..." Имате пуно запарложеног земљишта, као што је то случај са данашњом Србијом.[7]

Он је пун критичких опажања према српским интелектуалцима, што је, свакако, природно, јер су они основна претпоставка напретка и препорода српског народа. У том смислу он запажа: "Стога прави интелектуалци ове земље, а има их, и то много, не успевају у Србији, па обесхрабрени напуштају борбу. Зато и најзначајнија места у администрацији и другде најчешће заузимају медиокритети, чак и људи без икакве вредности. Зато вам је политички кадар кукаван."[8]

Над оваквим упозорењем А. Рајса треба се замислити, јер су таква упозорења врло актуелна за садашњи тренутак српске нације. Наиме, и данас код Срба има доста способних и даровитих интелектуалаца који, стицајем околности, не могу да дођу до изражаја, јер им то једноставно не дају интелектуални медиокритети. Они умни, честити и поштени интелектуалци, нај чешће су у "кадровском ауту". Нажалост, они су по схватању интелектуалних медиокритета само "учене замлате" које се не сналазе у животу, људи који не знају да осете дах живота, јер исувише поштују одређена правила и принципе поштеног живота. Интелектуални медиокритети се не стиде ничега, јер просто немају "унутрашње духовне кочнице", као што их имају прави интелектуалци. Они су, по правилу дрски, осиони, нападни и безобзирни. Њихов циљ увек оправдава свакакво понашање, а о моралним правилима говоре са доста ироније и цинизма. Ти интелектуални медиокритети, којих је сваким даном све више и више, често истичу: "Зашто нас не следите? Зашто се не угледате на нас? Зашто нам се не прилагођавате, јер само такви као што смо ми имају перспективу и будућност?" Сваки народ има своје интелектуалне медиокритете, јер без њих, као "нужног зла", не би могао да егзистира ни један народ. И поред тога што они представљају, у свим временима и свим режимима, прво разредну опасност по друштво и нацију, они, ипак, опстају јер су врло

[6] Р. А. Рајс "Чујте Срби", Београд 1998, стр. 29.
[7] Р. А. Рајс "Чујте Срби", Београд 1998, стр. 29.
[8] Р. А. Рајс "Чујте Срби", Београд 1998, стр. 40.

"жилав и неуништив коров". Но, треба знати да, ако ти интелектуални медиокритети овладају друштвом и притом "коло воде" у креирању и остваривању политике у целини, а нарочито кадровске, онда су они прворазредна опасност за такво друштво и његов нормални развитак. Ово стога што такви медиокритети, заправо, и стварају одговарајуће моралне и вредносне критеријуме, или боље речено, они стварају морално-вредносне норме, и то према свом моралном и вредносном бићу, што доводи до скрнављења и багателисања и моралних и вредносних норми, до декаденције па и пропасти система као таквог. Због тих и таквих интелектуалних медиокритета, које смо ми исувише много стварали у социјализму, (а и данас то чинимо), ми смо у нашем друштву остали без великог броја даровитих и талентованих интелектуалаца, а посебно младих људи, који, "главом без обзира", беже из земље, и то, по правилу, не зато што немају обезбеђену егзистенцију, како се то на први поглед чини, већ, пре свега, што као умни људи не могу да трпе терор, простаклук и примитивизам интелектуалних медиокритета.

Тако смо изгубили "интелектуалне драгуље", вредне, способне и младе кадрове, који су могли да буду носиоци прогреса и препорода, у које је наше друштво много улагало, али су "плодоносне цветове" њиховог знања, умећа, младости и упорности убирали они који у њих ништа нису улагали. И управо због тога су нас, те исте велике нације, заслужено називале "расипницима интелектуалне младежи" и др. Млади људи када једном напусте земљу, више се, по правилу, никада не враћају, јер им и те како одговара једна друга организациона атмосфера и један други вредносни и морални миље, уз максимално вредновање рада и резултата рада њихове стручности и поштовања њиховог људског достојанства.

Многи при том истичу да: у основи те њихове среће и спокојства, у новом завичају, су рад и радне навике које у нашој земљи, по правилу, нису имали или су их погрешно схватили. Дакле, његово величанство рад је, заправо, оно што је тим људима омогућило да се потврде и као људи, и као личности. То им је и омогућавало да се осећају срећнијим у кући, у породици и на послу. При овом треба имати на уму да човек, без економске самосталности, не може имати ни духовну, па ни политичку самосталност. Економска самосталност може се стицати и остваривати само уз максимално поштовање његовог височанства "рада и рад не дисциплине". Без овога, све лепе приче о брзој и ефикасној транзицији, ипак, су само обичне приче, зановетања и заблуде.

На нашој политичкој сцени има пуно интелектуалних медиокритета и незналица, силеџија и превараната, лопова и примитиваца. А то српски народ не заслужује. О томе говоре и многобројна хапшења задњих година, и то кадрова из самог врха привредне, политичке и управне бирократије. Да несрећа буде већа, српски народ је у доброј мери политички неписмен народ, али и морално деградиран, па је лако са њим манипулисати. Да је

српски народ политички писменији, да су његови интелектуалци борбенији, јединственији и креативнији, вероватно не би тако изгледала наша ни данашња политичка бирократија. А политичка бирократија је та која, у условима превеликог централизма, битно утиче на комплетне токове кадровске и друге политике. При овом не треба заборавити на једну велику истину: ко има моћ у вођењу кадровске политике, тај има моћ и у целом друштву. Тако, рецимо, у нашем друштву има пуно репрезената политичке бирократије са формалним класификацијама, мада та школска спрема не сме да буде једини критеријум за избор на одговарајућу функцију.

Изгледа да као друштво врло неозбиљно схватамо и корупцију која поприма крајње забрињавајуће размере, и која је изгледа, већ давно, стекла право грађанства и увукла се у све поре друштвеног живота. Исто тако не схватамо довољно сву несрећу поремећености људских односа, запрепашћујућег егоизма и нетолеранције у друштву. Ми као да не видимо ни како се многи, под окриљем власти, богате до миле воље, иако се, очигледно, ради о врло дрском и осионом криминалу и невиђеној пљачки друштвене имовине. Ми као да не видимо ни врло видне и погубне социјалне разлике у друштву. Све ове појаве су забрињавајуће, али их не треба само констатовати да оне постоје, већ их друштво мора, на посебан начин, обуздавати и доводити у неке реалне оквире. А посебну одговорност за то, свакако, имају прави интелектуалци. Тако се, подсетимо се у социјализму као друштвеном систему, сматрало да мито и корупција, као негативне појаве, једноставно не смеју да постоје и да су то појаве које су својствене капиталистичким друштвеним системима. То су проповедале скоро све политичке бирократије свих бивших социјалистичких демократија. Нажалост, понекад је то чинила и научна бирократија. Данас долазимо до закључка да су, због так вих заблуда, мито и корупција у земљама у транзицији доживели највећу експанзију и представљају "бољку број један" тих земаља. Многи честити и поштени интелектуалци и научни радници, једноставно, ћуте. Као да их ова и друге друштвене непријатности, са несагледивим последицама, једноставно не интересују што је, мора се признати, врло кобно за те друштвене системе. У овим "смутним временима" прави интелектуалци, и они који су припадници одређених политичких странака и они који то нису, не смеју да ћуте, не смеју да се мире са постојећим стањем. Они морају да се боре, јер, у супротном, ти и такви интелектуалци ће једнога дана доживети, поред осталог, и прекор интелектуалних медиокритета. Наиме, многи интелектуалци, често, при том истичу: "мене се то не тиче", то су урадиле одговарајуће "духов не силеџије" па нека они такав "Гордијев чвор" и разрешавају, иако знају да га они никада неће разрешити. Наш народ стално се пита: "Где је наша памет, где су наш и учени људи? Зашто наша памет и зашто наши учени људи гледају потпуно индиферентно, у највећем броју

случајева, на све примитивизма, марифетлуке и злоупотребу власти и оних који то не би смели да чине?"

Треба веровати нашем великом пријатељу, А. Рајсу, кад он о нама Србима каже: "Он је амбициозан и храбар народ. И треба да буде амбициозан, али није љубоморан. Љубомора је тековина оног изрођеног дела становништва, дела који чини "интелигенцију", како се она неоправдано назива."

"Љубомора је узрок једне друге мане: недостатка мере, претеривања... љубомора ваше "интелигенције" се добро слаже са зачуђујућом површношћу. Људи виде само спољни сјај, а садржином се не баве. Труде се да достигну тај вештачки сјај. Неки пут у томе успевају јер је ваша нација интелигентна и врло надарена, али тај вештачки сјај брзо потамни, пошто га не одржава права снага која долази изнутра. Површност се показује свуда како у обичном, тако и у "интелектуалном животу".[9]

Ми смо, иначе, као народ и као интелектуалци доста познати по томе: "лако ћемо", "други пут ћемо", "нисмо оперативни, много што шта импровизујемо у интересу лаког и лагодног живота", "брзо обећавамо", а да при том не поштујемо дата обећања; "лењи смо и хвалисави", а те особине ретко ко цени. То понашање некад изазива подсмех, некад чуђење, а некад презир или сажаљење. Међутим, медиокритети се не обазиру на све то. Њихова главна преокупација је богаћење, "без мере, укуса и достојанства". И као да се кроз тај чудно стечени новац мере сва вредносна и сва морална добра. Чудно је, али је тачно да су наш и новопечени богаташи странцима, код закључивања уговора, често смешни и несхватљиви. Наиме, у пракси се догађа да новопечени богаташ, који нема или су му слабе "интелектуалне кочнице", када га странац пита од када је стицао тако велико богатство и очекује одговор да су то стварале две или три генерације, као што је то, иначе, правило у нормалном бизнису, наш лакомислени и површни Србин, као типичан интелектуални медиокритет једноставно каже: "Ја сам све то створио за две до три године" мислећи при том да је опчинио свог пословног партнера или да га је одушевио не знајући "за правила игре" и не знајући да страни партнер зна правила бизниса. Када чује овакву информацију, он, једноставно, има априорну одбојност према таквом пословном партнеру, па бежи од њега, јер је по његовом схватању немогуће, нереално, неморално обогатити се, за тако кратак временски интервал, у коме се обогатио наш интелектуални медиокритет. То говори у прилог тврдњи да се овде ради о организованом криминалу на који државне институције гледају благонаклоно. Наравно, такав страни партнер неће увредити нашег хвалисавог Србина, али ће му учтиво рећи да ће ту ствар проучити и о томе га писмено обавестити.

[9] Р. А. Рајс "Чујте Срби", Београд 1998, стр. 41.

Разуме се: уз писмо увек стиже и одговор да није у могућности да уђе у такав пословни однос. Људи, а посебно пословни свет, желе сигурност у свему, па и у међусобним односима. Нажалост, Срби пате од тога како ће и кога учинити смешним, наивним и неспретним, јер им то чини некакво духовно задовољство.

Значајно је запазити да Срби не знају довољно да поштују своје противнике. Напротив, они их некада непотребно багателишу, иако нас цивилизацијска правила уче да сваког противника треба уважавати и поштовати, односно да противника не треба ниподаштавати. Тако, на пример, многи интелектуални и политички медиокритети још 60-их година, када се озбиљно појавио шиптарски проблем на Косову, са крајњом су површношћу и игноранцијом говорили о њима као нашим противницима. Нажалост, они су их и тада, а делом и сада, замишљали из времена када они нису имали интелектуалну елиту (коју они, узгред буди речено, сада максимално поштују и слушају њене савете). На упозорења неких интелектуалаца да је то противник кога треба озбиљно узети и максимално поштовати, односно да то није противник за потцењивање, јер ће у супротном последице бити врло кобне по српски народ, наша квази интелигенција је одговарала у стилу: "Немојте нас замарати са таквим глупостима" или пак "Они као противници не заслужују озбиљнију пажњу" и томе слично.

Из овога јасно произилази да је политичка култура нужна претпоставка успешног деловања сваког интелектуалца. Међутим, при овом треба знати да се политика учи као и све остало у животу. Невоља је наша што наши интелектуалци, па и наши студенти, ретко кад читају новине и ретко кад прате политичка збивања било на домаћој, било на страној политичкој сцени. За њих су то не много важне ствари које одузимају много времена, а од тога, како они кажу, имају премало користи, што је не само нетачно, већ врло поразно за нашу націју. Наша интелигенција је, по правилу, површна, а понекад и припроста. Она је у стању да у оговарању или сплеткарењу проводи доста слободног времена и да при том не нађе довољно времена да прочита новине, погледа неку политичку емисију или слуша неко јавно предавање на универзитету о овим проблемима и др.

Интелектуални дремеж и мирење са постојећим стањем у нас дуго траје у условима транзиције. Зато наша памет и те како може и мора да буде агилнија и агресивнија у односу на неминовност промена. Европа и свет не чекају. Они су много испред нас и ми их можемо сустићи само уз максимално ангажовање свих субјеката и уз велику радну и моралну дисциплину. У овој тешкој борби интелектуалци не смеју да буду само "глуви посматрачи", већ активни учесници нужних друштвених промена, јер је садашње заостајање за Европом више него катастрофално. Управо се због тога многи интелектуалци у свету питају како су мислећи људи скоро свих земаља у транзицији дозволили тако видно заостајање. А ми се успут

питамо: "Како је могуће да Срби, заједно са Русима, како нас упозоравају међународне организације у условима транзиције, нису учинили скоро ништа?" Напротив, ми смо заједно са Русима имали за последњих 10-ак година, у условима транзиције, још присутније друштвене декаденције и још већих друштвених противуречности у односу на претходни период што је, мора се признати, више него забрињавајуће.

Наша интелигенција је подмитљива и то пуно, од најситнијег чиновника са или без дипломе, па до министра. Нема сумње да су нам чиновници и остале интелектуалне струке много више предмет критике у условима транзиције, него што је то био случај у условима социјализма. Да несрећа буде већа, многи тај манир наше "чиновничке армије" приписују турској подмитљивости, под чијом смо окупацији били много векова. И овде Срби налазе али би за неке негативне појаве којих се морамо ослобађати или их доводити у неке разумне оквире. Наравно, сада је у нашој Србији врло присутна пауперизација нашег народа и она већ дуги низ година траје. То није довољно оправдање да би се искоренила исувише много раширена појава мита и корупције, а оне, да несрећа буде већа, често попримају облике отимачине.

Наши интелектуалци, после завршене одговарајуће школе, остајали су на оном кукавном знању које су стекли у њој. Нажалост, они истичу да имају мало интереса за проширивање видика. Мало је таквих интелектуалаца који осећају нужну потребу перманентног образовања, иако сви треба добро да знају да је то, не само императив нашег опстанка, већ и нашег просперитета. Уколико желимо на светску трпезу, уколико желимо у Европу, уколико желимо тржишну привреду и уколико желимо праву демократију, перманентно образовање наших кадрова је више него потребно. "Интелектуална блебетала", којих нажалост има пуно и која себе пуним устима називају интелектуалцима, су по правилу увек сиромашног духа, али су зато увек кочоперни, нападни, дрски и осиони.

Говорећи о Србима као полуинтелектуалцима А. Рајс каже и ово: "Ти људи сиромашног духа не увиђају да се истинска интелигенција не стиче само студијама, па чак ни оним највишим. Истинска интелигенција је природни дар и проистиче из духа и срца. Обичан сељак може да буде сто пута интелигентнији од универзитетског професора са пола туцета књига.[10]

Морални ниво наше интелигенције је у сталном опадању па се с правом поставља питање: "Које су границе моралног посртања наше интелигенције?" Ја ћу и сада призвати у помоћ осведоченог пријатеља Срба, А. Рајса, који у свом чувеном политичком тестаменту "Чујте Срби" каже и ово: "Наравно, пошто је воде ниска осећања, "интелигенција" клечи

[10] Р. А. Рајс "Чујте Срби", Београд 1998, стр. 48.

пред новцем. Што више новаца има неко, ма колико га несавесно стекао, то га она више уважава и истовремено му завиди. Краљ - новац господари вашом интелигенцијом, по њој све човек може себи дозволити под условом да има много новчаница у џепу. Част је непозната вредност "на берзи интелигенције". Частан човек се сматра глупаком, а цени се само онај који лукавством уме да окрене догађај у своју корист, а они многи припадници "интелигенције", би хладно жртвовали слободу, и опстанак своје земље, ако би то њима лично било од користи."[11]

Ове мисли сам навео управо због тога што их је изнео један изузетан пријатељ нашег народа, и то у доброј намери. Али, истини за вољу, сва та његова запажања и данас су максимално актуелна. Очигледно да ми, као нација, уместо да се учимо не само на туђим већ и на сопственим грешкама, једноставно то не чинимо зато што не знамо како да то чинимо, било зато што смо "хировити и бандоглави", и што не знамо, довољно, да слушамо своје саговорнике.

Нашој интелигенцији у то доба, а то је актуелно и данас, А. Рајс замера и ово: "Њено је било да бди како се ваши обичаји и добре особине, што је чинило вашу снагу, не би изгубили. Шта је она међутим стварно учинила? Уништила је и срозала све оно добро што сте имали. Баш захваљујући њој све ређе се наилази на онај једноставан, а ипак узвишени дух који је омогућио вашем народу да остане нетакнут упркос вековном угњетавању.... Интелигенција вам је деловала попут буђи. Зарђало, све што је с њом дошло у додир, та трулеж захвата и село.... Уместо да делује позитивно, ваша "интелигенција" је деловала негативно. Уместо да гради, она је разграђивала. Она је жариште трулежи и искварености, од чега толико трпите. Ако јој допустите да настави, земља вам је изгубљена. Почистите кућу, пометите све те охоле и штетне марионете. Немојте да вас засене људи који у суштини немају никакву вредност, али чији је лош пример неизмерно опасан по духовно здравље вашег народа. Не клањајте се више новцу до земље. Новац не доноси ни срећу ни углед. Може се он поштено зарадити. Ако га власник користи да би чинио добра дела око себе, поштујете таквог човека због његовог рада и због начина на који он користи стечено богатство."[12]

Прави интелектуалци нерадо припадају иједној странци зато што знају да је свакој политичкој странци истина страна, зато што она мисли да је истина само на њеној страни. Па и онда када иду у неки покрет, они га покрећу оним својствима која их чине интелектуалцима. Заправо, често имају главне улоге у неком покрету, али их овај на крају изигра. Ово стога што све дотле док је покрет отворен и смео, у њему ће се наћи пуно умних

[11] Р. А. Рајс "Чујте Срби", Београд 1998, стр. 53.
[12] Р. А. Рајс "Чујте Срби", Београд 1998, стр. 56.

људи. Међутим, кад се покрет затвори и измиче, у њему остају просечни жељни моћи. Правим интелектуалцима није лако да буду усамљени борци за истину, али им је још теже да буду са поругом и без истине. Међутим, интелектуалним медиокритетима је то сасвим свеједно: битно је да им партија обезбеђује привилегије и моћ. Све остало за њих је небитно.[13]

Овде је од значаја указати на једну мисао Ђ. Шушњића о интелектуалцима и њиховом политичком ангажману: "Они раде што се не одобрава и одобравају оно што се не ради. Да не би били избацивани из партије, радо је сами напуштају кад се увере да човек моћ и не подноси човека од разлога. Данашња демократија не може без партије, али партија може без демократије."[14]

Познато је да моћни људи немају духа. Међутим, духовни људи немају моћи. Зато и једни и други сумњају да могу заједно. У животу то обично бива овако: ови што знају, ништа не могу, они што могу ништа не знају. Тако стојимо у месту, иако на претек имамо и знања и снаге.

Зашто интелектуалци ћуте? Да ли су орни да помогну нужним друштвеним променама у условима транзиције и др? Сматрам да правих интелектуалаца има доста, али им није дата права шанса. Наиме, сада су на делу интелектуални медиокритети, и они се грчевито боре да одрже "статус кво". Они се вербално изјашњавају за промене, али не чине ништа да до тих промена дође. Социјализам је упропастила "владавина медиокритета". Земље у транзицији никако да учине озбиљне помаке управо због владавине медиокритета. Да ли су интелектуални медиокритети толико јаки и моћни да онемогуће правим и разумним мислећим људима да друштво изведу из кризе? Медиокритети су људи које не треба потцењивати, јер су врло витални и жилави. Они знају и једну и другу страну живота. Знају да користе институције власти ради личне афирмације, што је, иначе, лако и једноставно у условима видно поремећених вредносних и моралних критерија. Штета што се не искористе сви наши духовни потенцијали. Има још доста старих навика из времена социјализма. Оне се не могу тако брзо и једноставно одстранити и заборавити. Мало радимо, недисциплиновани смо и врло неодговорни.

Правне прописе морамо да дограђујемо и усавршавамо, мада и најсавршеније правне норме некад могу да дају врло мршаве резултате у демократској пракси уколико не постоји демократска клима за њихову друштвену реализацију, односно уколико су често само демократска фасада за остваривање интереса неформалних група или одређених

[13] Ђ. Шушњић, "Енциклопедија политичке културе", (Интелектуалци"), Београд, "Савремена администрација", 1993, стр. 421.

[14] Ђ. Шушњић, "Енциклопедија политичке културе", (Интелектуалци"), Београд, "Савремена администрација", 1993, стр. 421.

"кадровских моћника", који често кадровску политику поистовећују са собом и својим интересима.

Прописи сами по себи не значе ништа ако нема одговарајуће друштвене климе за њихову успешну реализацију. При овом треба истаћи да смо ретко када поставили питање: "Зашто нисмо успели да до краја остваримо дух усвојених правних норми?" А често смо посезали за њиховим променама, живећи при том у заблуди да ће нам нове правне норме донети оно чему заправо тежимо.[15]

У друштвеном систему уопште, већ дуги низ година понављамо да шансу треба дати само способнима и да само способни људи могу да изведу ово друштво из одређених друштвених противуречности. Али се зато и с правом питамо: "Колико смо остварили једну овакву друштвену замисао и једну овакву друштвену нужност?" Међутим, пре тога, или макар упоредо с тим, треба рашчистити ко коме може да да шансу? Уколико неспособни дају шансу способнима, онда ће се та шанса претворити у алиби за неспособне. Наиме, способни ће у том случају имати шансу, а неспособни ће владати и одређивати ко је способан кад и какву им шансу треба дати.

Многи системи, па и наш морају да почивају на ономе што се зове истина. Ни једна политика, која се у историји задовољавала полуистинама, није могла ништа озбиљније и трајније променити, нити оно што је достојно чувања сачувати. Онима, који су касније о њој судили, таква политика увек је остављала могућност да са индигнацијом или самилошћу закључе: нису разумели своје време.

Кад је кадровска политика у кризи, онда је, сигурно, да је такву кризу изазвало, пре свега, помањкање моралних норми. У условима моралне кризе, јавно мњење, по правилу, стално упире прст у правне норме, од њих тражи помоћ или их оптужује за постојеће стање, а правне норме су, заправо, тада немоћне, јер немају подршку моралних норми. Ово стога што моралне и правне норме чине две стране једне те исте медаље. Морал се не гради тако брзо и једноставно. Напротив. Пут стварања моралних норми је веома тежак и компликован. Оно што у кадровској политици, код нас, веома много смета, то је претерано присуство кадровске демагогије, као и присуство двоструког морала.

На једној страни, руководне личности, "проповедају" морално чистунство у вођењу кадровске политике и траже доследно спровођење демократизације кадровске политике. То бива све дотле док се ти принципи не тичу "њихове сопствене коже". Тада се у игру уводе "други принципи", беспоштедни, јер се сада тичу њихове "сопствене коже",

[15] Др Бранислав Марковић, Кадровска политика и друштвене противуречности, Београд, 1989, стр. 14.

односно њиховог "сопственог клана". Заправо, присуство ова два морала, један који има демократску фасаду, и други лични, односно групни, у вођењу кадровске политике, изазвали су пад многих вредносних критеријума и многе моралне дилеме код поштених кадрова. Заправо, овде су, нарочито, дошли до изражаја лични и групни интереси у односу на опште друштвене интересе.

Овде морамо да споменемо мисао једног француског филозофа који каже: "Не само да су поштени људи једино способни да доносе и остварују законе, већ само поштени грађани су у стању да их поштују и примењују"(Ж. Ж. Русо).

Криза морала битно утиче и на систем образовања и на степен културе људи у друштву. Већ дуги низ година се у нас, с правом истиче, да је образовање у кризи, а да овакво образовање на неки начин утиче на појаву примитивизма у скоро свим сферама друштвеног живота, па и у сфери политике. Ми смо се дуго задовољавали оним што се зове формална квалификација, запостављајући при том многе моралне и друге вредносне критеријуме. То је нужно доводило до даљег пада морала у друштву. Зато се с правом и каже да нема ничег тежег него када се одређени интелектуални или други медиокритети "одену одором" која им не пристаје или је неадекватна њиховом "стасу". Ово с тога што они временом уображавају да "таква одора" чини њихово биће, а не њихово духовно безнађе или пустош.

Заправо, медиокритети, када се домогну одређених функција, у стању су да учине све, па и многе нечасне радње, да би се одржали или да оду на много већу и одговорнију функцију. Уз то су, по природи ствари, склони злоупотребама и сплеткарењу, па су врло често и главни узрочници лоших међуљудских односа из којих произлазе далекосежне друштвене последице.

Не можемо а да, на овом месту, не споменемо једног научника који упозорава, а и стрепи од онога што се зове криза образовања у нас. Др Н. Стипчевић, говорећи о овом проблему, између осталог каже "да ћемо поред осталог, захваљујући владајућем школском систему, потпуно изгубити "европску свест", те да ћемо за две-три деценије "искочити из европске цивилизације и доживети цивилизацијску катастрофу". Он даље истиче: "Наш школски систем, од кога зависи наше школство", а од школства памет и знање наше деце, па њихове деце, постаје све гори јер бива све декларативнији. Све више је израз сужене свести оних који га замишљају, а њихове га "јавне дискусије не могу поправити, јер оне су само алиби за концепције које су промашене већ у настајању."[16]

[16] "Културна катастрофа", НИН од 24. новембра 1985. године.

Branislav Marković, a full-time professor

THE CRISIS OF LEGAL SYSTEM AND MEN OF INTELLECT IN SERBIA

Serbia is a country of great social contradictions. All those contradictions should be reduced to some realistic and bearable limit if we want to join EU. Whether we shall succeed in it or not depends primarily on us, on our determination to achieve it and start to live peaceful and tranquil life. And whether we shall succeed in it or not, in the circumstances of completely disturbed values and moral norms, will primarily depend on the sense of organization, will and capability of our intellectuals. In a nutshell, we should start creating a new kind of people and new surroundings for them to live in. Unfortunately, creating of new people, new intellectuals, is rather difficult and complex process. Our intellectuals improvise much. They aren`t wise but they are too egoistic, though. Our intellectuals don`t use enough of their intellect to contemplate about destiny of our nation. That`s why our people are drawn to the very bottom of existence. Our intellectuals are basically lazy people; they have wrong impression of themselves and the system in which they exist. The attention must be drawn on the fact that they don`t think enough about legal norms and they don`t strive enough for their realization in practice, which is crucially dangerous for the system as a whole. It is enough just to perceive great and wide spread unlawful activities of medical workers and wonder: "Who are they giving example to and how much do they discredit not only their profession but also the legal state?" Intellectuals should make clear to Serbian people that not only a legal state but also a state as a whole cannot operate without obeying law and legal norms. Our people need human security. But without legal security, it is impossible to be achieved. And whether we shall have it or not depends, primarily, on the fact what kind of men of intellect our country posses, on their behaviour and on how much they will think about the destiny of our nation.

Др Невенка Бачанин,
редовни професор

***UDK**: 342.9*
352.07(497.11)
342.25(497.11)

ОДНОСИ ОРГАНА УПРАВЕ И ОРГАНА ЈЕДИНИЦА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ И КОНЦЕПЦИЈА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ

Однос органа управе, и државних органа уопште, и органа локалне самоуправе је само једно од питања система локалне самоуправе у Србији, које, повезано са питањем надлежности јединица локалне самоуправе, захтева посебну пажњу. Ово не само зато што је локална самоуправа у последње време постала значајан предмет законодавне регулативе, већ и зато што понуђена решења треба да буду, мада не и по сваку цену, усклађена са решењима прихваћеним у савременим развијеним европским државама.

У Србији је локална самоуправа од 1990. до данас више пута била нормативно уређивана. Најпре Уставом Републике Србије из 1990,[1] а затим Законом о територијалној организацији Републике Србије и локалној самоуправи из 1991, укључујући његове измене и допуне 1992. и 1994, Законом о локалној самоуправи из 1999. и важећим Законом о локалној самоуправи из 2002. године.[2]

Односи органа управе, као и свих државних органа и органа територијалне аутономије и органа локалне самоуправе заснивају се на правима и обавезама који су утврђени Уставом и законом.[3]

---

[1] Локална самоуправа је на савезном нивоу уставна категорија постала Уставом СРЈ из 1992, а у Црној Гори амандманима 106-108. из 1991. на Устав републике Црне Горе из 1974.

[2] Закон о територијалној организацији Републике Србије и локалној самоуправи, "Службени гласник Републике Србије", 47/91, 79/92, 82/92. и 47/94.
Закон о локалној самоуправи, "Службени гласник Републике Србије", 49/99, 27/2001.
Закон о локалној самоуправи, "Службени гласник Републике Србије", 9/2002.
Ваља нагласити да је Закон о локалној самоуправи из 2002. године допуњен Законом о локалним изборима тако да чине једну целину у овој материји.

[3] Закон о локалној самоуправи из 2002, Чл. 8.

Између органа управе и органа градова и општина у Републици Србији установљене су две врсте односа. Први настају поводом обављања послова сопственог делокруга од стране органа јединица локалне самоуправе, а други - кад ови органи врше послове пренетог делокруга.[4]

При вршењу послова сопственог делокруга, органи локалне самоуправе су организационо и функционално самостални и могу бити ограничени само у случајевима и под условима утврђеним законом, у складу са Уставом.[5] Зато се односи између њих и органа управе најпре појављују као односи међусобне сарадње и обавештавања у питањима од заједничког интереса.[6]

Тако органи Републике, пре свега републички органи управе, и органи јединица локалне самоуправе сарађују у складу са Уставом, законом и другим прописима, ради остваривања својих права и дужности.

Органи и службе јединица локалне самоуправе у вршењу послова изворног делокруга дају органима Републике и територијалне аутономије иницијативе за уређивање односа од значаја за локалну самоуправу и за предузимање мера од значаја за решавање питања из оквира права и дужности јединице локалне самоуправе, подносе представке и дају предлоге у погледу поступања органа Републике и територијалне аутономије, траже мишљења од надлежног органа Републике и територијалне аутономије у вези са применом закона и других прописа који су од непосредног утицаја на развој и остваривање локалне самоуправе и за рад органа јединица локалне самоуправе и учествују у припреми закона и других прописа чија је садржина од посебног значаја за остваривање и развој локалне самоуправе.

У остваривању сарадње органи Републике и територијалне аутономије обавештавају органе и службе јединице локалне самоуправе, по сопственој

---

[4] У раду ће бити изложена само решења предвиђена Законом о локалној самоуправи из 2002. Решења анализираног питања садржана у одредбама Закона о територијалној организацији Републике Србије и локалној самоуправи и Закона о локалној самоуправи из 1999. биће само назначена у тексту рада или детаљније изложена у подножним напоменама.

Закон о територијалној организацији Републике Србије и локалној самоуправи, не само да није био посебан закон који уређује систем локалне самоуправе у Србији, па, сходно томе, није ни могао презентирати целовит систем локалне самоуправе, већ ни његове измене и допуне нису успеле да отклоне или ублаже низ недостатака који су настали у његовој примени. Мада је Закон о локалној самоуправи из 1999, у односу на Закон о територијалној организацији Републике Србије и локалној самоуправи, обиловао низом прецизнијих решења проблема односа државних и локалних органа, посебно у погледу надзорних мера које државни органи могу предузети према локалним органима и времена њиховог трајања, у основи се решења ова два закона битно не разликују. О овоме више: Бачанин, Н.; Управно право, Крагујевац, 2000, стр. 240-243.

[5] Закон о локалној самоуправи, Чл. 4. став 2.

[6] Исто, Чл. 105-107.

иницијативи или на њихов захтев, о мерама које предузимају или намеравају да предузму у извршавању закона и других прописа, о заштити уставности и законитости, појавама које их нарушавају и о мерама за њихово отклањање, о остваривању права грађана на локалну самоуправу, као и о другим питањима од непосредног интереса за остваривање система локалне самоуправе и за рад органа јединица локалне самоуправе. Такође пружају стручну помоћ органима и службама јединице локалне самоуправе у вези са обављањем њихових послова, а нарочито у увођењу информационог система и информатизацији послова које врше органи и службе јединица локалне самоуправе. Поред тога, траже извештаје, податке и обавештења у обављању послова из оквира права и дужности јединице локалне самоуправе, као и о другим питањима која се од интереса за остваривање улоге и за рад органа Републике и територијалне аутономије у области локалне самоуправе и врше и друге послове у складу са законом и другим прописима.

Међутим, између органа управе и органа локалне самоуправе, кад они обављају послове свог изворног делокруга, могу се успоставити и надзорни односи, при чему се надзорна овлашћења органа управе према органима локалне самоуправе своде на овлашћења изричито предвиђена законом. Да би органи управе могли вршити надзор над обављањем послова сопственог делокруга од стране органа градова и општине, неопходно је да они неким законом буду изричито овлашћени за вршење надзора и изричито одређена њихова надзорна овлашћења.

Вршећи надзор над изворним пословима локалне самоуправе,[7] органи управе остварују контролу над законитошћу обављања локалних послова, не и њиховом целисходношћу.

Тако, Влада може да, на предлог надлежног министарства до одлуке Уставног суда, обустави извршење прописа или другог општег акта органа јединице локалне самоуправе, ако сматра да ће његовим извршавањем настати ненадокнадива штета, ограничити или одузети зајамчене слободе и појединачна и колективна права грађана или теже повредити општи интерес.

Влада ће донети одлуку о обустави извршења у року од 15 дана од дана када је предлог надлежног министарства поднет.

Кад задржи пропис или други општи акт органа јединице локалне самоуправе од извршења, Влада ће одмах, а најкасније у року од 15 дана од дана обуставе извршења, покренути поступак пред Уставним судом за оцену уставности и законитости спорног општег акта.[8]

---

[7] Исто, Чл. 108-114.

[8] Чини се да би став 2. члана 108. Закона о локалној самоуправи требало преформулисати тако да Влада буде дужна (не да ће донети) да донесе одлуку о обустављању.

Затим, надлежно министарство покренуће поступак за оцену уставности и законитости статута, прописа или другог општег акта јединице локалне самоуправе пред Уставним судом ако сматра да тај акт није у сагласности са Уставом, законом или другим републичким прописом.[9]

Такође, кад министарство надлежно за послове локалне самоуправе сматра да општи акт органа јединице локалне самоуправе није у сагласности са њеним статутом указаће на то скупштини јединице локалне самоуправе ради предузимања одговарајућих мера.

Уколико скупштина јединице локалне самоуправе не поступи по добијеним предлозима, министарство надлежно за послове локалне самоуправе покренуће поступак пред Врховним судом Србије и истовремено ће предложити Влади да обустави од извршења општи акт до одлуке Врховног суда Србије.

Поред тога, ако нађе да појединачни акт органа, односно службе јединице локалне самоуправе, против кога није обезбеђена заштита у управном спору, није у сагласности са законом или другим прописом, односно с одлуком или другим општим актом јединице локалне самоуправе, министарство надлежно за послове локалне самоуправе, предложиће скупштини јединице локалне самоуправе да такав акт поништи или укине.

Ако скупштина не поступи у року од месец дана по предлозима органа, министарство надлежно за послове локалне самоуправе укинуће или поништити такав акт.

Шта више, Влада може, на предлог министарства надлежног за послове локалне самоуправе распустити скупштину јединице локалне самоуправе ако она не заседа дуже од три месеца или не донесе статут или буџет у року утврђеном законом.[10] Скупштина се распушта ако се не

---

[9] Упоредна анализа Чл, 109. Закона о локалној самоуправи из 2002. и Чл. 207. Закона о локалној самоуправи из 1999. показује да се по Закону о локалној самоуправи из 2002. година поступак за оцењивање уставности и законитости статута, прописа или другог општег акта јединице локалне самоуправе пред Уставним судом може покренути ако надлежно министарство сматра да тај акт није у сагласности не само са законом или другим републичким прописом већ и са Уставом. Законом о локалној самоуправи из 1999. године то није било предвиђено. Међутим, у важећем Закону о локалној самоуправи, није предвиђена могућност да надлежно министарство, до доношења одлуке Уставног суда, може предложити Влади да обустави од извршења тај акт.

[10] Сасвим је извесно да Чл. 112. Закона, при новом законском уређивању система локалне самоуправе, треба преформулисати. Речи "може се" из става 1. Чл. 112. Закона треба заменити изразом распушта се". У противном, скупштина јединице локалне самоуправе (тако произилази из текста Закона) може се и не мора распустити иако је испуњен један од два алтернативно наведена разлога за њено распуштање. То значи да скупштине две општине које нису у законском року донеле буџет могу доживети различиту судбину, једна може бити распуштена, а друга не.

опозове председник општине у смислу Чл. 42. Закона, када је предлог за опозив поднела скупштина општина, а Влада тада констатује наступање разлога распуштања.

До конституисања скупштине јединице локалне самоуправе послове скупштине обавља привремени орган јединице локалне самоуправе од пет чланова, који образује Влада.

Председник народне скупштине расписује изборе за одборнике у року од три месеца од дана распуштања општине јединице локалне самоуправе. Избори се неће расписати ако је до истека мандата одборника скупштине јединице локалне самоуправе остало мање од шест месеци.

Ако се у јединици локалне самоуправе не спроведу избори за одборнике или се после спроведених избора не конституише скупштина у складу са законом у року од шездесет дана од дана избора, Влада образује привремени орган.

Председник Народне скупштине расписаће нове изборе за скупштину јединице локалне самоуправе у року од три месеца од дана када је требало спровести изборе односно конституисати скупштину јединице локалне самоуправе.

Мандат одборника изабраних на овим изборима траје до истека мандата одборника скупштине јединице локалне самоуправе изабраних на редовним изборима.

При обављању послова пренетог делокруга, органи јединица локалне самоуправе хијерархијски подређени органима управе који имају генерално овлашћење да врше надзор над обављањем свих поверених послова од стране органа локалне самоуправе.

Тако, орган државне управе има права и дужности према органима локалне самоуправе да тражи извештаје, податке и обавештења о вршењу поверених послова, даје обавезне инструкције, упозори на неизвршавање поверених послова и утврди рок за извршавање који не може бити дужи од тридесет дана, непосредно преузме извршавање појединог управног посла ако га надлежни орган, и поред упозорења, не изврши, преузме на одређено време извршавање поверених послова од органа који их не врши, а решењем функционера који руководи органом државне управе одређује се време и начин преузимања извршавања, привремено упути на рад радника министарства у орган коме су поверени послови, пропише услове које морају испуњавати запослени у органу који врше поверене послове у погледу врсте и степена школске спреме, радног искуства, посебних знања и броја запослених, а који се уносе у акт о систематизацији тог органа, прописује начин вођења евиденције у вези са повереним пословима, укине или поништи акте органа, односно организације донете у вршењу поверених послова, осим аката донетих у управном поступку, наложи доношење прописа за које је орган, односно организација овлашћена, с

тим што ће министарство донети такав пропис ако га орган, односно организација не донесе.

У неким случајевима органу који није извршио поједине управне послове, односно који не врши поверене послове ускратиће се одговарајућа средства за финансирање тих послова.

Ако орган који врши поверене послове не поступи у складу са налогом органа управе, овај орган може покренути питање одговорности функционера који руководи тим органом, односно организацијом.[11]

Поједини послови инспекцијског надзора законом се могу поверити органима општина, града Београда, градова и аутономних покрајина.[12]

Када је вршење појединих инспекцијских послова поверено органима јединица локалне самоуправе, инспектор има у односу на те органе право и дужност да издаје обавезне инструкције за извршавање закона и других прописа и за вршење послова, као и да контролише њихово извршавање, остварује непосредан надзор над њиховим радом, врши непосредан инспекцијски надзор у свим пословима и са свим овлашћењима ако их локални орган не врши, одузме овлашћење појединoм инспектору и предложи утврђивање одговорности у органу јединице локалне самоуправе, који послове не обавља благовремено, стручно, законито и савесно, организује заједничке акције са органима јединица локалне самоуправе када то потребе захтевају и тражи извештаје, податке и обавештења о вршењу поверених послова инспекцијског надзора.[13]

Упоредноправно посматрано, решења која су у погледу односа органа управе и органа јединица локалне самоуправе предвиђена у важећем Закону о локалној самоуправи несумњиво имају сличности са решењима овог питања која су прихваћена у прописима других европских земаља, али се од њих често знатно разликују.[14]

Тако, у Немачкој, као земљи са дугом традицијом локалне самоуправе, јединице локалне самоуправе (окрузи, слободни градови ван округа и општине у саставу округа, а ове последње могу бити: велики градови у саставу округа, градови у оквиру округа, самосталне општине и општине

---

[11] Закон о државној управи, Чл. 21.
Закон о државној управи, "Службени гласник Републике Србије", 20/92.
[12] Исто, ЧЛ. 22. став 3.
[13] Исто, Чл. 28.
[14] Више: упоредна искуства локалних самоуправа, Београд, 2002.
Иначе, у раду ће бити изложена само основна решења односа централних и локалних органа, као и основни правци развоја локалне самоуправе у неким, по мишљењу аутора, типичним европским државама када је реч о овом питању: Немачкој (као земљи са дугом традицијом локалне самоуправе), Шпанији (као земљи која је успела да концепт локалне самоуправе прилагоди својим приликама и потребама, уносећи у њега низ нових решења), Шведској и Норвешкој (као савременим развијеним европским земљама) и Пољској и Чешкој (као земљама транзиције).

повезане у управне заједнице) обављају две врсте послова - самоуправне и пренете послове. самоуправни послови, могу бити добровољни и обавезни. Поред овога, локални органи могу обављати и обавезне послове према упутствима, а они нису ни самоуправни, ни пренети послови (послови по налогу).

У немачком праву, као и у нашем, однос централних и локалних органа зависи од врсте посла који локални органи обављају.

Код вршења пренетих послова, органи јединице локалне самоуправе само су извршни органи који стриктно поступају по налозима виших инстанци, а ове, у односу на њих, имају неограничено право давања упутстава (тзв. "неограничени стручни надзор").

Насупрот овоме, код добровољних самоуправних послова, а њих је све мање, јединице локалне самоуправе потпуно слободно одлучују да ли ће неки од таквих послова обавити и на који начин. Више инстанце им тада не могу давати било каква упутства.

Код обављања преосталих послова (обавезних самоуправних послова и обавезних послова према упутствима), локални органи подлежу различитом утицају централних органа - савезних и покрајинских, зависно од врсте посла који обављају. Он је најслабији при вршењу обавезних самоуправних послова, где се локалним органима законом само налаже извршавање неког посла, не и начин његовог извршавања. Ту обавезних упутстава нема, а надзор има облик правног надзора (централни орган само утврђује да ли је локални орган при вршењу посла поштовао закон или не). Међутим, код обавезних послова према упутствима, локалним органима законом је прописано не само да морају извршити посао, већ и начин његовог извршавања, а према добијеним упутствима (тзв. "посебан правни надзор").

Могло би се рећи да се немачки концепт локалне самоуправе у потпуности уклапа у основну тенденцију савременог света када је реч о уређивању односа државних и локалних органа - тенденцију јачања утицаја централних органа у односу на локалне, како у функционалним, тако и у организационом смислу. Не само да је регулативна аутономија немачке локалне самоуправе сведена на минимум (мали је број области које централни органи не уређују својим прописима), него се централним органима, позивањем на општи интерес, пружа могућност интервенисања у сфери класичних локалних послова.

Систем локалне самоуправе скандинавских земаља произашао је из концепта државе благостања, ослоњене на демократизовану и децентрализовану власт, како у хоризонталном, тако и вертикалном смислу.

За разлику од немачког система локалне самоуправе, а слична решења су прихваћена и у низу развијених западноевропских земаља са дугом традицијом локалне самоуправе, у коме је повучена јасна линија

правнополитичког раздвајања централне власти и локалне самоуправе, пропраћена организационим и институционалним мерама надређености и подређености, у скандинавском систему локалне самоуправе таквог раздвајања нема. Напротив, скандинавске земље су се определиле за тзв. "интеграциони модел локалне самоуправе", у коме сфере државе и локалне самоуправе нису стриктно раздвојене и строги хијерархијски устројене, бар у функционалном погледу. Локалне управе се сматрају инструментима остваривања државних програма. Државни програми, пак, увек су резултата рада и централних и локалних органа, било да програм искључиво утврђује централна власт, док га локални органи само реализују, било да програм и утврђује и реализује локална самоуправа, јер и тада централна власт учествује на одређени начин у постављању програма (нпр, одобрава га).

Тако се у шведском концепту локалне самоуправе односи централних органа и локалне самоуправе третирају као "односи непрекидне сарадње", а локална самоуправа дефинише као локална администрација која је у већој или мањој мери интегрисана у државу.

Држава утврђује опште оквире активности локалних органа, уредбама и другим прописима утврђује смернице за њихов рад и преко својих служби врши надзор. Чак и код обављања класичних локалних послова, органи локалне самоуправе се налазе под надзором државе у одређеном смислу, јер законски прописи (пре свега Закон о локалној самоуправи из 1991.) уређују, и то детаљно, прописе о начину остваривања различитих програма. Додуше, у последњих десет година законодавство Шведске, кад је реч о локалној самоуправи, карактеришу три процеса - дерегулација, промена прописа и доношење нових прописа. Из тих (и других) разлога, могло би се рећи да је Шведска "децентрализована држава са социјалном заштитом и са политички и професионално јаким општинама које имају широк спектар одговорности".[15]

Концепт локалне самоуправе Шпаније, а у оквиру њега питање односа централних и локалних органа, посебно је интересантан за нашу правну и политичку теорију и праксу. Не толико због решења која садржи, колико због полазне идеје да концепт локалне самоуправе мора са одговара потребама и интересима свих нација које настањују територију земље и испоштује и усклади специфичности различитих региона, проналазећи најбоља решења за њихову интеграцију у једну државу. За разлику од нашег позитивног права и правне теорије, који се често знали да без "провере примењивости" и без вођења рачуна о специфичностима и потребама нашег система, у наше позитивно право пренесу решења страних правних система, образлажући такав поступак потребом

[15] Упоредна искуства локалне самоуправе, стр. 102.

усклађивања домаћег позитивног права са правним системима савремених европских високо развијених демократских држава, шпанска правна теорија и позитивно право, при формулисању концепта локалне самоуправе, нису прихватили ни један већ испробани модел територијалне децентрализације, нити су покушали да дефинишу неки "потпуно нови модел".

Решење проблема конституисања система локалне самоуправе пронашли су у формули да Устав Шпаније (из 1978.) призна и гарантује право на аутономију националностима и регијама које успоставе, као и солидарност између свих њих, у оквиру заједничке и недељиве домовине свих Шпанаца, укључујући и нераздвојиво јединство шпанског народа.[16]

Тако, Устав Шпаније признаје националностима и регијама право на самоуправу, али их он аутоматски не конституише - аутономије се могу формирати на различите начине.

Једне, од момента образовања имају највећи степен самосталности, а друге, ограничени степен, уз могућност каснијег проширења овлашћења, што зависи од њиховог избора.

Систем односа централних и локалних органа (органа аутономија) је изузетно сложен, не само зато што се аутономије међусобно разликују у погледу степена самосталности, већ и стога што је шпански систем односа централних и локалних органа систем у коме се преносе функције, а не области односа. Друкчије речено, у овом систему је могуће да нека област односа, на пример заштита човекове средине, истовремено буде област надлежности државе и аутономије, с тим што свака од њих у тој области обавља различите функције (примера ради, држави остаје законодавна, а остале функције припадају некој аутономији).

Највећи део односа државних и локалних органа Шпаније је управо овакав. У пракси је он пропраћен низом проблема и конфликата који су превасходно изазвани постојањем великог броја аутономија формираних у различито време, па, сходно томе, и са различитим степенима самосталности.

Поред овога, шпанска држава и аутономије имају и своју искључиву надлежност.

Листа искључиве надлежности шпанске државе није затворена чланом 149. 1 Устава (у коме се набрајају искључиве надлежности државе), већ се њен "наставак" у сваком конкретном случају може тражити у другим

[16] Формулација Чл. 2. Устав Шпаније из 1978. морала би бар да потакне на размишљање наше правне и политичке теоретичаре. Ако је Шпанија просветлила пут, зашто се тај пут барем не прегледа, не мора се и прихватити, ако се већ зна да и наша држава обилује бројним нацијама и националним мањинама и регионима различитим по својој историји, величини, обичајима, вери, потребама, економији и др.

одредбама Устава у којима се држави додељују нове конкретне надлежности.[17]

Искључива надлежност аутономија предвиђена је двојако - негативно и позитивно. Према Уставу, аутономије могу имати све надлежности које Уставом нису предвиђене као искључиве надлежности државе (негативно), али и оне надлежности које су изричито предвиђене њиховим статутима (позитивно). Практично, да би се утврдило да ли је нешто у надлежности аутономије, неопходно је погледати њен Статут и Устав.

Иначе, у пословима из своје искључиве надлежности држава и аутономија могу предузимати све врсте мера.

Обзиром да је локална самоуправа у нас транзициона област, као и низ других области, чини се да су за концепт наше локалне самоуправе посебно значајна искуства која су на овом пољу имале оне државе централне Европе (Пољска, Чешка, Мађарска и др.) код којих је процес све обухватније транзиције већ окончан, или је то бар у знатној мери.[18]

Тако, у Чешкој, министарства и други централни органи, заједно са територијалним телима која су им подређена, чине централну власт. Особеност чешке државне управе огледа се у постојању органа централне власти који своје послове, а у име централне власти, обављају на окружном и регионалном нивоу као деконцентрисани и од центра одвојени органи (разна територијална тела). Територијалну управу Чешке чине окружни и локални органи.

Општински органи, као органи локалне самоуправе, имају двојаку надлежност - изворну и пренету.

У вршењу послова изворне надлежности, општински органи су потпуно независни од органа управе (централни органи), а сама изворна надлежност је уређена законима и другим правним прописима (прецизно утврђене јавне дужности општина). Органи државне управе не могу опозивати акте локалних органа донете у вршењу изворне надлежности. То право, и то као изузетак, имају једино Парламент и Уставни суд, а окружне канцеларије, као вршиоци државне управе контролисани од стране централне власти, ове акте могу само суспендовати.

Послове пренете надлежности (функције које је државна управа доделила општини, и чије извршавање контролише окружна канцеларија) општински органи извршавају у складу са посебним законима, руководећи се законским одредбама и одлукама и смерницама централне власти.

---

[17] Ваља запазити да су само неке од области у искључивој надлежности државе заиста у њеној искључивој надлежности (држава врши све функције у тим областима). Најчешће се у овим областима надлежност државе своди на законодавну функцију, не ретко само на доношење основних закона, док су вршење осталих функција државе у тим областима њене искључиве надлежности преузеле аутономије.

[18] Више: Упоредна искуства локалне самоуправе, стр. 133-213.

Однос између централних и локалних органа, при вршењу ових послова, је хијерархијске природе.

У основи је на сличан начин уређен однос централних и локалних органа и у Пољској, бар када је реч о односу централних и општинских органа.[19]

Општине, као основне и најважније јединице локалне самоуправе, у оквиру своје надлежности имају три врсте послова: сопствене, делегиране и поверене (са или без сагласности општине) послове. Сопствена и делегирана надлежност се општини преноси законом, а поверена, специјалним споразумом. Однос између општинских и централних органа зависи од врсте посла које општински органи обављају.

У обављању сопствених и делегираних послова (први се врше у складу са локалним потребама и одговорностима, а други, у складу са стандардима постављеним од стране централне власти), општински органи су самостални. Централни органи могу, при вршењу ових послова од стране општинских органа, вршити само контролу законитости, ефикасности и ефективности њиховог обављања. Овакав вид контроле централних органа простире се и над повереним пословима, али само оним код којих, да би били поверени није довољно да их централни орган жели да повери локалном органу, већ је неопходно да се са поверавањем сагласи и општински орган (поверавање и споразумно прихватање на добровољној основи).

У обављању класичних поверених послова, општински органи хијерархијски су подређени централном органу.

Нешто друкчије је уређен однос централних и окружних и централних и покрајинских органа, но, анализа ових односа превазилази намену рада.

ЗАКЉУЧАК

Закон о локалној самоуправи из 2002. године, полазећи од поставке да локална самоуправа представља основу демократског уређења сваке државе, посебно оне, као што је наша, која жели да кроз транзиционе процесе прерасте у савремену развијену демократску државу, представља озбиљан корак напред у погледу организације и функционисања јединица локалне самоуправе. Ово посебно важи за један од основних проблема сваког концепта локалне самоуправе - питање односа централних и локалних органа, обзиром да се кроз начин његовог уређивања рефлектује, и то у знатној мери, усвојени концепт локалне самоуправе.

[19] Од 1990. до 1999. општине су биле једине јединице локалне самоуправе у Пољској. Од 1990. до данас учињени су значајни помаци у правцу успостављања локалне самоуправе на окружном и покрајинском нивоу.

У реалним политичким, економским и правним условима, водећи рачуна о решењима прихваћеним у савременим демократским европским државама, укључујући и она презентирана у Европској повељи о локалној самоуправи, законодавац је повукао јасну линију разграничења између изворног и повереног делокруга јединица локалне самоуправе, постижући, чини се, рационалну расподелу надлежности између органа управе (и других државних органа) и органа јединица локалне самоуправе.

У погледу вршења изворних послова, Законом је установљен принцип самосталности органа локалне самоуправе, и то знатне самосталности, обзиром да "потпуна аутономија" јединица локалне самоуправе није могућа, осим као теоријски модел. Обављање ових послова је искључиво право локалних органа, које може бити ограничено или ускраћено само под условима утврђеним Уставом и законом, и то у ванредним ситуацијама. Да би органи управе могли да врше надзор над обављањем изворних послова од стране органа јединица локалне самоуправе неопходно је да они неким законом буду изричито овлашћени за вршење надзора и изричито буду одређена њихова надзорна овлашћења. При том, надзором се може вршити само контрола законитости обављања локалних послова, не и целисходности.

При вршењу пренетих послова, а они могу бити поверени свим појединим општинама и/или градовима, укључујући и послове инспекцијског надзора, огранi јединица локалне самоуправе су хијерархијски подређени органима управе. Органи управе имају генерално овлашћење да врше надзор над обављањем свих поверених послова од стране јединица локалне самоуправе.

Упоредноправно посматрано, српски концепт локалне самоуправе се не би могао сврстати у неки од познатих модела локалне самоуправе, не само зато што је колико толико прилагођен постојећим економским, политичким и правним условима, већ зато што обухвата решења која већ постоје, али у правним системима различитих држава. У том смислу се концепт наше локалне самоуправе, кад је реч о односу централних и локалних органа, може у одређеној мери сматрати и оригиналним.

Nevenka Bačanin, a full-time professor

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE ADMINISTRATION BODIES AND THE UNITS OF LOCAL ADMINISTRATION - THE CONCEPT OF LOCAL GOVERNMENT

If we assume that the local government represents the basis of the democratic system of every country, especially the country like Serbia which has been passing through the transition process striving to become a modern and developed state, then we can conclude that the Act on local government passed in 2002 represents a step forward as for the structure and function of the local government units. This applies in particular to one of the basic problems of each concept on local government - the issue on the relationship between the central and local government bodies.

Taking into account the existing political, economic and legal circumstances, as well as the solutions adopted in modern democratic countries in Europe (including those from the EU charter on local government), the legislators drew a clear distinction between the original and assigned range of activities of local government units. In this way they achieved a reasonable distribution of competences between the state administration bodies and the local government units.

As for the execution of the original activities, this law establishes the principle of independent units of local government which enjoy very large autonomy (a complete autonomy is not possible except as a theoretical model). This means that the organs of local authorities have an exclusive right to perform these activities and this performance may be restricted only in emergency situations by constitution. The state government bodies can only control the legality of original activities performed by local government bodies and cannot interfere into the content of these decisions.

In exercising the assigned competences (and they can be assigned to all or to specific municipalities, including the activities of inspection supervision) the local government units are subordinated in hierarchy to the state government. This means that the central authority can perform general supervision over all the assigned activities of the local government.

The Serbian concept of local government, comparatively speaking, can not be classified into any of existing local government models because it was developed to suit the existing economic, political and legal conditions. In this

sense it is a unique model of the local government concept. Still, it embodies some of the solutions found in different European legislations.

Др Радоје Брковић,
редовни професор

***UDK**: 334.73(497.11)*
331.5.024.5(497.11)

ОМЛАДИНСКО (СТУДЕНТСКО) ЗАДРУГАРСТВО И АНТИКОНКУРЕНТСКА КЛАУЗУЛА

I Појам задруге

Према Закону о задругама из 1996. године, задруга је облик организовања задругара у којој они, пословањем на задружним принципима: добровољности, солидарности, демократичности, економског учешћа, једнаког права управљања, самосталности, задружног образовања и међузадружне сарадње, остварују своје економске, социјалне и културне интересе.[1]

Из овако дате дефиниције задруге може се закључити: а) да је задруга искључиво облик организовања задругара као физичких лица, односно она је пре свега удружење личности; б) пословање задруге заснива се на задружним принципима и ц) задругари оснивају задругу у циљу остварења својих економских, социјалних и других интереса.

Да би задруга настала и функционисала неопходно је да буду испуњена горе наведена три елемента.[2] Другим речима то значи да задругу могу оснивати искључиво физичка лица, изузев ученичких задруга које оснивају школе и домови ученика, као и да се задруга не може организовати као предузеће, нити се може спојити или припојити предузећу.

Задруге се могу оснивати или пословати са уделом или без удела у складу са уговором о оснивању или задружним правилима.

Задруга је привредни субјект специфичног карактера и разликује се од предузећа у односу на: мотив и циљ настанка; унутрашњу организацију; односе који се успостављају између задругара и задруге; управљање и др. Полазећи од наведених специфичности, одређивање задруге као друштва лица је неопходно и корисно, али и недовољно, пре свега због дилема о

---

[1] Сл. лист СРЈ, бр. 41/96.
[2] Чл. 1. Закона о задругама.

правној природи својине у задрузи, што је од посебног значаја за процес приватизације.

На основу Закона о задругама, студентска задруга самостално доноси аутономне акте којима регулише свој статус и статус задругара као и других субјеката са којима задруга ступа у одређене правне односе. Значи, аутономни акти у студентском задругарству су акти које доносе студентске задруге и студентски задружни савези. Ти акти су: Општа правила и правила о задружној ревизији која доноси Савез студентских и омладинских задруга Југославије и Задружна правила која доноси Скупштина студентске задруге и којима се на општи начин уређују односи у задрузи и пословање задруге. У опште акте задруге спадају: правила, правилници и одлуке.

И аутономни акти студентског задругарства, као и акти других облика привређивања, морају бити у складу са законом. Међутим, осим овога, постоји и међусобна усклађеност нижих аката са вишим аутономним актима.

Полазећи од чињенице да се до посла лакше и брже долази организовањем задругара у задруге, у наредним излагањима посветићемо пажњу неким основним одликама и особеностима омладинског и студентског задругарства.

II Специфичности омладинског (студентског) задругарства

Омладинске и студентске задруге изричито су наведене у чл. 3. ст. 8. Закона о задругама, као посебна и специфична врста задруга. Прво, оснивачи ове задруге су студенти и незапослена лица од 15 до 35 година старости и само она могу обављати делатност ове задруге. Друго, задругари који су стекли статус задругара као оснивачи задруге и задругари који су тај статус стекли након оснивања задруге имају иста права[3].

Минималне године живота за стицање својства задругара истоветно су одређене као и у општем режиму заснивања радног односа. Горња граница када неко лице може постати задругар је 35 година живота. Изнад ове границе, по задружним правилима, која представљају аутономне акте задругара, није могуће стећи својство задругара. Овај услов у општем режиму заснивања радног односа, одређује се као посебан услов у погледу одређених година живота за заснивање радног односа. Специфичност студентског задругарства је и начин доказивања испуњености овог услова. Наиме, лица која желе да докажу одређене године живота и да имају

[3] Ово произилази из одредби Закона о задругама, као и из одредбе чл. 16. Општих правила омладинског и студентског задругарства.

одређени статус то својство доказују: личном картом или другом јавном исправом којом се може утврдити идентитет; радном књижицом; индексом, или ђачком књижицом. Осим ових исправа, које имају карактер јавних, за незапослена лица тражи се картон од Националне службе за запошљавање, потврда о студирању, односно школовању.

Полазећи од принципа солидарности, хуманости и задовољавања ширих интереса, статус задругара изузетно, може стећи и незапослено лице које је старије од 35 година ако су испуњени следећи услови: да се ради о лицу које је тешког социјалног и материјалног стања, избеглици и другом социјално угроженом лицу; ако се ради о потреби ангажовања за рад на специфичним пословима у шумарству, пољопривреди и туризму, а који се не могу благовремено извршити на други начин.

Из Закона о задругама, и по задружним правилима произилази да број задругара који су старији од 35 година, а који се радно ангажују под горе написаним условима, не може бити већи од 10% од укупног броја задругара на дан 31. децембра текуће године.

III Привремени и повремени послови

Према делатности студентске задруге обављају повремене, привремене и стручне послове, односно послове за послодавца за које нема обавезу, а ни услове за заснивање радног односа. Задруга се не може регистровати нити стварно може обављати друге послове, а нарочито не послове ради остварења добити.

Када се ради о привременим и повременим пословима који се обављају посредством задруге, онда се за одређење тих послова примењују прописи о радним односима (како општи режим, тако и посебни режими).

Привремени послови су краткотрајно континуирани послови[4] (нпр. продаја картица за игру на срећу, аквизитерски и инкасантски послови који се привремено обављају итд). Њихово трајање Закон о раду Републике Србије одређује на 180 радних дана у календарској години и истовремено, у члану 125. овлашћује послодавца да може да закључи уговор са лицем које је члан омладинске или студентске задруге. При том радно законодавство не садржи одредбе којима би се ближе уредило питање закључивања уговора о привременом раду посредством омладинске или студентске задруге, што налаже супсидијарну примену одговарајућих одредби Закона о задругама и Општих правила омладинског и студентског задругарства.

[4] З. Ивошевић, Коментар Закона о радним односима Србије, Београд, 1998. стр. 533.

Концепцијски и са становишта преузетих међународних радних обавеза које произилазе из ратификоване конвенције Међународне организације рада бр. 88. о служби запошљавања, постављају се два основна питања. Прво, да ли је компатибилно са међународним радним стандардима посредовање у запошљавању омладинских и студентских задруга или је то искључиво надлежност јавних служби за посредовање и специјализованих предузећа за привремени рад. И друго, да ли је посредовање у радном ангажовању спојиво са суштином задругарства.[5] Сматрамо да систем омладинског и студентског задругарства има низ специфичности које нису довољно прецизно регулисане у недостатку адекватне законске регулативе, али истовремено и да нису у супротности са преузетим међународним обавезама. Оно што би у будућности могло да се појави као проблем је ратификација Конвенције МОР-а бр. 96. о службама за запошљавање уз накнаду која прописује да ће све службе за запошљавање које наплаћују своје посредовање у запошљавању бити стављене под надзор надлежне јавне власти која ће, с друге стране, одлучивати о одобравању или продужењу дозволе за рад. Тренутно се за посредовање преко омладинских и студентских задруга у нашем праву не захтева прибављање одобрења од стране надлежне власти, нити се тражи сагласност за њихов трошковник.

Повремени послови су послови који се не врше у континуитету, већ с времена на време (нпр. послови редара на спортским такмичењима, инкасантски послови итд)[6]. Непредвидивост периода и променљивост периода рада јесте обележје које овај облик рада разликује од привременог рада. Уговор о повременом раду се закључује на одређено време, а може бити закључен и на неодређено време, с тим да трајање ефективног рада и периоди извршавања рада нису унапред познати, али је позната природа и врста рада, висина зараде и место рада.

Законом о задругама прописано је да омладинске и студентске задруге обезбеђују задругарима да не организован начин за потребе послодавца обављају привремене, повремене и сличне послове за које се не заснива радни однос. Сматрамо да је и Закон о раду у сагласности са овом одредбом, иако постоје неке сличности са радним односом. На пример, сама чињеница да се обавља рад гарантује задругару нека права по основу рада: право на осигурање за случај повреде на раду и професионалног обољења, право на одмор у току рада, право на здравствено, пензијско и инвалидско осигурање.[7]

---

[5] Видети више, Б. Лубарда, Уговор о привременом раду, Часопис за радно и социјално право бр. 1-3/2000, стр. 152.
[6] П. Јовановић, Радно право, Нови Сад, 1998, стр. 169.
[7] Ово је и став судске праксе (Врховни суд Србије, Рев. 1341/93).

Послодавац може радно да ангажује задругара преко омладинске или студентске задруге, под условом да то лице има упут од задруге за рад код послодавца, или се закључује уговор између задруге и послодавца којим се утврђују права, обавезе и услови рада члана задруге код послодавца. Међутим и поред уговора између послодавца и задруге, односно упута задруге, према одредбама члана 125. Закона о раду закључује се уговор између послодавца и задругара кога послодавац радно ангажује. Уговор мора бити у писаном облику и мора да садржи: врсту и начин извршења посла, рок извршења посла, радно време и висину накнаде за рад.

Када се привремено-повремени послови обављају од стране члана омладинске или студентске задруге, важе правила као и када их обављају остала лица – незадругари. У овом случају, поред уговарања послова, потребно је и да се ради о пословима који су из делатности послодавца, као и да не трају дуже од 180 радних дана у календарској години. Ово законско ограничење од 180 дана, сматрамо, односи се на временско, а не на количинско ограничење одређеног посла, па је стога могуће да задругар на овај начин ради код више послодаваца или да код истог послодавца прелази са једног на други посао, закључујући посебне уговоре за сваки посао.

IV Делатност омладинских (студентских) задруга

Студентске задруге су облици нетржишног и непрофитног привређивања. За разлику од других задруга, ова задруга се не оснива и не послује са уделима задругара. Студентска задруга се оснива као самостална економска организација задругара која се заснива на принципима солидарности и добровољности, с циљем "стицања радних искустава, развијања способности и практичних знања за рад, изградње стваралачког односа према раду и продуктивног коришћења слободног времена у току школовања и чекања на запослење и стицање средстава радом"[8]. Значи, задругари у пословање задруге улажу свој рад, жељу и потребу да тим радом, радећи код послодавца на његовим средствима, обезбеде себи средства ради задовољавања својих потреба. С тога, полазећи од циљева ове задруге, није дозвољена провизија у вези са радом задругара.

Делатност студентске задруге остварује се тако што задругари обављају стручне и друге послове за наручиоца посла (послодавца) а ради постизања горе наведених циљева. Значи, делатност ових задруга може се доста широко тумачити. Делатност мора бити уписана у судски регистар. У пракси, поставља се питање каква ће бити правна судбина ако задругари

[8] Б. Шундерић, Приручник за полагање правосудног испита, Београд, 1998, стр. 694.

обављају и послове за које задруга није регистрована, а добили су упут од задруге за обављање тих послова. Сматрамо да штетне последице не сме да има треће лице под условом да је савесно, с тим што задруга може бити кажњена за привредни преступ због тога што је задругару дала упут за обављање послова који не спадају у регистровану делатност[9].

Задругари се радно ангажују на основу упута-уговора. У студентском задругарству упут-уговор садржи следеће елементе: назив и адреса студентске задруге; назив и адреса наручиоца посла; име члана задруге са бројем чланске карте; послови који треба да се изврше; потписи овлашћеног лица задруге; потврда којом наручиоц посла потврђује да је задругар својим личним радом обавио уговорене послове и на крају потпис наручиоца посла.

На основу наведених елемената упута-уговора може се закључити да је то акт којим се, у правном смислу, задруга, задругар и наручилац посла правно обавезују да испуне обавезе које су у путу наведене.

Међутим, осим упута-уговора, у пракси, задруга и наручилац посла унапред закључују уговоре о пословној сарадњи. Уговор о пословној сарадњи[10] закључују задруга, у име и за рачун задругара, и послодавац. Предмет овог уговора је обављање повремених, привремених, сезонских и сличних послова за које се не заснива радни однос.

Послодавац не може распоредити задругара на послове супротно прописима о заштити жена и омладине, као и на послове са повећаним ризиком који утичу на здравље и живот задругара.

Врста појединачног посла уписује се на упуту за рад који издаје задруга на захтев послодавца или задругара. Упут за рад има карактер анекса и саставни је део овог уговора под условом да послодавац није дао примедбе на његов садржај, пре распоређивања задругара на посао.

Послове који су предет уговора о пословној сарадњи, обавља задругар лично, под стручним надзором у организацији послодавца-значи исто као и запослени, с тим што се положај запосленог по много чему разликује од положаја задругара.

Накнада за рад (зарада задругара) обрачунава се на основу обима и квалитета обављеног посла и основа за обрачун зарада задругара које утврђује Савез омладинских и студентских задруга Југославије.

Занимљиво је истаћи да се овим уговором послодавац обавезује да укупан (бруто) износ накнаде за рад задругара уплаћује одмах на жиро рачун задруге, а најкасније у року од седам дана по завршетку посла.

---

[9] Р. Бусарац и др, Коментар Закона о задругама, Београд, 1996, стр. 88.

[10] Образац овог уговора утврдио је Савез омладинских и студентских задруга Југославије на основу чл. 40. Општих правила.

У пракси постоји доста спорова поводом ове клаузуле уговора о пословној сарадњи. Честа су кашњења исплате бруто износа накнаде за рад задругара, због чега настају проблеми на релацији задруга-задругар. Све ово доводи до неповерења у овај облик запошљавања, због чега је неопходно да се предвиде санкције, хитног карактера, за непоштовање обавеза утврђених уговором.

Овим уговором задруга се обавезује да задругару исплати нето зараду одмах, а најкасније у року од три дана, након уплате од стране послодавца. Нејасно и непрецизно је одређен рок од три дана, као и због чега је потребно три дана. Некада је то за задругаре, у данашњем систему обрачуна и плаћања, дуг рок. Стога, тај рок мора бити краћи, иначе се губи мотив за овај облик рада.

На крају, уговор о раду се закључује на неодређено време. Ова клаузула збуњује. Сматрамо да је треба другачије формулисати како би се избегла дискриминација у запошљавању, која је и у студентском задругарству присутна, о чему доказ можемо наћи у бројним споровима, како пред арбитражом, тако и пред надлежним судом.

У пракси постоје одређене недоумице поводом примене чл. 8. Закона о задругама којим је прописано да задруга може обављати послове и са незадругарима и за незадругаре. Поставља се питање где је граница до које се то може радити а да се не повреде одредбе задружних правила о циљевима студентског задругарства.

На основу правила и општих аката студентских задруга произлази да се задругари не могу радно ангажовати на пословима који се обављају под посебним условима рада. Ово је у складу са чињеницом која се популација ангажује за рад у студентским задругама и са општим режимом посебне заштите омладине. Међутим, у пракси ова одредба може представљати основ за дискриминацију поводом добијања упута за рад.

V Средства омладинских (студентских) задруга

Средства за своје пословање студентска задруга обезбеђује чланарином. Чланарина се састоји из два дела: фиксног и варијабилног. Фиксна чланарина се плаћа годишње, а заснива се на чињеници да је физичко лице постало задругар, да је учлањено у студентску задругу. Овом чланарином покривају се основни трошкови пословања и заједничке потребе задруге и задругара. Варијабилна чланарина се одређује у зависности од висине накнаде остварене за рад задругара и изражава се у проценту који је исти за све задруге и задругаре.

У пракси се поставља питање како разумети и применити одредбу чл. 4. ст. 4. Општих правила омладинског и студентског задругарства, којом је прописано да се висина, рок и начин уплате чланарине, како фиксне, тако и варијабилне, регулише општим актом задруге, а на основу критеријума

који су одређени Општим правилима омладинског и студентског задругарства и другим општим актима Савеза омладинских и студентских задруга Југославије. Овом одредбом свакој задрузи, сходно принципу аутономности, даје се право да својим општим актом одређује висину, рок и начин уплате чланарине. Значи, уважавају се специфичности сваке задруге, полазећи од следећих критеријума: величине студентске задруге, броја задругара, подручја на коме послује, да ли на тој територији постоје и друге студентске задруге и сл. Стога, сматрамо да је ова одредба у реду. Али, други део одредбе чл. 4. ст. 4. не може да се прихвати из два разлога. Први, јер се оваквим нормирањем повређује принцип самосталности задруге, и други, јер се поставља питање шта је са задругама које нису чланице Савеза? Ако се прихвати ова одредба, онда се не поштује принцип добровољности студентске задруге. Сматрамо да ова одредба мора бити промењена уз уважавање основних задружних принципа.

VI Циљеви омладинских (студентских) задруга

Циљеви студентске задруге су специфични у односу на друге врсте задруга. Наиме, циљеви студентске задруге су да се њеним оснивањем омогући и стимулише запошљавање студената, ђака и незапослених лица у циљу постизања одређених интереса у економско-социјалној, хуманој и васпитно-образовној сфери друштвеног живота[11].

Полазећи од правног карактера задруге као непрофитне институције, задругу не могу оснивати предузећа, установе ни друга правна лица, као ни друга физичка лица осим студената, ученика и незапослених. Из правне природе задруге може се закључити да ни правна ни физичка лица не могу, према позитивном праву, бити власници студентске задруге.

За разлику од других задруга, а полазећи од циљева који се желе постићи оснивањем студентске задруге, код ове задруге посебно су значајни следећи задружни принципи: принцип солидарности; принцип узајамности и хуманости (нарочито изражени код распореда послова, повреда на раду, тежих болести, помоћи тешко оболелог у породици и сл.) и принцип правичности.

Код студентских задруга специфично је да се код свакодневног извршавања послова, који су означени у упуту-уговору, остварује однос послодавац – послопримац. Ко је послодавац опште је познато, али послопримац је студентска задруга која у том правном односу наступа у своје име и за свој рачун, или у име и за рачун задругара.

[11] М. Влатковић, Омладинске и студентске задруге у задружном систему, Београд, 1999, стр. 78.

Код студентског задругарства постоје одређени елементи који по својим особинама подсећају на синдикат. Наиме, задружним повезивањем кроз доношење одређених аутономних општих аката утврђују се: критеријуми помоћу којих се одређује минимална накнада за рад задругара; ефикаснија наплата накнада; бољи и хуманији услови рада задругара код послодавца.

VII Права, обавезе и одговорности задругара

Када се ради о правима, обавезама и одговорностима задругара онда се мора истаћи који су задружни принципи значајни не само за стицање и престанак својства задругара, већ и за њихова права, обавезе и одговорности.

По принципу добровољности задругар слободно изражава своју вољу при оснивању, приступању и иступању из задруге. Овај принцип подразумева и добровољно преузимање права и обавеза.

Општим правилима омладинског и студентског задругарства (чл. 31) прописана су понашања супротна задружном начелу добровољности (условљавање ангажовања задругара чланством у одређеној задрузи, као и преузимање задругара од стране друге задруге, без његове претходне сагласности).

Статус задругара стиче се потписивањем приступнице, уплатом удела задругара (чланарина) и издавањем чланске карте. На одлуку којом се одбија пријем у задругу, може се уложити жалба скупштини задруге у року од 15 дана од дана пријема одлуке. Одлука скупштине је коначна.

У пракси настају проблеми поводом примене аката студентског задругарства у вези органа који доноси одлуку о стицању статуса задругара. Сматрамо да би то могао бити управни одбор студентске задруге јер би се тако задовољио и принцип објективности и принцип оперативности.

Чланство у задрузи задругар обнавља сваке календарске године уз подношење доказа да се испуњавају услови и уплатом чланарине за текућу годину чиме се сматра да је чланство обновљено.

Сва лица која испуњавају услове прописане општим актом студентске задруге, могу под истим условима стећи статус задругара и имати иста права, без обзира на националну, верску, политичку и полну припадност. За студентско задругарство итекако је значајан принцип демократичности, принцип једнаког управљања задругама, као и принцип неутралности (политичке, верске и сваке друге). Сматрамо да је у студентском задругарству за остваривање права, обавеза и одговорности задругара, врло значајна потпуна примена наведених задружних принципа, јер се на тај начин могу спречити одређени облици дискриминације у запошљавању наведених категорија лица.

Правилима студентске задруге утврђује се права и обавезе задругара, у обиму који не може бити мањи од обима права и обавеза утврђених Законом и општим актом Савеза.

Права и обавезе задругара не могу се преносити на друга лица, осим у случајевима прописаним Законом.

Послодавац ће обезбедити задругару одговарајуће услове за рад, као и за запослене који су у радном односу, укључујући средства и мере заштите на раду, сходно прописима о заштити на раду.

Задругар има право на зараду за извршени рад. Висина зараде за рад чланова задруге утврђује се ценовником задруге или на основу закљученог уговора о ангажовању задругара.

Задругарима, при раду под посебним условима, под претпоставком да такав рад није забрањен, зарада за рад се утврђује са увећањем у проценту утврђеном општим актима наручиоца посла.

Наручилац посла је дужан да задругару који се повреди на раду изда прописану исправу о несрећи на послу и о томе обавештава задругу, најкасније у року од три дана од дана настанка повреде на раду.

Послодавац ће задругару накнадити штету која настане као последица повреде на раду, осим последица трајног инвалидитета за које се остварују одговарајућа права по основу инвалидско-пензијског осигурања. Најмањи износ надокнаде за штету послодавац ће исплатити задругару у висини пропуштене зараде за време неспособности за рад, а најдуже за период од 60 дана.

Задругар ће накнадити штету коју је намерно проузроковао наручиоцу посла.

Задругари су дужни да се придржавају утврђеног радног реда код наручиоца посла.

Ако послодавац удаљи задругара са посла због непридржавања налога и упутстава за рад, задруга је обавезна да изда упут на рад другом задругару ради благовременог и квалитетног завршетка нарученог посла.

Задругар за време проведено на раду остварује права из пензијског и инвалидског осигурања, у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању.

Задругар има право на пензијско и инвалидско осигурање за случај несреће на послу и за случај настанка професионалне болести.

За време радног ангажовања, задругар има право на здравствену заштиту коју обезбеђује задруга, уколико она није обезбеђена по другом основу.

Задругар има право на редовно, благовремено, истинито и по облику и садржини приступачно обавештавање о свим питањима од личног интереса, као и од интереса за рад и пословање своје задруге.

Задругар има право да бира и да буде биран у органе задруге, да подноси представке и притужбе ради остваривања својих друштвено-

економских и других права, да учествује у раду органа задруге када се решава о његовим представкама и притужбама, као и право да подноси предлоге и друге иницијативе за побољшање пословања своје задруге.

Задругари, поштујући принцип узајамности и солидарности, имају право на равноправно учешће у коришћењу наменски одређених средстава задруга за покриће дела трошкова школовања и задовољавања личних и заједничких потреба. Средства за ове намене обезбеђују се из материјалних трошкова.

Задругар је поред других обавеза, које су предвиђене уговором и општим актима, дужан да чува и јача углед задруге, да чува пословну тајну наручиоца посла и задруге, као и да води рачуна о интересима других задругара. Задругар је обавезан да све спорове реши у задрузи, без упуштања у јавне полемике са другим задругарима и без вођења судских спорова пре него што спор реши договором, путем задружне арбитраже, суда части и задружне ревизије.

Статус задругара може престати само под условима и на начин прописан Законом, општим правилима, задружним правилима и општим актима задруге.

У пракси највише спорова настаје поводом престанка статуса задругара иступањем из задруге. Најчешћи су проблеми када задругар не да ни усмену, ни писану изјаву да иступа из задруге, нити се пак из конклудентне радње може извући закључак да жели да напусти задругу. Сматрамо да се овај основ престанка статуса задругара мора прецизније регулисати општим актом студентске задруге.

VIII Забрана конкуренције

Конкуренција[12] је, у првом реду, привредна категорија и механизам расподеле. У њој се срећу и сукобљавају интереси међусобних конкурената. Конкуренција је предмет проучавања посебне гране права која се најчешће означава као конкурентско право, а које се по својој систематици дели на три подручја: 1) антикартелно и антитрустовско право; 2) право недопуштене конкуренције које се дели на: а) право забрањене конкуренције, које обухвата све прописе који привредним субјектима забрањују иступање на тржишту (законом забрањена

[12] Конкуренција (nl. concurrentia) - супарништво, такмичење, надметање, утакмица; конкуренције клаузуле (l. concurrentiae clausula) - трговачко правна погодба којом се службеник (нпр. трговачки помоћник) ограничава у корист свога некадашњег послодавца, у свом привредном раду - М. Вујаклија, Лексикон страних речи и израза, Београд, 1972, стр. 458; Конкурент (lat. concurrere, тркати се) - особа која учествује у сукобу интереса са другим, нарочито у области трговине и индустрије - Нова Ларус енциклопедија, Београд, 1999, стр. 900.

конкуренција), б) уговарање ради забране конкуренције (забрана уговорног спречавања или ограничавања конкуренције)... и 3) право спречавања и сузбијања нелојалне конкуренције (нелојална конкуренција)[13]. И Српски Грађански Законик из 1844. године је у § 731 прописивао да "ортак ниједан не може... посао какав водити који би на штету ортаклука био".

Као правна установа конкуренција је најпотпуније регулисана прописима привредног (пословног) права.[14]

Забрана конкуренције (антиконкурентска клаузула уговора о раду) самостални је радноправни институт који је, у односу на раније радно-правне прописе, први пут потпуније регулисан Законом о раду (чл. 93. и 94). У упоредном праву регулисана је посебним Законима који се супсидијарно примењују и на радне односе[15].

У дефинисању забране конкуренције у радном праву неопходно је истаћи да је то институт чији је фундамент одређен Законом о предузећима. Клаузула забране конкуренције прописана је чл. 92. ст. 1. Закона о предузећима као забрана за члана ортачког друштва, комплементара командитног друштва, члана друштва са ограниченом одговорношћу и члана управе, надзорног и извршног одбора друштва са ограниченом одговорношћу, акционарског друштва и друштвеног и јавног предузећа, да не могу имати то својство, нити бити запослени, односно прокуристи у било ком другом предузећу, односно другом правном лицу исте или сродне делатности која би могла бити конкурентна, нити могу бити предузетници који обављају такву делатност.

Овом одредбом покушава се регулисање једног правног односа у којем су интереси учесника диврегентни[16]. Наиме, интерес сваког лица је да се запосли, односно да ради, а један од интереса сваког предузећа је да буде заштићено од конкурентних акција запослених у предузећу и чланова управе предузећа.

---

[13] Правна енциклопедија, 1, Београд, 1989, стр. 649.

[14] Занимљиво је истаћи да је југословенски Трговачки Закон из 1937. год. у чл. 304 ст. 1. регулисао институт забране конкуренције која се односила само на чланове управе трговачких друштава - "Без пристанка скупштине чланови управе не смеју ни за свој ни за туђи рачун обављати послове, којима би се друштву правиле утакмице, нити смеју бити лично одговорни другари, органи или намештеници у којем предузећу, које прави друштву утакмицу или би је могло правити".

[15] Нпр. у Бугарској донет је посебан Закон за защита на конкуренцията из 1991. са изменама из 1992. године. Постоји и посебна комисија за заштиту од конкуренције (Комисията за защита на конкуренцията). Бројни су примери из судске праксе који се односе на ову правну установу. Више: В. Мръчков и др., Трудови отношения, София,1998, стр. 191-194, 575 - 586.

[16] Видети више, И. Јанковец, Закон о предузећима и клаузула конкуренције, Часопис за радно и социјално право бр. 1-3/97, стр. 337.

Одредбе Закона о раду, које се односе на забрану конкуренције, комплексне су и недовршене. Наиме, наведеним одредбама регулише се један правни однос у којем су интереси субјеката (радник и послодавац) супротни, али је потребно и једном и другом интересу обезбедити адекватну правну заштиту. На једној страни, постоји интерес сваког физичког лица да се запосли и да од посла живи, тј. свима се гарантује слобода рада, као универзално право које припада свима. На другој страни, интерес је послодавца да буде заштићен од конкурентских активности запослених како за време трајања радног односа, тако и одређено време по престанку радног односа. И један и други интерес је легитиман. Стога, врло је тешко нормативно регулисати положај социјалних партнера, а да се при томе и заштите сукобљени интереси. И законодавац је у Закону о раду учинио напор да те интересе заштити. Норме којима је то учињено нису норме *ius cogens*, јер Закон о раду прописује да питање забране конкуренције треба да буде предмет уговора о раду. Наиме, према чл. 93, ст. 1, произлази да ће се уговором о раду утврдити послови које запослени не може обављати у своје име и за свој рачун као и у своје име и за рачун другог правног или физичког лица, без одобрења послодавца код којег је засновао радни однос. Али, да би се примениле ове одредбе, потребно је да буду испуњене одређене претпоставке. Наиме, антиконкурентска клаузула у уговору о раду има смисла само ако постоје услови да запослени радом код послодавца стекне додатна посебно важна технолошка знања, широк круг пословних партнера или да дође до важних пословних информација и тајни. Дакле, циљ ове клаузуле уговора о раду јесте заштита легитимних интереса послодавца. Из ове клаузуле, под условом да постоји у уговору о раду, произлазе одређена ограничења права запосленог, права која припадају свима, али пошто су уговором о раду регулисана, она више и нису права, у језичком значењу појма право.

Двојака су ограничења запосленог. Прво, запослени не може да ради за конкурентског послодавца; то је ограничење слободе рада, на које је запослени пристао и, друго, ограничење слободе предузетништва[17], на коју је, такође, запослени својом вољом пристао. Основано се може поставити питање злоупотребе овог института. Ова клаузула има смисла само ако би се радом запосленог могла проузроковати штета и стога треба настојати да се заштити економски слабија страна радног односа - запослени. Та заштита треба да се односи на спречавање притиска послодавца да се забрана конкуренције пошто - пото, често и без основа, унесе у уговор о раду. Да би се избегле злоупотребе послодавца, многа законодавства

[17] Б. Лубарда, Конкуренција у области радног права, Привреда и право, бр. 5-8/2002, стр. 893-902.

примену ове клаузуле условљавају високим дохотком службеника или руководећом функцијом, при чему се и просторно и временски ограничава њено дејство (у Италији је ограничење пет година за водеће службенике, а три године за остале запослене)[18].

Добра је пракса многих европских радно-правних прописа да се општим актом послодавца или уговором о раду утврди просторно важење забране конкуренције, при чему се мора поћи од врсте посла која се не може обављати уз поштовање реалних елемената.

Ако запослени, и поред тога што је пристао на забрану конкуренције, обавља послове који су против интереса послодавца, послодавац има право да од запосленог тражи накнаду штете.

Забрана конкуренције односи се и на право послодавца да захтева од запосленог да антиконкурентску клаузулу уговора о раду поштује и након престанка радног односа код послодавца у року који се одређује уговором о раду[19], с тим да, по Закону о раду (чл. 94. ст. 1), тај рок не може бити дужи од две године. Обавеза поштовања клаузуле биће суспендована ако послодавац запосленом незаконито да отказ. Свакако, рок од две године је дуг, сувише се штити интерес послодавца, а на уштрб интереса запосленог[20].

На крају покушаћемо да дамо предлоге у вези са обавезом запосленог да послодавцу, ако прекрши забрану конкуренције, накнади штету.

Често у пракси запослени није у могућности да сам накнади проузроковану штету. Стога, има места да се Законом о раду ово питање регулише и другачије. Ако запослени прекрши забрану конкуренције, онда је могуће поступити на следећи начин: прво, треба прописати, где постоје могућности, заједничку одговорност запосленог и конкурентског послодавца за накнаду штете. Наиме, корист од рада запосленог припада и конкурентском послодавцу; друго, уговором могу бити прописане и обавезе конкурентског предузећа да плати уговорну казну у одређеном проценту од вредности посла који је обављен у том предузећу, с обзиром да је запослени прихватио и тај саставни део антиконкурентске клаузуле. Запослени се послодавцу код којег је у радном односу или код којег је био у радном односу обавезао на "верност", да ће за случај непоштовања забране конкуренције одговорност сносити и конкурентска фирма, јер је и она носилац користи која је постигнута радом запосленог. Предложена решења позната су у упоредном праву и стога заслужују пажњу.

[18] М. Влатковић, нав. дело, стр. 48.

[19] Нпр. у члану 17. Уговора о раду, бр. 655 од 23. новембра 2002. године који је закључен у Д. П. 21. ОКТОБАР, Крагујевац, прописано је да запослени не може обављати послове из делатности Предузећа на територији Шумадијског округа – региона док је на раду у Предузећу и једну годину по престанку рада

[20] И. Јанковец, нав. дело, стр. 341.

Оправдано је, такође, да запослени који поштује забрану конкуренције, због еквиваленције интереса буде и компензован од послодавца неким правом које се везује за "лојалност"[21] послодавцу. Раднику би за време трајања забране конкуренције требало обезбедити право на накнаду плате која би се исплаћивала континуирано или у једнократном износу. Ово питање требало би регулисати законом[22].

Закон о задругама чланом 48. регулише клаузулу конкуренције. По овој одредби председник и чланови управног и надзорног одбора и директор задруге не могу за свој или туђ рачун обављати делатност која спада у делатност задруге, нити могу бити задругари или запослени у другој задрузи, односно власници и запослени у предузећу или другом правном лицу које обавља исту или сличну делатност као задруга.

Задружним правилима и колективним уговором могу се горе наведене забране утврдити за задругаре и поједине запослене у задрузи. Тако је нпр. чл. 32. Општих правила омладинског и студентског задругарства, прописано да лица која су била запослена у задрузи не могу бити оснивачи друге омладинске и студентске задруге, нити засновати радни однос у другој омладинској или студентској задрузи, у року од годину дана од дана престанка радног односа у задрузи, осим у случају престанка рада задруге, односно, ако скупштина другачије не одлучи.

Сматрамо да се чл. 32. може применити и на задругаре, а не само на запослене. Тако, нпр. Статутом задруге може се прописати да задругар не може бити истовремено и члан задруге која се бави истом или сличном делатношћу. Сигурно је да ова одредба упућује на конкуренцију, али се проблем јавља у контролисању њене примене. Одговор није дала ни судска пракса. Сматрамо да се повезивањем у Савезе може, преко јединствене компјутерске мреже итекако, контролисати примена наведене одредбе.

Уколико се не поштује клаузула конкуренције, према лицима могу бити примењене следеће санкције: опозив, разрешење од дужности, искључење из задруге, односно престанак радног односа.

---

[21] http.www/IE5/VREA636D/CHAPITR PRELIMINAIRE ENVIRONNEMENT_files/font3.jpg, Maître Eisele, Environnement juridique des clauses de non-concurrence, advokatska komora Metz,

[22] У Републици Српској забрана конкуренције после престанка радног односа траје најдуже једну годину. Више: Ж. Мирјанић, Новине у радном законодавству и Закону о раду Републике Српске релевантне за упоредну анализу, Радно и социјално право, бр. 4-6/2002, стр. 76. и 77.

*

* *

На крају можемо да закључимо да систем омладинског (студентског) задругарства није у најбољој мери разрађен. Застарели правни прописи, нејасна позитивноправна регулатива и пуно правних празнина, више него негативно утичу на развој задругарства уопште.

Са становишта преузетих међународних радних обавеза које произилазе из ратификоване конвенције Међународне организације рада бр. 88. о служби запошљавања, поставља се питање да ли је посредовање у запошљавању преко омладинских (студентских) задруга у складу са међународним радним стандардима или је то искључиво надлежност јавних служби за посредовање и специјализованих предузећа за привремени рад.

Сматрамо да систем омладинског и студентског задругарства има низ специфичности које нису довољно прецизно регулисане у недостатку адекватне законске регулативе, али истовремено и да нису у супротности са преузетим међународним обавезама. Оно што би у будућности могло да се појави као проблем је ратификација Конвенције МОР-а бр. 96. о службама за запошљавање уз накнаду која прописује да ће све службе за запошљавање које наплаћују своје посредовање у запошљавању бити стављене под надзор надлежне јавне власти која ће, с друге стране, одлучивати о одобравању или продужењу дозволе за рад. Тренутно се за посредовање преко омладинских и студентских задруга у нашем праву не захтева прибављање одобрења од стране надлежне власти, нити се тражи сагласност за њихов трошковник.

Тумачењем одредби наведених прописа студентског задругарства, посебно норми које се односе на санкције, можемо закључити да су одредбе које регулишу клаузулу конкуренције доста еластичне и да има простора за одступање од истих. Ако би се другачије закључило, онда би се могло поставити питање да ли општи акти о студентском задругарству, када је реч о клаузули конкуренције, нису дискриминаторске природе у односу на општи режим радних односа.

Radoje Brković, a full-time professor

YOUTH (STUDENTS) EMPLOYMENT SERVICE AND ANTI - COMPETITIVE CLAUSE

We can here conclude that the system of youth (students) employment service has not been adequately developed. Old legal regulations, unclear positive law norms and a great number of legal gaps have had an adverse impact on the development of employment services in general.

From the point of view of international obligations accepted through the ratification of the Convention of the International Labor Organization no. 88 on employment services, the question remains whether the employment services mediated through youth (students) employment organizations comply with international work standards or they remain in domain of public employment agencies and firms specialized in providing employment services.

Our opinion is that the system of youth and students employment services has some specific characteristics which have not been precisely defined due to lack of regulations in this field. Yet they are not in conflict with the accepted international obligations. A problem may arise in future with the ratification of the Convention of the International Labor Organization no. 96 on employment organizations which charge fees since they will be placed under the supervision of a relevant public authority which will decide whether or not to issue a license to such organizations. The existing law does not require that youth and students employment organizations should have a license for providing employment services. They also don't need an official approval for the fees they charge for these services.

The interpretation of mentioned regulations on youth and students employment services, especially those regulating the sanctions, leads us to conclude that the norms regulating the competitive issues are fairly flexible leaving the space for some adjustments. The opposite conclusion would lead us to wonder whether the general laws on youth and student employment services and their competition clauses are of discriminatory nature if compared to general system of employment relations.

Др Драган Батавељић,
ванредни професор

***UDK**: 342.7(497.11+497.16)*

ПОВЕЉА О ЉУДСКИМ И МАЊИНСКИМ ПРАВИМА И ГРАЂАНСКИМ СЛОБОДАМА КАО САСТАВНИ ДЕО УСТАВНЕ ПОВЕЉЕ ДРЖАВНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ СРБИЈА И ЦРНА ГОРА

1. Опште одредбе Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама

1. Материји људских слобода и права посвећен је и посебан уставни документ – Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама и да 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.

Првих 10 чланова Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама имају, заиста, претежно општи карактер, али и наглашене политичке елементе. За ово друго је карактеристичан чл. 1, који је и насловљен тако – "Људско достојанство и слободан развој личности". Али, у том поглављу има и одредаба које се, по класичним класификацијама, сврставају у лична права у ужем смислу, тј. она која штите телесни и духовни интегритет људске личности. За ово је карактеристичан чл. 3, насловљен као - "Забрана дискриминације". У њему се, уствари, утврђује једнакост свих пред законом. Иначе, читава Повеља, и нарочито њене опште одредбе, је написана у дикцији која, пре свега, позива на свест и савест о потреби поштовања слобода и права.

За ово последње запажање посебно су карактеристични чл. 1. и 2. Повеље, мада тога има и у већем броју других чланова.

Према чл. 1. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, људско достојанство је неприкосновено и свако има обавезу да га штити. Ова класична формулација садржи, у суштини, једну моралну поруку, а историја, па и савременост, показује да је она потребна, али не и довољна. Зато се нужно мора ићи у њену правну разраду, што је, неретко, доста компликовано у условима савременог друштва, а још више у конзеквентној друштвеној пракси, која се, под теретом сиромаштва и све ширег подручја економске и друге принуде, крајње тешко обезбеђује.

Сличан карактер има и чл. 2. Повеље, који се бави поштовањем људских и мањинских права. И он почиње општом обавезом свакога да поштује људска и мањинска права других. Тиме се, бар у извесном степену, прокламује један од битних елемената друштвене солидарности, чији значај у савремености несумњиво расте. Ради обезбеђења остварења овог начела, даље се утврђује да се људска и мањинска права, зајемчена овом Повељом, непосредно примењују, а у складу са Уставном повељом државне заједнице Србија и Црна Гора. Ово, несумњиво, значи да услов за њихову примену није, и не мора увек бити, одговарајућа детаљнија правна разрада, мада се и то претпоставља. Управо о томе се пише у ст. 3. истог чл. 2. Повеље. По њему, људска и мањинска права, која су зајемчена овом Повељом, непосредно се уређују, обезбеђују и штите уставима, законима и политиком држава чланица. Овај акценат на одговорности држава чланица је, несумњиво, резултат читаве концепције државне заједнице Србија и Црна Гора. У тој државној заједници је општа претпоставка надлежности у свим димензијама државне власти у корист држава чланица, па је сасвим разумљиво да то буде и код људских слобода и права.

[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.

2. Доста детаљно је разрађен чл. 3. Повеље, посвећен забрани дискриминације. Он почиње једноставном прокламацијом о једнакости свих пред законом, што је једно од најстаријих људских права и што се, са разлогом, сматра великом тековином савремене епохе. У нашим ранијим уставима, па доста често и у компаративној уставности, ово право на једнакост свих пред законом је повезивано са правом на равноправност. Повеља у овом контексту то не чини непосредно, али изричитом забраном дискриминације и она то обезбеђује.

Тако се одмах после прокламовања једнакости пред законом утврђује да свако има право на једнаку законску заштиту без икакве дискриминације. Изричито је следећим ст. 3. забрањена свака непосредна или посредна дискриминација, по било ком основу. У том смислу се изричито помињу као искључиви основи дискриминације раса, боја[4], пол, националност, друштвено порекло, рођење или сличан статус, вероисповест, политичко или друго убеђење, имовно стање, култура, језик, старост, психички или физички инвалидитет. Може се, већ на први поглед закључити да су, углавном, обухваћени сви најважнији могући основи дискриминације, мада и ту набрајање никада не може бити потпуно. Отуда је значајно што том набрајању претходи и опште искључење, односно забрана било ког новог основа дискриминације.

Значајна новина је конституционализирање тзв. позитивне дискриминације. Став 4. чл. 3. Повеље истиче могућност привременог увођења посебних мера које треба да обезбеде равноправност, заштиту и напредак оних лица и друштвених група које су, објективно, у неједнаком положају.

При томе се посебно помињу мањинска права. Ради се, заправо, о прихватању и покушају примене једне класичне мудрости. Познато је да постоје два општа начина стварања друштвене неједнакости: први је исту групу, односно друштвени слој и његове чланове третирао неједнако и други је да се објективно неједнаки третирају исто без обзира на последице. Међутим, бар у овом раздобљу друштвеног развоја уопште, а код нас нарочито, тешко је разумети зашто се сви ови облици позитивне дискриминације сматрају привременим, па се и њихово трајање везује за рок, "док се не остваре циљеви због којих су предузети". Општефилозофски посматрано може се рећи да ће у будућности неки од основа за позитивну дискриминацију нестајати. Међутим, то је далеко и за низ основа објективне неједнакости неизвесна перспектива. Зато је, у најмању руку, у нашим савременим условима ова могућност временског ограничења позитивне дискриминације нереална.

[4] Вероватно боја коже.

3. Међу општим одредбама Повеље велики значај има третирање могућих ограничења слобода и права. Према чл. 4. Повеље начелно је забрањено укидање или ограничење људских и мањинских права прописаних овом Повељом. У тексту се наглашава да се одредбе Повеље не могу тумачити тако да, било државна заједница, било држава чланица, друштвене групе или појединци, имају право да предузимају мере и радње усмерене на укидање или ограничавање зајемчених права. Мера у којој се могу, под одређеним условима, ограничити ова права морају бити прописана Уставном повељом државне заједнице Србија и Црна Гора, Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама и уставима држава чланица.

Наредни чл. 5. и 6. Повеље прописују услове ограничења и одступања од људских и мањинских права. Ограничења су могућа само на основу већ поменутих уставних аката, али законом који мора да има општу примену и да садржи позив на уставни основ. – Иначе, људска и мањинска права се могу ограничити "... само у оној мери која је неопходна да би се у отвореном и слободном демократском друштву задовољила сврха због које је ограничење дозвољено".[5] – Изричито је забрањено да се ограничења уводе у друге сврхе, сем оних које су прописане. Код тумачења ових ограничења, дужност је свих државних органа, а нарочито судова, да посебно воде рачуна о суштини тих права, важности и обиму ограничења и о томе да ли се и мањим ограничењима може постићи иста сврха. У сваком случају, ограничење не би смело да задире у суштину права. Сви ови постулати делују несумњиво у духу лимитирања ограничења на случајеве када је то неопходно. Ипак, мора се приметити да је употребљен високи степен општости, па и да читава дикција подсећа више на моралну поуку, него на класичноправну норму.

Одступање од људских и мањинских права је везано за проглашење ратног или ванредног стања, и то, ако је опстанак државне заједнице или државе чланице угрожен. Али, и у том случају, Повеља захтева да мере одступања буду само у обиму који намеће дата ситуација. Посебно је прописано да ни те мере не смеју довести до разликовања на основу расе, боје[6], пола, језика, вере, националности или социјалног статуса. Те мере, у оним областима које спадају у надлежност државне заједнице, може општим актима прописати само Скупштина Србије и Црна Горе, а Савет министара само ако Скупштина није у стању да се састане. У случају проглашења ратног стања, за доношење мера одступања потребна је изричита сагласност држава чланица. Ако је дат рок о мерама одступања од људских и мањинских права у областима које су надлежност држава

[5] Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, чл. 5. ст. 2.
[6] Као и у ранијим напоменама, и овде се ради о боји коже.

чланица, онда оне то морају уредити својим уставима и законима, а у складу са Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама.

За мере одступања које прописују институције државне заједнице, предвиђено је да оне важе највише 90 дана, а да се у случају потребе могу продужавати, али увек на наредних 90 дана. За акте које доноси Савет министара, предвиђено је да се они обавезно подносе на потврду Скупштини Србије и Црне Горе, чим она буде у могућности да се састане. Ако се то не учини, мере одступања од људских и мањинских права предузете од Савета министара, аутоматски престају да важе после прве седнице Скупштине Србије и Црне Горе, одржане после проглашења ратног стања. У сваком случају, све мере одступања од људских и мањинских права, престају да важе престанком ратног или ванредног стања.

Суд Србије и Црне Горе наставља са радом и за време ратног стања. Његов статус и овлашћења, и то, како Суда, тако и његових судија, остају непромењени. Ни у ком случају мере одступања се не могу односити на права из чл. 1. – Људско достојанство и слободан развој личности; чл. 11. – Право на живот; чл. 12. – Неповредивост физичког и психичког интегритета; чл. 13. – Забрана ропства, положаја сличном ропству и принудног рада; чл. 14. – Право на слободу и безбедност; чл. 17. – Право на правилно суђење; чл. 19. - Претпоставка невиности; чл. 20. – Забрана ретроактивности, кажњавања само на основу закона; чл. 21. – *Ne bis in idem*; чл. 25. – Право на склапање брака; чл. 26. – Слобода мисли, савести и вероисповести: чл. 35. – Држављанство; чл. 50. – Забрана насилне асимилације и чл. 51. – Забрана изазивања расне, националне и верске мржње.

Дакле, одступање није дозвољено код највећег броја личних права, основних права националних мањина и права на држављанство. Може се, само, приметити да је ово изузимање у складу са владајућим савременим тенденцијама, иако је извесно да у ратном стању, па у неким случајевима и у ванредном стању, тешко неки од ових изузетака могу бити поштовани у пракси.

4. Међу општим одредбама је подвучена и везаност Повеље за људска права за међународно право. Члан 7. Повеље, у складу са чл. 10. Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, "преноси" став о томе да се одредбе међународних уговора, који важе на територији државне заједнице Србија и Црна Гора, а односе се на људска и мањинска права и грађанске слободе, непосредно примењују. Поред тога, Повеља још проширује примену међународног елемента на општеприхваћена правила међународног права, која се, такође, непосредно примењују на људска и мањинска права.

Посебно интересантан, и у нашој уставности нов, је чл. 7. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, који забрањује ограничења људских и мањинских права, "под изговором да она нису зајемчена овом Повељом". Такође се забрањује ограничење људских и мањинских права под изговором да су она у Повељи дата у мањем обиму. Политички смисао и ове одредбе је јасан, али требаће, свакако, додатна законодавна разрада и одговарајућа пракса да би ова одредба, заиста, остварила примат међународног права у области људских и мањинских права.

Два последња члана општих одредаба посвећена су судској заштити и уклањању последица кршења људских и мањинских права[7] и тумачењу одредаба о људским и мањинским правима.[8] – Код судске заштите се, најпре, утврђује да свако има право на делотворну судску заштиту, ако му је повређено или ускраћено било које људско и мањинско право, зајемчено Повељом, као и право на уклањање последица тог кршења. То се односи на све случајеве када је право повређено појединачним актом или радњом институција државне заједнице, државних органа држава чланица или организација које врше јавна овлашћења. У том случају, жалба се подноси Суду Србије и Црна Горе. Али, услов за то је да Суд Србије и Црне Горе прихвати надлежност и донесе одлуку да није обезбеђена друга правна заштита у држави чланици, а у складу са Уставном повељом. – У Закону о Суду Србије и Црне Горе је ближе уређен поступак те жалбе грађана.[9] Међутим, обзиром на систем расподеле компетенција између државне заједнице и држава чланица, у јавности, па и међу стручњацима нарочито, већ је изражена сумња у стварну ефикасност ове заштите, бар на нивоу државне заједнице Србија и Црна Гора, а од стране Суда Србије и Црна Горе. – Најзад, у погледу трошкова заштите права која је проистекла из међународног права, предвиђа се да ове трошкове сносе органи држава чланица, организације које врше јавна овлашћења или институције државне заједнице, зависно од тога ко је извршио повреду или ускраћење права.

Члан 10. Повеље, посвећен тумачењу, формулисан је изразито едукативно и политички. У њему се истиче да се људска и мањинска права тумаче "... на начин којим се унапређују вредности слободног и отвореног друштва, у складу са важећим међународним јемствима људских и мањинских права и праксом међународних тела која надзиру њихово спровођење".[10]

---

[7] Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, чл. 9.
[8] Ibid, чл. 10.
[9] Закон о Суду Србије и Црне Горе, чл. 37, чл. 62 – 67.
[10] Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, чл. 10.

2. Људска права и основне слободе

1. Највећи део Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама груписан је под насловом, који са становишта класичне класификације људских слобода и права није потпуно адекватан. Овај део обухвата чланове од 11–46. и у њему је највећи део личних права у ужем смислу, политичких и социјално-економских права човека. У овом одељку се налази и неколико одредаба које се могу сматрати слободама, односно правима грађана.

У анализи њихове садржине, ми ћемо се придржавати редоследа за који се определила сама Повеља. Сматрамо да нас на то обавезује коректан однос према документу, јер и редослед изражава опредељење стваралаца Повеље. Али, будући да анализа претпоставља, не само коректан опис садржине, него и критичке напомене, настојаћемо да не пропустимо да подвучемо да ли се ради о личном праву у ужем смислу речи или о праву, односно слободи, која, по својој природи, припада другим групама права и слобода.

2. На самом почетку ове главе је гарантовано право на живот. Људски живот, према одредбама тог, несумњиво, основног људског права, је у државној заједници Србија и Црна Гора проглашен за неприкосновену вредност. Томе одговара једна од битних новина у односу на раније уставно третирање овог права. Повеља је донела битно побољшање у односу на одговарајућу одредбу Устава СРЈ. И овај Устав је, за разлику од повеликог броја савремених устава, који право на живот не спомињу и то образлажу тиме да је у питању категорија тзв. неписаних права, не само садржао истоветну формулацију да је живот човека неприкосновен и да се сагласно томе, по савезном праву не може прописати и изрећи смртна казна. Сада је Повеља донела једно битно побољшање. По нашем мишљењу, формулација у чл. 11. Повеље, која гласи: "У државној заједници Србија и Црна Гора не постоји смртна казна", мора се тумачити тако да се на територији и у праву државне заједнице Србија и Црна Гора не може нити прописати, нити изрећи и извршити смртна казна. Будући да је структура државне заједнице таква, да далеко највећи део државних компетенција припада државама чланицама, сматрамо да цитирани став Повеље, обавезује, не само државну заједницу Србија и Црна Гора, него, такође, и државе чланице. У томе, заправо, и видимо највећи напредак у односу на Устав СРЈ и додајемо да је то у складу са владајућим трендом у Европи.

Најближе праву на живот је гарантовање неповредивости физичког и психичког интегритета, које садржи чл. 12. Повеље. У њему је утврђено да свако, што значи сваки човек, а не само грађанин државне заједнице, има право на неповредивост физичког и психичког интегритета, које садржи чл. 12. Повеље. У њему је утврђено да свако, што значи сваки човек, а не

само грађанин државне заједнице има право на неповредивост физичког и психичког интегритета. У складу са тим изричито је забрањено подвргавање мучењу, нечовечном или понижавајућем поступку или кажњавању. Обзиром на савремена кретања, врло је значајан и став који забрањује и подвргавање медицинским експериментима без слободно датог пристанка лица, над којим се тај експеримент врши.

Док се код права на живот, из самог текста Повеље види и основна последица гарантовања тог права – укидање смртне казне, код неповредивости физичког и психичког интегритета је од изузетног значаја даља правна разрада. Категорије које су употребљене у Повељи, а нарочито нечовечно или понижавајуће поступање, захтевају прецизнију дефиницију, и по могућности – законску. Ако до тога не дође и ако се све препусти тумачењу, онда се може десити да пракса потпуно девалвира сваки значај овог битног људског права. Делимично, ту опасност отклањају и неке друге одредбе саме Повеље, нарочито у оквиру тзв. негативних права којима се обезбеђује одговарајући положај човека пред државним органима и у судском поступку. У сваком случају, треба подвући да је објективно, за поштовање овог права, највећа одговорност државе, односно оних њених грађана који су овлашћени да примењују принуду. Баш ту је и очигледна потреба даље, што је могуће прецизније, правне разраде и обезбеђивање стриктног поштовања утврђених правних норми. Додуше, не треба изгубити из вида, нити друге недржавне облике принуде који могу итекако угрозити физички и психички интегритет човека.

3. Релативну новину у односу на одредбе Устава СРЈ, па и на ранију југословенску уставност, представља утврђивање још једног права "негативног статуса". То је забрана ропства, положаја сличном ропству и принудног рада које садржи чл. 13. Повеље. – Институција класичног ропства, код нас, у новије време, није била позната - тачније, евентуални елементи ропства припадају далекој прошлости. Али, поремећаји које су донели узастопни ратови у последњој деценији прошлог века у нашим земљама, као и општа кретања у земљама у транзицији, односно неразвијеним земљама уопште, поново су актуелизирали проблематику ропства. Због тога, изричита забрана држања у ропству, нарочито када је допуњена укључивањем у ту забрану "положаја сличном ропству", како је то у Повељи и учињено, постала је поново актуелна. Врло значајан додатак томе је забрана сваког облика трговања људима. Сувишно је посебно доказивати колико је управо та забрана битна за савремене облике, ако не правог ропства, оно "положаја" сличном ропству.

Организовани криминал и тероризам сваке врсте су, заправо, најчешћи носиоци кршења ове забране. Наша земља, такође, није била, нити је сада поштеђена разних облика кршења ове забране. Све то је утолико више, уколико расту економске тешкоће и друштвена и политичка нестабилност.

Забрана принудног рада није била непозната нашој уставности ни раније, али је тада била повезана са правом на рад и сматрана једним од његових елемената. Сада то није случај. Уместо тога, у разради се појављује реченица према којој се сексуално или економско искоришћавање лица, која су у неповољном положају, сматра принудним радом. Сексуално искоришћавање, односно његово санкционисање, споменуто у овом контексту, је ствар, која и начелно и посебно, обзиром на појаве којих је у нашем друштву све више, треба сматрати прогресом. Не може се, начелно, оспоравати прогресивност, нити забрана економског искоришћавања. Но, у тржишној привреди уопште, а у условима економске кризе нарочито, питање је колико је таква гаранција реална. – Даље се утврђује да се принудним радом не сматра рад правоснажно осуђених лица, лица која врше војну службу или рад, односно служба у ванредним ситуацијама, када је "угрожен опстанак заједнице".

4. Доста је обимна и прилично разрађена група личних права у ужем смислу, повезаних са правом на слободу и положајем човека пред судом. Та група почиње са општим гарантовањем права на личну слободу и безбедност свакоме.[11] Сагласно тој основној гаранцији, забрањује се самовољно лишавање слободе, а дозвољава само у случајевима и на начин који је предвиђен законом државне заједнице или законима држава чланица. Даље се предвиђа непосредна, уствари уставна, забрана било које врсте "дужничког ропства". То је, заправо, смисао одредбе повеље која гласи: "Нико не може бити лишен слободе само зато што није у стању да изврши уговорену обавезу". – На први поглед, та одредба, које није било у непосредно претходним уставним текстовима, може изгледати сувишна. Но, обзиром на проблеме који прате васпостављање тржишне привреде, као и на високу стопу криминализације друштва, ова одредба има значаја, јер се она односи на све, а не само од државних органа предузете мере ограничавања слободе.

Даље се доста детаљно разрађују услови који се морају поштовати приликом сваког лишавања слободе. Свакоме ко је лишен слободе, мора се одмах саопштити и то, на језику кога он разуме, разлог лишавања слободе, евентуална оптужба и дати поука о правима која ухапшено лице има. Ухапшени има изричито гарантовано право да без икаквог одлагања, о томе обавести лице које је он изабрао. Дакле, то не мора бити (али најчешће јесте) члан његове породице или сродник, већ и пријатељ, адвокат и сл. Поред тога, свако ко је лишен слободе има право да покрене поступак пред надлежним судом. Тај поступак се сматра хитним, а у њему се мора испитати законитост лишавања слободе. Ако се утврди постојање

[11] Ibid, чл. 14.

незаконитости, онда ће суд наложити пуштање на слободу незаконито ухапшеног лица.

У складу са претходно коментарисаним општим одредбама Повеље, обавеза је да се према ухапшеноме поступа човечно и са уважавањем достојанства његове личности. Посебно се забрањује свако насиље према ухапшеном лицу, као и било какво друго изнуђивање исказа. – Сличне одредбе постоје у праву и других земаља света, а постојале су и код нас. Али, нажалост, још увек има доста примера кршења ових јасних и разумљивих ограничења, односно непоштовања изричитих одредаба уставног карактера. – Овоме свему што је прецизно изнето одговара и гаранција Повеље да ће свакоме који је био незаконито лишен слободе, морати да се призна право на накнаду штете.

Због ноторне чињенице да лишавање слободе представља увек најозбиљније угрожавање људске личности, Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама посвећује још два своја доста опширна члана: о додатним јемствима у случају лишавања слободе због кривичног дела или прекршаја – чл. 15. и о посебним јемствима – чл. 16. Овим члановима се, уствари, врши конституционализација неких питања процедуралних гаранција, што, несумњиво, треба поздравити. У додатна јемства спада одредба која утврђује да се ухапшеном мора одмах саопштити његово право да ништа не изјављује, као и право да његовом саслушању присуствује бранилац кога је он изабрао. Ухапшени се мора извести најдаље у року од 48 сати пред надлежни суд, а у супротном мора бити пуштен на слободу. Лице за које постоји основана сумња да је извршило кривично дело, може бити притворено само одлуком надлежног суда и ако је то неопходно за вођење кривичног поступка. У сваком случају, мора се настојати да се притвор сведе на најкраћу меру, о чему се обавезно стара суд. – Све ове мере нису непознате у нашем ранијем систему, али је, како је већ истакнуто, већина од њих била у законима о кривичном поступку. Сада је извесно актуелно како ће у реконструкцији правног система изгледати њихова детаљнија разрада и, још више, до које мере ће оне бити поштоване у пракси.

5. Чланом 16. Повеље о посебним јемствима, већ почиње подгрупа личних права која се остварују у поступку пред судом. Ту се, најпре, истиче обавеза да окривљени има право да буде у најкраћем року обавештен, увек на језику кога он разуме, о природи и разлозима тужбе, као и о његовом праву да му се суди без одуговлачења. После тога је разрађено право на одбрану према коме свако има право на одбрану, што укључује право слободног избора браниоца пред судом или другим надлежним државним органом који води поступак. Окривљени има право да несметано општи са својим браниоцем и да му се зато обезбеде потребно време и други неопходни услови. Законом се одређују случајеви у којима "интерес правичности" захтева да окривљени има браниоца по

службеној дужности. До тога долази ако он сам није у могућности да плати услуге браниоца. Овакве формулације, на први поглед, као да сужавају појам браниоца по службеној дужности, али за коначан суд, ипак треба сачекати и законодавну и другу правну разраду.

Посебно је формулисано право окривљеног да има свог тумача, уколико се поступак води на језику кога он не разуме. У складу је са правилима која су већ наведена и доста потпуно формулисано право свакога ко је достижан суду или другом надлежном органу, пред којим се води поступак, да не може бити кажњен ако му није било омогућено да буде саслушан и да се брани. – Значајну нову тековину представља гаранција Повеље да нико не мора да сведочи против самога себе, нити да призна кривицу. Оваквих изричитих одредби није постојало раније у нашем праву, па је, зато, предвиђено да буде посебно забележено.

Иначе, основно право човека пред судом је право на правично суђење зајемчено чл. 17. Повеље. У разради тог права стоји да се свакоме зајемчује једнака заштита његових права у поступку пред судовима и носиоцима јавних овлашћења. Такође, свако има право да о његовим правима и обавезама, односно оптужбама против њега, и то без одлагања одлучује независан, непристрастан, законом установљен суд. Судске одлуке се морају изрећи јавно, а начелно је јаван и читав судски поступак, осим у случајевима који су одређени законом. Право на правично суђење није ново у нашој уставности, као ни његова разрада која следи у наредним члановима Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама.

У том следу се, најпре, појављује право на жалбу које чл. 18. Повеље назива правом на правно средство. Иако нам се чини да је био јаснији ранији назив, можда је овај потпунији. Гарантује се свакоме право на жалбу или друго одговарајуће правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу. – Од значаја су, такође, и раније постојеће гаранције, као што су: претпоставке невиности – чл. 19, забрана ретроактивности и кажњавање само на основу закона – чл. 20, као и забрана да било ко буде два пута кажњен за исто дело – 21. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама. У одредби о забрани ретроактивног деловања закона је, као и раније, уграђена класична гаранција *nullum crimen, nulla poena sine lege* - према којој, нико не може бити проглашен кривим, нити кажњен, за оно што у моменту извршења није било законом утврђено као кривично дело. Такође је предвиђено и искључење забране ретроактивног дејства закона, при кажњавању, ако је каснији закон повољнији за учиниоца.

Најзад, у директној вези са положајем човека пред судом је његово право на рехабилитацију и накнаду штете за погрешну осуду у кривичном поступку прописано чл. 22. Повеље. Рехабилитација мора бити, даље, правно разрађена и мора обухватити све познате облике, укључив и право

на брисање података о осуди. За накнаду штете се мора прописати одговарајући поступак и морају бити обезбеђена материјална средства.

6. У следећој подгрупи су права од којих се нека могу сврстати у социјално – економска права, а друга, такође, у лична права у ужем смислу. – Прво од ових права, јесте оно које, по нама, несумњиво припада, иначе доста неразрађеној групи социјално – економских права. Према чл. 23. Повеље, оно је названо право на имовину. Сматрамо да је код писања овог дела Повеља неадекватна или, бар, недовољно прецизно употребљаван термин имовина, као синоним за својину, иако је опште прихваћено разликовање између ових термина. Уосталом, тај члан и почиње гарантовањем права својине и наслеђивања. Додуше, ни у Повељи о људским и мањинским правима и грађанским слободама, баш као ни у претходном Уставу СРЈ, нема одредбе о томе о којим врстама, односно облицима својине се ради. Такође је из саме формулације нејасно да ли се право на својину сматра општељудским или само правом грађана државне заједнице Србија и Црна Гора. Имајући у виду да то није прецизирано ни у Уставној повељи државне заједнице Србија и Црна Гора, то се мора учинити, било у уставима држава чланица, било у законима.

Повеља само утврђује, иначе традиционалну, могућност експропријације. За ограничење коришћења имовине неопходан је законски основ и склад са оптедруштвеним интересом. Још се прецизира да се нико не може лишити својине, осим у јавном интересу утврђеном на основу закона. При томе је обавезна накнада која не може бити нижа од тржишне цене. Затим следи у том истом ставу чл. 23. једна одредница која се тешко може на први поглед разумети и вероватно ће се створити тешкоће у пракси. То је онај део реченице у коме се као мерило за износ накнаде појављује још и износ који је потребан "да би се обезбедила наплата пореза, других дажбина или казни". – Но, у сваком случају према ст. 3. чл. 23. Повеље, спорове о висини накнаде за експроприсану имовину решава надлежни суд. То, вероватно, може да буде и практичан излаз, којим се могу превазићи непрецизности формулација Повеље, али није у складу са, код нас, владајућим схватањем поделе власти и улоге јудикатуре уопште.

Осим права на имовину, које је истакнуто као типично лично право у ужем смислу, међу социјално – економским правима се налази право на рад, коме је посвећен чл. 40. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама. Доста кратком формулацијом се зајемчује "право на рад, у складу са законом". Ни овде није јасно прецизирано да ли се ради о општељудском или само о грађанском праву. Али, то није био случај ни са нашим ранијим уставним документима[12], а у пракси се право на рад

[12] Устав СРЈ од 1992, Устав СФРЈ од 1974.

остваривало, претежно, као право грађана. – Истим ст. 1. чл. 40. државе чланице су обавезане да "стварају услове у којима свако може да живи од свога рада". И ова обавеза, свеједно колико изгледала племенита и хуманистички оријентисана, без одговарајуће правне разраде, обезбеђених економских претпоставки и агилне праксе свих фактора у друштвеној структури, остаће једна од бројних порука, претежно, политичког карактера.

Нешто конкретније значење има слобода рада, као и право на одговарајуће услове рада и правичну накнаду. Слобода рада је увек значила, како слободу избора занимања, тако и радног места. Само промењене друштвене околности, тј. прелазак на "чисту" тржишну привреду, уз дубоку економску кризу, тешко да пружају могућност да и ова слобода рада и правична накнада буду заиста остварене.

У истој групи и најнепосредније повезано са правом на рад је право на штрајк, које запосленима јемчи чл. 41. Повеље. Додуше, наглашено је да се ово право остварује у складу са законом, а за добар број делатности, нарочито оних које имају, у извесном смислу, и карактер јавних служби – образовање, здравство и сл. постојећи закони захтевају у сваком штрајку обезбеђење тзв. "минималних процеса рада". У вези са штрајком је и даље актуелна, никада завршена, дискусија о карактеру штрајкова. Но, та расправа превазилази оквире Уставног права. Из формулације права на штрајк произлази да је то право свих запослених, дакле не само грађана државне заједнице Србија и Црна Гора.

Право на социјално обезбеђење и социјално осигурање, према чл. 42. Повеље, припада свакоме ко има пребивалиште у државној заједници Србија и Црна Гора и ово право се остварује у складу са законом. Његова стварна вредност непосредно зависи од способности државе и друштва да обезбеди неопходне материјалне претпоставке и од спремности свих запослених да у томе партиципирају. Посебно је у пракси одлучујућа улога послодавца. – Најближа овом праву је посебна заштита мајке и детета уређена чл. 39. Повеље. Та заштита треба да буде брига читавог друштва, а Повеља наглашава то као обавезу држава чланица. У истом оквиру је зајемчено право мајке на подршку и заштиту коју треба да обезбеде државе чланице, а обухвата и време пре и после порођаја. И у том случају, периоде ове посебне заштите уређује закон. – Уопште је карактеристично да се за читаву ову подгрупу права предвиђа обавезно конкретизовање законика, па стварна вредност ових права зависи у високом степену од законодавне разраде.

Међу социјално – економским правима су још и право на образовање и слобода научног и уметничког стваралаштва. Према чл. 43. Повеље, право на образовање је општељудско право, а основно образовање је дужност. Мада то није изричито наглашено, то је превасходно дужност родитеља, односно старалаца. Наглашава се и овде да су државе чланице дужне да

обезбеде бесплатно основно образовање. Такође се оснивање школа и универзитета уређује законима држава чланица. Последњих година се у овој области ситуација знатно променила, па се, поред некада потпуно етатизованог, школског система, нарочито у области средњег, вишег и високог школства, брзо развија приватно школство. По правилу, захтева се за известан број ученика и студената и одређена новчана партиципација. То је у односу на раније стање новина, која је у друштву од озбиљног броја људи негативно примљена. – Слобода научног и уметничког стварања утврђена чл. 44. Повеље је једно од старијих социјално – економских права. И она је постављена као општељудско право, а ствараоцима научних и уметничких дела јемче се посебна, законом уређена права, као што су ауторско право, право на патенте и сл.

И раније се сматрало да су право на заштиту здравља и право на здраву животну средину релативно новија права. У том погледу Повеља у чл. 45. и 46. наставља линију која је више деценија била присутна у нашој уставности. Право на заштиту здравља је, такође, постављено као општељудско право, а државе чланице су обавезане да обезбеђују здравствену заштиту деце, трудница и старих, уколико она по другом основу већ није обезбеђена. – Све више постаје актуелно право на здраву животну средину, јер је савремени развој планете угрозио њене битне вредности. То је, исто тако, право сваког, а и државна заједница Србија и Црна Гора и државе чланице су одговорне за остварење заштите животне средине. Ово право обухвата и право на потпуно обавештавање сваког о стању животне средине, али претпоставља и дужност свакога да чува и унапређује животну средину.

7. Посебна је подгрупа личних права она која није директно везана за неприкосновеност људске личности и слободу, односно њена ограничења. То су права без којих је, ипак, незамисливо обезбедити телесни и духовни интегритет људске личности и њихов нормалан живот у савременом друштву. - Најпре се од те групе задржавамо на праву на поштовање приватног, личног и породичног живота, које, доста детаљно, уређује чл. 24. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама.

У ст. 1. чл. 24. Повеље се, најпре, утврђује да свако, дакле не само грађанин државне заједнице Србија и Црна Гора, има право на поштовање његовог приватног и породичног живота. Ту су обухваћени и његов дом и тајност преписке. Разрада овог полазног става утврђује да нико, свакако нити друго лице нити државни орган, не може ући у туђи стан или друге просторије против воље њиховог држаоца. Још мање се може вршити претрес тих просторија, без да за то постоји основа у одлуци суда. Улазак у туђи стан и претрес, без одговарајуће судске одлуке, дозвољен је само ако је то неопходно ради хапшења учиниоца кривичног дела или "ради отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе и имовину", али и то на начин који је уређен законом.

Тајност кореспонденције је, обично, уређена посебним чланом, али то је довољно прецизно урађено у ст. 3. чл. 4. Повеље. Тајност кореспонденције се односи не само на писма, него и на сва друга средства комуницирања. Одступање од тога је дозвољено само на одговарајуће време и на основу одлуке суда. Сврха тога мора бити потреба вођења кривичног поступка или одбрана земље, а сам начин мора бити уређен законом.

У овом оквиру је и релативно новије право заштите података о личности. Скупљање, држање и коришћење таквих података се уређује законом. Њихова употреба, ван сврха за које су прикупљени, је забрањена и кажњива. Иначе, свако има право да буде обавештен о подацима прикупљеним за његову личност, а и то у складу са законом.

Врло блиско овом праву је право на склапање брака, зајемчено чл. 25. Повеље. Брак се склапа на основу слободно датог пристанка будућих супружника. Како се и склапање брака и трајни раскид брака морају заснивати на равноправности супружника, у овом истом члану је утврђен и принцип једнакости права деце рођених у браку и деце рођених ван брака.

8. Посебну подгрупу ових, такође личних, права чине она права која су везана за духовни интегритет и слободу људске личности у најширем смислу речи. У Повељи су три члана посвећена тој материји. То је, најпре, слобода мисли, савести и вероисповести, о којој су одредбе груписане у чл. 26. Повеље. Ово право је општељудско и гарантује се сваком човеку, а обухвата слободу мисли, савести, уверења или вероисповести. По њему, свако има право, било да остане при свом уверењу или вероисповести, било да их сасвим слободно промени. Логична последица овога је право да нико није дужан да се изјашњава о својим верским или другим уверењима. Свако је слободан да, како у приватном, тако и у јавном животу, испољава своју вероисповест или своје друкчије, дакле и етатистичко уверење. Исповедање вере је обезбеђено и слободом свакога да обавља религијом прописане обреде, да похађа религиозну службу и учествује у верској настави, било појединачно, било у заједници са другима. Ова слобода, како исповедања вере, тако и других убеђења, може бити ограничена само законима. А и то се може учинити само ако је то неопходно ради заштите јавне безбедности, здравља, морала и права других лица. Родитељи и старатељи деце имају право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са њиховим уверењима.

Обзиром на чињеницу да у нашем, савременом друштву, религија и верске заједнице уопште и даље имају озбиљну друштвену улогу, то је оправдано што Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама томе посвећује посебан чл. 27. Његова материја, стриктно, није везана за људска права, већ, пре за карактер друштвеног уређења, али је сигурно услов за остварење непосредно коментарисаног права на слободу

мисли, савести и вероисповести. Према тој одредби, све верске заједнице су равноправне и одвојене су од државе. Ово је, свакако, далеко демократскије решење, било од модела државне цркве, где једна црква постаје, уствари, део државног механизма, било од тзв. признатих цркава, где исту позицију има неколико цркава.

Свим верским заједницама се гарантује слобода и самосталност у уређивању своје унутрашње организације, вршењу верских послова и верских обреда. Верске заједнице имају право да оснивају своје верске школе и добротворне организације, а у складу са законом. – Како се види, у наведеним одредбама се не помиње једна релација, која је и у прошлости и у савременом друштву, била од значаја. То је однос између верских заједница и политике. Ово сигурно није случајно, јер су гледишта о томе контроверзна, а у пракси, како у свету, тако и код нас, има много више примера злоупотребе, него коректног односа.

Најближе слободи мисли и савести јесте посебно гарантовање слободе мишљења и изражавања, обрађено у чл. 29. Повеље. И ово право, тј. слобода мишљења и изражавања је гарантовано свакоме. Оно укључује слободу да се говори писањем, сликом, односно на било који други начин траже, примају и шире обавештења и идеје. Део овог комплекса је и посебно право на приступ подацима који се налазе у поседу државних органа, а у складу са законом. Тако постављена слобода изражавања се може ограничити само законом. Али, и то је могуће учинити само ако се оцени да је то неопходно ради заштите права и угледа других лица, ради очувања ауторитета и непристрасности суда, националне безбедности, јавног здравља и морала или јавне безбедности. – Навели смо, детаљно, шта Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама садржи, јер се приступ том праву сада битно разликује од онога у Уставу СРЈ. Тамо је чл. 39. Устава СРЈ само лапидарно заједмчена слобода говора и јавног иступања. Управо искуства са разним видовима ограничавања овог права су, вероватно, били инспирација да се акт уставног карактера детаљније позабави најважнијим релативним елементима који осигуравају поштовање овог права.

Нема непосредне везе са претходно анализираним правом, али ипак је најближе овој подгрупи личних права, право на пунолетство. Према чл. 36. Повеље, пунолетство се стиче са навршених 18 година живота. – Најзад, у ову подгрупу личних права сматрамо да је оправдано сврстати и право на слободу кретања, заједмчено чл. 37. Повеље. То право је, као и ранијим уставним одредбама, повезано са слободом избора настањивања на целој територији државне заједнице Србија и Црна Гора. Посебно је наглашено, такође, као и у Уставу СРЈ, право свакога да напусти државну територију, и да се у њу несметано врати. У односу на поменуту одредбу у претходном Уставу СРЈ, чини нам се да је текст Повеље, мада шири у погледу субјеката које обухвата, мање логичан од решења у Уставу СРЈ,

"где је ово право било гарантовано само грађанима, тј. држављанима СРЈ". Иначе су слични, али нешто разрађенији, критеријуми за ограничење слободе кретања и настањивања – ограничење само законом, а ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка, заштиту јавног реда и мира, спречавање ширења заразних болести или одбрану земље.

Мада су прва два става чл. 37. Повеље формулисана тако да се мора закључити да је слобода кретања и настањивања општељудско право, према садржини ст. 3. и 4. истог члана, овај закључак би се могао довести у питање. У тим одредбама је посебно уређен положај странаца. То је учињено тако што је прописано да се улазак странаца и њихов боравак на територији државне заједнице Србија и Црна Гора уређује законом. Странац се, према истом ст. 3. чл. 37. Повеље може и протерати са територије државне заједнице Србија и Црна Гора, али то се може учинити само на основу одлуке надлежног органа у законом прописаном поступку. При томе, протерано лице се не може упутити тамо где му прети прогон због његове расе, вере, држављанства, припадности одређеној друштвеној групи или политичком мишљењу, или друга кршења права која су зајемчена Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама. Свакако се не може довести у питање хуманистичка усмереност овако формулисане одредбе, али је сигурно неизвесна њена реалност, тј. могућност да се обезбеди њено поштовање. За то је потребан и већи степен сагласности у међународној заједници, од онога који постоји.

Читава ова подгрупа људских права је дубоко повезана са групом политичких права, па се неће погрешити ако се на то и посебно укаже. Ово нарочито важи за слободу мишљења и изражавања, као и за право азила, утврђено чл. 38. Повеље. – Али, уопште је тврда класификација, односно подела, на лична и политичка права условна и мора се увек то имати у виду. Право на уточиште у Државној заједници Србија и Црна Гора има сваки странац "који основано страхује од прогона због своје расе, боје, пола, језика, вероисповести, националне припадности, припадности некој групи или политичких уверења". Директан израз актуелне друштвене и политичке ситуације, код нас, је посебна гаранција за лица која су принудно расељена, у оквиру територије државне заједнице Србија и Црна Гора. Повеља тим лицима јемчи право на "делотворну заштиту и помоћ". То треба да се уреди законом, а у складу са међународним обавезама државне заједнице Србија и Црна Гора. – Свакоме, ко иоле познаје нашу ситуацију после бројних ратова у последњој деценији прошлог века, је без посебних објашњења јасно колико је тежак и акутан овај проблем за државну заједницу Србија и Црна Гора.

9. У групи политичких права које обезбеђује Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, помињемо, најпре, слободу медија, уређену чл. 30. То чинимо због изузетне улоге коју медији имају у

савременом друштву уопште, а у политици посебно. – Свакоме се гарантује право да, без посебног одобрења, оснива новине и друга средства јавног обавештавања. То је, свакако, најшири и, демократском политичком систему, најближи приступ овој осетљивој материји. Али, известан изузетак од тога представљају телевизијске и радио станице, за чије је оснивање предвиђено да се оно уређује законима држава чланица. Управо ова модерна средства јавног обавештавања представљају све моћнију друштвену и политичку снагу, па, отуда, није случајна дуготрајна расправа о овим законима у државама чланицама и жестоке конфронтације око посебних органа, који спровођење тих закона треба да обезбеде.

Даље се, изричито, забрањује постојање цензуре у државној заједници Србија и Црна Гора, а гарантује свакоме право на исправку објављене неистините или нетачне информације, којом се вређа његово право или интерес, у складу са законом. Слично је, али не и идентично, право свакога на одговор, на информацију објављену у медијима. За ово право је, такође, предвиђено да се остварује у складу са законом, дакле и доносилац Повеље је свестан да је неопходна законодавна разрада. Упркос ових настојања изражених у Повељи, слободни смо да приметимо да је, још увек, у друштвеној и политичкој пракси знатно чешће кршење него поштовање ових права. – Најзад, Повеља изричито забрањује спречавање растурања штампе или ширења обавештења и идеја другим средствима јавног информисања. То се дозвољава само "ако се одлуком надлежног суда утврди да је то неопходно ради спречавања пропагирања рата, подстрекавања на непосредно насиље или заговарање расне, националне или верске мржње која представља подстицање на дискриминацију, непријатељство или насиље".[13]

Традиционално политичко право је слобода окупљања, уређена чл. 31. Повеље. Утврђује се јемство права на слободу мирног окупљања. За окупљање у затвореним просторијама није потребна никаква претходна дозвола, нити пријава. За зборове и демонстрације на отвореном простору, законима држава чланица је дозвољено да се пропише обавеза претходног пријављивања надлежним органима. И ограничења слободе окупљања везана су за законе држава чланица, а Повеља, само, утврђује да то може бити ради заштите јавне безбедности, јавног здравља и морала, националне безбедности и заштите права других лица.

У вишепартијском политичком систему, какав постоји у државној заједници Србија и Црна Гора, многи сматрају слободу удруживања једним од најважнијих политичких права. Међутим, како је слобода удруживања уређена чл. 32. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, треба констатовати да она само посредно уставно

[13] Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, чл. 30. ст. 5.

уређује уставну делатност политичких партија. Уствари, попут класичних уставних аката XIX века, политичке партије у државној заједници Србија и Црна Гора остају на свој начин екстрауставне категорије. То се бранило тезом да би њихово уношење у Устав представљало вид њихове етатизације. Но, и поред тога, у државама чланицама, па и у изборном законодавству у целини, није се могло избећи детаљније нормирање бар дела улога политичких партија. – Текст чл. 32. Повеље, најпре, прокламује да свако, дакле не само грађани, има право на слободу удруживања, што истовремено подразумева и његово право да буде или не буде члан неке организације. За политичке, синдикалне и друге организације се предвиђа да за њихово оснивање није потребно претходно одобрење, али је услов за њихово деловање упис у регистар који се води код надлежног органа у општини.

И овде се срећу уобичајени основи ограничења слободе удруживања: заштита јавне безбедности, јавног здравља и морала, националне безбедности и права других лица. Ова ограничења може прецизније прописати само закон државе чланице. За организације за чије се деловање утврди да је усмерено на рушење уставног поретка, укидање људских права или изазивање расне, националне или верске мржње и нетрпељивости, предвиђа се могућност да буду забрањене одлуком суда.

Као општељудско право утврђено је чл. 34. Повеље – право на петицију. Ово право се остварује, било појединачно, било заједно са другим, а обухвата, како подношење петиција, тако и других предлога државним органима. Ако подносиоци петиција то захтевају, надлежни органи су дужни да на њих дају одговоре. Значајна гаранција је, додуше мање разрађена него у ранијем Уставу СРЈ, да због коришћења права на петицију, нико не сме да трпи за њега штетне последице.

Типично политичко право, заправо историјски посматрано једно од најстаријих, је право грађана државне заједнице Србија и Црна Гора да учествују у одлучивању о јавним пословима, непосредно или преко својих представника. Поред ове прокламације, према стању у уставном систему и друштвеној пракси, далеко преовлађује посредно одлучивање, тј. одлучивање преко представника. То, аутоматски, подвлачи значај бирачког права, које се, према тексту Повеље, остварује преко представника слободно изабраних тајним гласањем на општим и посредним изборима. Грађани државне заједнице Србија и Црна Гора, који су пунолетни, дакле навршили су 18 година, имају и активно право да бирају и пасивно бирачко право да буду бирани. То значи да ови грађани имају право да бирају своје представнике у органе локалне самоуправе, државне органе држава чланице и институције државне заједнице Србија и Црна Гора. То право се остварује у складу са Уставном повељом државне заједнице и законима држава чланица. Дакле, сама Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, не предвиђа изборно

законодавство државне заједнице Србија и Црна Гора. У тој Повељи је само утврђено још да је бирачко право опште и једнако и да се остварује тајним гласањем. Значење ових одредница је детаљно коментарисано у претходним деловима ове књиге и ти коментари су довољни и за савремену уставну ситуацију.

Иако је везано за личност у ужем смислу речи, ми право на држављанство сматрамо, такође, претежно политичким правом. Ово, отуда, што се добар број политичких права, и то оних најважнијих, везује за статус држављанства. Према чл. 35. Повеље, дете рођено на територији државне заједнице Србија и Црна Гора, има право на држављанство, ако нема друго држављанство. Држављанин државне заједнице Србија и Црна Гора не може бити лишен држављанства. Њему је, такође, гарантовано да он не може бити протеран из државне заједнице и да, начелно, не може бити екстрадиран. Међутим, екстрадиција може бити прописана и у тачно одређеним случајевима она јесте међународна обавеза државне заједнице Србија и Црна Гора. – Иначе, о овој компликованој и сложеној материји било је речи и у претходним поглављима, а њоме се ближе баве и још неке друге гране права.

Овај, релативно кратак, списак политичких права, Повеља о личним и мањинским правима и грађанским слободама завршава правом на приговор савести, уређеним чл. 28. Тамо се предвиђа да нико није дужан, противно својој вери или убеђењу, да испуњава војну или другу обавезу која укључује употребу оружја. Иначе је право на приговор савести гарантовано и чл. 58. Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, али тамо је оно остало без разраде. У Повељи о личним и мањинским правима и слободама грађана, поред изнетог је још и предвиђено да лице које је истакло приговор савести може бити позвано да врши одговарајућу цивилну службу у складу са законом.

3. Права припадника националних мањина

1. Мада су и ранији уставни акти обухватали и права националних мањина, код нас су увек постојали, мање или више, оправдани приговори, како од припадника националних мањина, тако и од припадника већинског народа. По једнима, прокламована права, нити су довољна, нити се конзеквентно остварују, а по другима, мањинама је обезбеђено више права, него већинском народу. Ми смо у претходним разматрањима већ истакли, а сада понављамо, значај посвећивања посебне пажње националним мањинама, утолико пре што је то, уствари, једно од основних претпоставки демократије. Без тога није могуће остварити, ни делимично, класичну максиму демократије да она јесте владавина већине, али уз обезбеђење права за мањину.

Имајући то у виду, сматрамо да нарочиту пажњу заслужује чл. 47. Повеље о људским и мањинским правима и слободама грађана, у коме су обухваћени "Основи и оквир права припадника националних мањина". – Полазни став утврђује да се заштита права припадника националних мањина остварује "у складу са међународно–правном заштитом људских и мањинских права". Ово подвлачење међународно–правне компоненте је тековина друге половине прошлог века, у Европи нарочито. За нашу земљу је ово и један од услова за прикључење Европској Унији, што се после 2000. године појављује као неспорни општи циљ свих озбиљних политичких групација, па чак и оних које су стварно националистичке, и то заправо, не желе.

Затим следи ст. 2. који, на известан начин, настоји да отклони један од приговора – недостатак колективних права националних мањина. У њему се прецизира да припадници националних мањина имају, како индивидуална, тако и колективна права, тј. права која се остварују појединачно или у заједници са другима. Све то у складу са законом и међународним стандардима. За колективна права је посебно речено да она "подразумевају" (што не изгледа довољно прецизан израз), да припадници националних мањина, непосредно или преко својих представника, учествују у одлучивању или да сами одлучују о појединим питањима везаним за њихову културу, образовање, информисање и употребу језика и писма.

Ради остваривања права на самоуправу у тим областима, Повеља о људским и мањинским правима и слободама грађана у ст. 4. истог чл. 47. предвиђа могућност да националне мањине могу да изаберу своје савете. Остваривање свега овога се предвиђа "у складу са законом", што може да има само једно рационално значење – да је за остварење тих колективних права потребна законска разрада.

Да ли то треба да буде закон државне заједнице Србија и Црна Гора или закони држава чланица у Повељи о људским и мањинским правима и слободама грађана, није директно одређено. Члан 9. Уставне повеље ту дилему делимично решава, јер предвиђа да државе чланице "уређују, обезбеђују и штите ... и мањинска права ... на својој територији". Истим чланом је забрањено снижавање достигнутог нивоа људских и мањинских права и утврђено је да државна заједница Србија и Црна Гора прати остваривање тих права и "обезбеђује њихову заштиту, у случају када та заштита није обезбеђена у државама чланицама". Поред тога, треба подсетити да у структури Савета министара постоји посебно Министарство за људска и мањинска права. У надлежностима Скупштине Србије и Црне Горе није изричито предвиђена надлежност за доношење закона државне заједнице и у овој области. – То би све упућивало на то да је у питању искључиво законодавство држава чланица.

Тенденција ка ширењу законодавне, али и свих других функција власти држава чланица посредно се може закључити и из ст. 5. чл. 47. Повеље. У њему се дозвољава могућност употребе и других термина за ознаку ових националних група, поред термина "национална мањина". Ти други термини који буду утврђени уставом и законима држава чланица, могу се употребљавати равноправно са термином "национална мањина". У ранијој уставности би то био термин "народност", а сада се среће и термин "национална заједница".

2. Извесно је да наредна четири члана (чл. 48 – 51), представљају основно полазиште за постизање равноправности националних мањина са правима већинског народа. То је, најпре, јемчење пуне слободе изражавања националне припадности, која је, према нашој уставној традицији, праћена и правом сваког човека да се не изјашњава о својој националној припадности. Са разлогом се истиче та полазна позиција, као један од битних елемената једнакости и равноправности свих људи и *conditio sine qua non* демократског политичког система.

Одмах иза тога следи чл. 49. Повеље о људским и мањинским правима и слободама грађана, посвећен разради забране дискриминације. У томе се истиче јемчење равноправности припадницима националних мањина пред законом и подједнака законска заштита. Забрањена је било каква дискриминација по основу припадности националним мањинама. Но, наглашено је да се дискриминацијом не могу сматрати они прописи, мере и акције које су усмерене на обезбеђивање права припадника националних мањина, када се они, објективно, тј. без тих мера, налазе у неравноправном положају. Тим прописима, мерама и акцијама, који се у литератури називају и позитивном дискриминацијом, треба да се омогући пуно коришћење права националним мањинама, под једнаким условима као и већинском народу. Имајући у виду наша искуства из прошлог века, а нарочито његове последње деценије, није претерано написати да је без таквих гаранција, национална равноправност, па уопште равноправност и једнакост, пред законом припадника националних мањина - стварно пука политичка прокламација.

Сматрамо изузетно значајним још један аспект националне равноправности уопште, па и припадника националних мањина посебно. То је изричита забрана националне асимилације коју садржи чл. 50. Повеље. Та изричита забрана насилне асимилације, тако чисто формулисана, није постојала у ранијим уставним актима, мада је једно беневолентно тумачење уставног третмана националних мањина и тада водило ка осуди сваке насилне националне асимилације. Но, сада је све то потпуно јасно прецизирано као обавеза, како државне заједнице, тако и држава чланица да штите националне мањине од сваке акције која је усмерена ка принудној асимилацији. Ово је, свакако, бар нормативно, озбиљан напредак, јер искуства са *melting pot*-ом на територији Европе,

дала су лоше резултате и по очување националног идентитета и грађанске равноправности.

Ову подгрупу мањинских права завршава чл. 51. Повеље, којим се забрањује изазивање расне, националне и верске мржње. У њему се изричито подвлачи да је забрањено и кажњиво свако изазивање и подстицање националне, расне и верске или било какве друге неравноправности. Исти третман има и изазивање и распиривање националне, расне, верске и друге мржње и нетрпељивости. Треба и овом приликом подсетити да су се у суштини исте садржинске одредбе налазиле и у свим ранијим југословенским уставима после Другог светског рата, као и да је кривични кодекс у истим фазама тешко инкриминисао ово кривично дело. Нажалост, збивања у последњој деценији прошлог века су показала да ни то није било довољно. Чим су настали организовани друштвени и политички напори да се то реализује у свакодневној пракси, показало се да је у питању онај узрок који је био довољан да изазове невиђене, суштински самоубилачке, ратове и кризу, чију је дубину још увек тешко сагледати.

3. Новина коју није познавао ранији правни систем налази се у чл. 52. Повеље, под не потпуно адекватним насловом – "Право на очување посебности". Ту је, релативно прецизно, наведен читав низ елемената, који сви треба да бар битно помогну очувању националне посебности припадника националних мањина. Тако се њима посебно гарантује право на изражавање, чување, неговање, развијање и јавно испољавање националне, културне, етничке и верске посебности. Мада би се сличан закључак могао извести и из претходно наведених одредаба, искуство, и у овом случају, показује да ни ово прецизирање, у коме има понављања, није сувишно.

Даље следи известан број специфичних права, као што су право на употребу својих националних симбола на јавним местима. То се односи, како на традиционалне амблеме – застава, грб, тако и на друге ознаке које имају карактер националног, етничког или верског симбола. Ни ово за раније југословенске правне система није апсолутна новина. Али, Устав СРЈ није садржао о томе изричиту одредбу, а пракса, која је развијена већ од краја 80-тих година прошлог века, је, бар у Републици Србији, негирала ова, раније, понекад и неписана, права националних мањина. Већ због тога, ова алинеја чл. 52. Повеље има озбиљан политички значај.

У извесном смислу је, свакако пре свега за свакодневни живот, значајнија слободна употреба свог језика и писма, која се изричито гарантује у алинеји 3. чл. 52. Повеље. Неки аспекти овог темељног националног права припадника националних мањина су обухваћени и наредним алинејама овог истог члана Повеље, али је нарочито значајно законско разрађивање тога (које је већ започело), а ми смо га посебно споменули у глави посвећеној судској власти.

Управо у складу са овим је посебна алинеја 4. чл. 52. Повеље, која утврђује да у срединама са значајном мањинском популацијом, државни органи воде поступак и на језику националне мањине која чини значајни део локалне популације. – Овој алинеји, да би стварно деловала на друштвене односе, свакако треба даља правна разрада, што исто тако важи и за већи број следећих алинеја. У њима се, даље, прокламују права припадника националних мањина на: школовање на свом језику у државним установама (алинеја 5); оснивање сопствених приватних образовних установа на свим нивоима (алинеја 6); коришћење имена и презимена на сопственом језику и да у срединама са значајном мањинском популацијом традиционални локални називи, имена улица и насеља и топографске ознаке буду и на језицима националне мањине (алинеја 7). – Истини за вољу, треба речи да овакве или сличне гаранције нису апсолутна новина на нашим просторима. Само, у прошлости, нарочито у последњој деценији прошлог века, ова права су најозбиљније угрожавана, па и негирана.

Треба подвући и, до сада, бар у уставима и другим нормативним актима, непознату категорију коју садржи алинеја 8. чл. 52. Повеље. Према њој, припадници националних мањина имају право на одређен број мандата у скупштинама држава чланица и у Скупштини Србије и Црне Горе. При томе се захтева да се полази "од принципа непосредне репрезентације", а да се то остварује у складу са законима држава чланица. Већ на први поглед је јасно да остварење овог права максимално зависи од даље правне разраде, при чему текст саме Повеље пружа само основну оријентацију. – Потпуно иста напомена важи и за следеће право прописано у алинеји 9. чл. 52. Повеље. То је право припадника националних мањина на одговарајућу заступљеност у јавним службама, органима државне власти и локалне самоуправе.

Најзад, у алинејама 10. и 11. чл. 52. Повеље, утврђује се и у основним елементима разрађује право на информисаност. Оно је постављено као право на "потпуно и непристрасно информисање (припадника националних мањина – додатак коаутора А.Ф.) на свом језику". То право укључује слободу изражавања, примања, слања и размене информација и идеја. Ту је и посебно право на оснивање сопствених средстава јавног информисања. После овако доста неуобичајено опширне разраде ових права, сасвим логична је последња алинеја чл. 52. Повеље, која прописује да се законом има уредити начин коришћења ових права.

4. Суштински врло слично претходно коментарисаној подгрупи јесте право на удруживање, прописано чл. 53. Повеље о људским и мањинским правима и слободама грађана. Поред слободе удруживања, уређене чл. 32. Повеље, која је постављена као општељудско право свакога, а коју смо већ коментарисали, чл. 53. то посебно разрађује за припаднике националних мањина. Њима се ту гарантује право на оснивање сопствених просветних и

културних организација, а наглашава се да њихово финансирање мора бити добровољно. Иначе се организацијама и удружењима припадника националних мањина признаје нарочита улога у остварењу свих права националних мањина.

Као што се види, у овом члану се не говори о типичном политичком удруживању и организовању, које је у нашим условима практично најзначајнији облик коришћења права на удруживање, па зато, ни овде нема говора о политичким партијама и организацијама, мада су и код националних мањина политичке партије истог значаја. Важно је поменути да и за ове политичке партије и организације важи, начелно, исти режим као и за све друге политичке партије. Дакле, и оне се оснивају по најширем принципу, без претходне дозволе власти, само уз обавезу пријављивања. И за њих важи могућност ограничења овог права ради заштите јавне и националне безбедности, јавног здравља и морала, те заштите права других лица. Такође, и ове политичке партије могу бити забрањене одлуком надлежног суда, ако је њихово деловање усмерено на рушење уставног поретка, укидање зајемчених људских права или изазивање националне, расне или верске мржње и нетрпељивости.

5. У подгрупи мањинских права, које обухвата чл. 54 – 57. Повеље о људским и мањинским правима и слободама грађана, су право на сарадњу са сународницима у другим државама, унапређење услова живота, развијање духа толеранције и јемство стечених права. – Припадници националних мањина имају право да несметано одржавају везе са својим сународницима који живе ван територије државне заједнице Србија и Црна Гора. Искуство показује да је ово право од великог значаја за очување националног идентитета националних мањина. Додуше, постоје и примери злоупотреба тих веза и односа, али за њихово сузбијање мора да буду примењена средства која смо већ помињали, укључив и велику улогу мирољубиве спољне политике.

Под насловом "Унапређење услова живота", чл. 55. Повеље садржи читав низ права "негативног статуса", тј. обавеза државе према националним мањинама и њиховим припадницима. Као обавеза држава чланица је прописано да оне усвајају одређене мере за унапређење пуне равноправности припадника националних мањина и оних који припадају већини. То се, практично, односи на све области друштвеног живота, а Повеља у том контексту изричито помиње сферу економског, социјалног, политичког и културног живота. Те мере, кад се оцени да је то потребно, обухватају отклањање изразито непогодних услова живота, који посебно погађају припаднике националних мањина. Класичан пример за то је вековно неповољан општи положај Рома. Сведоци смо посвећивања веће пажње том проблему, мада се тешко може говорити о нужној квалитативној промени услова њиховог живота. У последњем ставу истог чл. 55. Повеље се, уствари поново, прецизира обавеза државне заједнице

Србија и Црна Гора, као и држава чланица, да свако у оквиру своје надлежности гарантује припадницима националних мањина да, равноправно са осталим грађанима, учествују у вођењу јавних послова, да користе своје бирачко право и да се кандидују за све јавне функције.

У контексту који чине сва претходно изнета права, све већи значај има једно суштински политичко начелно развијање духа толеранције, које је чл. 56. Повеље претворено у обавезујућу уставноправну норму. Посебно су номиниране области образовања, културе и информисања. У њима државна заједница Србија и Црна Гора и државе чланице имају обавезу да подстичу дух толеранције и међукултурног дијалога, као и да предузимају мере довољно ефикасне за унапређење узајамног поштовања, разумевања и сарадње. То обухвата све односе међу људима који живе на њиховој државној територији, и то, без обзира на њихов етнички, културни, језички или верски идентитет. Ово је, мада се налази у делу Повеље који је насловљен као "Права мањина", свакако ствар која се тиче целокупне популације и може се рећи да се и односи на све и свакога на територији државне заједнице Србија и Црна Гора.

Повеља о људским и мањинским правима и слободама грађана се завршава чл. 57. који садржи посебна јемства стечених права. У овом члану се, најпре, понавља највећи део ст. 2. чл. 9. Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, који утврђује да се достигнути ниво људских и мањинских права, како индивидуалних, тако и колективних, не може смањивати. Следи даље и посебна разрада за заштиту права националних мањина. Утврђено је да Повеља о људским и мањинским правима и слободама грађана који су стечени на основу ранијих прописа, те права стечена на основу међународних уговора којима је приступила СРЈ се не могу сматрати укинутим, нити промењеним.

Све у свему, на нивоу уставних аката, права националних мањина су свеобухватно утврђена, а њихова стварна вредност зависиће од правне разраде, система заштите и друштвених и државних мера и акција.

Dragan Bataveljić, an associate professor

THE CHARTER ON HUMAN RIGHTS AND MINORITIES CIVIL RIGHTS AND FREEDOMS AS A PART OF THE CONSTITUTIONAL CHARTER OF THE STATE UNION OF SERBIA AND MONTENEGRO

When considering this issue, some very important facts have to be taken into account, such as the specific time when these constitutional acts are being passed and are coming into effect. This period is usually marked by a broadly accepted term: transition. However, what is not broadly and unanimously accepted is the consent over what is changing in this transitional period. Also, the goals of these changes are determined with a high degree of abstraction. This and other general and philosophical issues are not the subject of Constitutional Law, yet, they certainly determine its meaning.

In our State Union, all segments of social and economic life have been badly damaged in the years of war conflicts. Endeavors aimed at its rebuilding have not yet yield expected and promised results. Such conditions even more emphasize the existing gap between normative and actual state and, especially in the field of human freedom and rights, turn it into a conflict. Therefore it is obvious why this Charter on human rights and minorities civil rights and freedoms is more concerned with personal and political than with social and economic rights.

At this moment it is very difficult to predict with a great certainty how and to what extent will the constitution of the State Union of Serbia and Montenegro deal with the issue of human rights and freedoms. The previous situation was different since the member states adopted and included in their constitutions the relevant regulations from the federal, that is, the central constitution. This was often justified by the requirement that member states constitutions should comply with the federal constitution. This seemed to be a logical explanation, but it was not legally justifiable and caused many problems in the realization of constitutional and court control over these rights.

With, so called, *transfer* of regulations from the constitutional documents of the State Union to the constitutional documents of member states, we change their legal effect. In such cases we cannot avoid certain problems in constitutional and judicial control over these laws. Emphasizing the political

reasons for this *transfer* means a voluntary consent of the member states to accept the regulations of the higher legal authority and it is legally unsustainable. Therefore, the only rational and legally acceptable solution would be to encompass the rights and freedoms which are specific for the particular member state and to further develop those rights and freedoms included in the State Union constitution.

Бојан Урдаревић,
асистент-приправник

***UDK**: 331.101.24(4-672EU)*

ДИСКРИМИНАЦИЈА У ЗАПОШЉАВАЊУ ПРЕМА ДРЖАВЉАНСТВУ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Дискриминација уопште, па и дискриминација у запошљавању, представља негативну друштвену појаву. Иако је лоша за друштво, често у њему налази основ свог постојања, или другим речима, друштво својим правилима, а често и предрасудама ствара погодно тло за појаву свих облика дискриминације. Дискриминација у запошљавању подразумева, како дискриминацију која се спроводи у поступку заснивања радног односа, тако и дискриминацију током трајања радног односа и дискриминацију по престанку радног односа.

У раду је посебно обрађена дискриминација у запошљавању према држављанству која је одувек била (и биће) актуелна у државама чланицама Европске Уније. У првом делу говори се о самом појму дискриминације у запошљавању и указује се на постојање директне и индиректне дискриминације. Касније, у разради помиње се велики број примера из судске праксе Европског суда правде са посебним освртом на најновије директиве Савета бр. 2000/43/ЕЗ и 2000/78/ЕЗ.

У завршном делу рада помиње се право на толеранцију и закључује се да влада сваке државе има одлучујућу улогу у креирању такве радноправне регулативе која ће омогућити једнаке шансе за остваривања индивидуалних и колективних права запослених без обзира на лична својства.

1. Појам дискриминације у запошљавању

Реч "дискриминација" изведена је из латинске речи "***diskriminare***" – што значи одвајати, правити разлику. Она представља однос који се заснива на укидању или ограничавању принципа равноправности и једнакости у стицању, коришћењу и уживању права и слобода човека, односно грађанина.[1] Као таква, дискриминација, односно њена забрана, прописана је најзначајнијим актима међународног радног права – конвенцијама и препорукама Међународне организације рада.

[1] Б. Шундерић: "Право Међународне организације рада", Београд, 2001, стр. 179.

Према Конвенцији бр. 111. Међународне организације рада, која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања, дискриминација у запошљавању представља било какво разликовање, изузимање или давање предности извршено на основу расе, вере, политичког мишљења, националног или социјалног порекла која резултира поништењем или угрожавањем једнакости могућности или третмана у запослењу или занимању. Коришћење формулације "резултира поништавањем или угрожавањем" је техника израде закона која се бави питањем директне и индиректне дискриминације.[2] На националним нивоима, законодавци би исто тако требали да обрате пажњу на важност припремања текста, тако да он обухвати обе врсте дискриминације.

2. Директна и индиректна дискриминација

Директна дискриминација постоји када неравноправан третман следи директно из закона, прописа, односно праксе, чиме се предвиђају очигледне разлике по једној од одређених основа. Пример за то, био је српски Грађански Законик (§§ 37, 107 и 920) који је статус удате жене изједначио са статусом малолетника од 7-21 године живота, па жена није могла предузимати ниједан правни акт, било на штету, било на корист брачне заједнице, без посебног одобрења свог мужа.[3] Међутим, ово у то време није био случај само код нас, већ и у многим другим европским и ваневропским земљама (Белгија, Холандија, Конго, Хаити итд).[4] Сви ови случајеви који су значајно умањивали права жена данас би се могли сврстати у директну дискриминацију према полу.

Поред овог облика директне дискриминације, постоје и други појавни облици који су данас актуелни. Тако је у земљама чланицама Европске Уније познат случај Dona[5] у коме је Европски Суд Правде упоређивао усклађеност комунитарног права са националним прописима по којима само фудбалери који припадају Италијанском фудбалском савезу могу да учествују у утакмицама као професионални или полу-професионални играчи, а припадност савезу је била условљена италијанским држављанством. Другим речима, страни фудбалери нису могли да дођу у Италију и да се баве фудбалом. Европски суд правде је донео пресуду у којој се наводи да су италијански прописи у супротности са начелима комунитарног права, али је дозволио да се странци искључе из утакмица у којима би учествовао италијански национални тим. Као резултат овог дошло се до „центлменских споразума" са UEFA-ом (Union of European

[2] European Commission, "Employment in Europe" Bruissels, 2000, стр. 55.
[3] Н. Тинтић, Радно и социјално право, Загреб, 1972, стр. 19.
[4] Видети више, Н. Тинтић, нав. дело, стр. 21.
[5] Case 13/76 (1976) ECR 1333.

Football Associations), према којима је италијанским прволигашима дозвољено да имају најмање три страна играча плус два ″натурализована″ у домаћем првенству.[6]

Индиректна дискриминација односи се на ситуације и правила која се на први поглед чине неутралним, али која у пракси доводе до неповољнијег положаја појединих категорија лица. Ту се пре свега мисли на раднике мигранте који могу бити дискриминисани по различитим основама. Тако на пример, у случају Allue and Coonan[7] италијанско право је ограничило трајање уговора о раду страних преводилаца, а то није учинило за домаће раднике. С обзиром да је сам 25% преводилаца италијанске националности, ова одредба је највећим делом погађала раднике мигранте. Европски суд правде донео је одлуку према којој је ово случај индиректне дискриминације која је у супротности са чланом 39 Уговора о оснивању Заједнице.

Укратко, намера да се врши дискриминација није потребна. Довољно је само коришћење термина који указују да постоји дискриминаторски третман одређених категорија људи. То је често у облику индиректне дискриминације жена, посебно на плану једнаког плаћања за рад. Један пример ове ситуације би могао бити када одређене групе радника, као што су жене-радници које раде са половином пуног радног времена не примају накнаде за рад које послодавац одобрава осталим радницима.

Увођење квалификацијских термина "директно" и "индиректно" у концепт дискриминације заживело је у многим законодавствима земаља чланица Европске Уније, пре свега због пажње која им се поклања у мултилатералним инструментима. На пример, у више закона, како, онима који садрже начелне текстове о једнакости, тако и у посебним законима о раду, укључене су одредбе о директној и индиректној дискриминацији након усвајања Директиве Европске Економске Заједнице о једнаком третману[8]. Циљ ових одредби је да се примени принцип једнаког третмана за мушкарце и жене у односу на могућност запослења, стручне обуке, унапређења, и радних услова.[9]

Члан 2. поменуте Директиве наводи да "принцип једнаког третмана значи да неће бити никакве дискриминације, било директне или индиректне, на основу пола, брачног или породичног статуса".

---

[6] О овом случају видети више: C. Barnard, EC Employment Law, Oxford, 2000, стр. 122.
[7] Case 33/88 1989) ECR 1591.
[8] Dir 76/207/EEC Equal Treatment Directive (OJ 1976 L39/40)
[9] C. Barnard, нав. дело, стр. 7.

3. Забрана дискриминације према држављанству у Европској Унији

Дискриминација према држављанству је свакако једна од најактуелнијих тема о којој се доста расправља у државама чланицама Европске Уније, јер је у тим земљама понајвише распрострањена. Сам појам држављанства је одувек за науку био тежак проблем, а чини се да с временом добија и све већу вредност. Како проф. Тинтић исправно закључује, појам странца одређује се негативно од појма држављанства, те се странцем сматра она физичка особа која није држављанин земље запослења.[10]

Са успостављањем новог светског поретка после Другог светског рата и са оснивањем великог броја међународних организација, питање статуса радника (не)држављана постаје отворено. Чињеница је да треба примењивати режим једнаког третмана према свим страним држављанима, али то готово нигде није постојало, а где се и покушало било је краткотрајно.[11]

Једнаки третман је у почетку био најшире остварен у оквирима Европске Заједнице где је постојало право радника да остану на територији једне државе чланице пошто су се ту запослили. Међутим, да би се принцип једнаког третмана спровео у живот било је потребно претходно омогућити слободно кретање радне снаге на територији земаља чланица.

Први корак у омогућавању слободног кретања радника је предузет 1951. године успостављањем Европске заједнице за угаљ и челик, где члан 61. Уговора о Европској заједници за угаљ и челик, предвиђа да се уклоне ограничења заснована на држављанству за запошљавање радника у индустрији угља и челика. Овом одредбом су се успоставила специјална правила за слободу кретања радника у индустрији угља и челика, али се тек Уговором о оснивању Европске економске заједнице прокламује принцип слободног кретања свих врста радника. Уговор има оквирни карактер, а детаљнија правила успостављају се активношћу Европског савета и Европске Комисије, тј. секундарним законодавством. Овим је слободно кретање радника постало један од

[10] Н. Тинтић, нав. дело, стр. 42.

[11] Покушај је извршен за време француске револуције, а потом Париска комуна (1871) свечано је прогласила равноправност држављана и странаца. Слично је било и са РСФСР и њеним Уставом из 1918. године, признавши сва политичка права руских грађана странцима-радницима који су без икаквих формалности могли да добију руско држављанство.

основних принципа заједничког тржишта, а то је и била неминовност јер јединствено тржиште подразумева и јединствено тржиште рада[12].

Колико је принцип забране дискриминације у запошљавању према држављанству важан у земљама чланицама Европске Уније показује и то што се таква одредба налази у члану 12. првог дела Уговора о оснивању Европске Заједнице који носи назив ″Начела″. Овај члан прописује да се ″у оквиру примене овог уговора и уз поштовање свих његових посебних одредби, забрањује свака дискриминација по основу држављанства.″ Истовремено, овлашћује се Савет Министара (подвукао Б.У.) да може да доноси прописе у складу са унапред предвиђеним поступком. Значај члана 12 наглашен је од стране Европског суда правде у случају Data-Delecta[13]. У пресуди је наглашено да принцип забране дискриминације значи да мора постојати савршена једнакост третмана у државама чланицама држављана и не-држављана (миграната). То истовремено значи да ће радници мигранти моћи да уживају у бољим социјалним условима у оним земљама које имају високи социјални стандард, докле год се он примењује на домаће држављане.

Ипак, начелна забрана дискриминације очигледно није била довољна да се ова негативна друштвена појава спречи[14], па је стога забрана директне и индиректне дискриминације према држављанству, као и принцип слободног кретања радника, детаљније разрађен у члану 39. Уговора о оснивању Европске Заједнице, који прописује следеће[15] :

Унутар заједнице биће обезбеђена слобода кретања радне снаге.

1. Таква слобода обухвата укидање сваке дискриминације између радника држава чланица по основу држављанства у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада.

2. Уз изузетак оправданих ограничења из разлога јавног поретка, безбедности и здравља, слобода кретања даје радницима право:

а. да прихвате стварно учињене понуде за запослење

б. да се у ту сврху слободно крећу на територијама држава чланица

в. да бораве у једној држави чланици у циљу запослења у складу са законским и административним прописима који регулишу запошљавање држављана тих држава чланица и

г. да се задржавају на територији државе чланице након запослења у тој држави, у складу са условима које Комисија утврди у извршним уредбама.

---

[12] Б. Лубарда, "Слободно кретање радника у Европској Заједници", Београд, 1994, стр. 141.

[13] Case C-43/95 Data-Delecta v. MSL Dynamics (1996) ECR I-4661.

[14] Интересантна је аналогија да и наш Закон о раду предвиђа забрану дискриминација у члану 12, али су изостале неке детаљније одредбе.

[15] Д. Лопандић, "Уговор о Европској Унији", Београд, 1999, стр. 8.

3. Одредбе овог члана се не примењују на запошљавање у јавној управи.

Док се чланом 39. дозвољава слободно кретање радника и не оправдава се дискриминација по основу држављанства, државе чланице задржавају могућност да искључе лица која нису држављани Европске заједнице на основу државне политике, сигурности или здравља. Кога ће и како искључити у почетку је било остављено владама земаља чланица. Тако су се одредбе о слободном кретању радника више користиле да би се превазишле одређене препреке везане за имиграциону политику, него да би се створило унификовано тржиште радне снаге на коме би се сви радници слободно кретали. Другим речима, иако су државе чланице предузеле и уклониле неке забране код миграције радне снаге, дотле су задржале и пооштриле своју имиграциону контролу.

Члан 39. дозвољава право на улазак и настањење за оне који желе да прихвате неки посао. Предложено је и да је понуда за посао морала да постоји пре него што је радник ушао на територију те земље, тј. радник не може да уђе у земљу да тражи посао, већ понуда за посао мора да постоји раније. Ово показује извесну дозу страха да ће слободно кретање радника довести до прилива незапослених лица у богатије земље.

Жеља за даљим ширењем државне контроле видела се и 1968. године када је Савет Министара усвојио одлуку да ће се боравак у земљи ограничити на три месеца за тражење посла под условом да се не ослања на буџет земље пријема[16].

Временом је постало јасно да државе чланице Европске Уније не желе да створе унификовано подручје на којем би се држављани из земаља чланица слободно кретали.

Комисија је донела Директиву 68/360 која се односи на право уласка и боравка у држави чланици, на основу које је омогућено право уласка свих држављана заједнице и право боравишта за све који могу себе економски да издржавају, уз забрану за земље пријема да траже већу економску моћ тог лица, од оне коју би тражиле за своје држављане.[17] Овом Директивом се не дозвољава земљама чланицама да задрже политику којом ће зарађивати на оваквим мигрантима[18].

Радницима мигрантима се гарантује право да се запосле на територији државе чланице под истим условима као и домаћим држављанима. Уколико би одредба националног права експлицитно или имплицитно ограничавала право радника да се запосли и обавља свој рад она би била

[16] B. Wilkinson," Free movement of workers: Nationality, Discrimination and Europcan Citizenship", London, 1996, стр. 25.
[17] Directive 68/360 on the rights of entry and residence (OJ spec ed 1968 L 257/13)
[18] B. Wilkinson, op. cit.

непримењива из разлога супрематије права Заједнице у односу на право државе.

У члану 3. Директиве 68/360 проглашавају се непримењивим одредбе националног права којима се: прописује специјални поступак запошљавања за стране држављане, ограничава оглашавање упражњених радних места у новинама или другим средствима информисања, страни радници подвргавају другим условима оних чије се испуњење тражи на територији те државе и подвргава избор за пријем у радни однос условима регистровања радника код служби за запошљавање или спречава поступак запошљавања појединих радника (када је реч о лицима која не бораве на територији дотичне државе).

Поред овога, непримењива су и правила националног права којима се процентуално ограничава запослење странаца, држављана државе чланице Заједнице.

До повреде принципа једнакости долази када национално законодавство предвиђа различите услове рада за домаће раднике у односу на раднике из других држава чланица. Европски Суд правде је указао на то да дискриминација може имати форму неког позитивног чина упереног против странца-радника, али и форму ускраћивања неке користи која је одобрена домаћем држављанину.

Директивом 68/360 предвиђено је да сви држављани земаља чланица имају доступност професионалном усавршавању у школама и центрима за професионално оспособљавање.

Посебан случај представља тзв. обрнута дискриминација, тј. случај када се радник, домаћи држављанин третира неповољније од странца. Заштита оваквог радника је предвиђена чланом 39. ст. 2. Уговора о оснивању Европске Уније, који се односи на било коју дискриминацију засновану на држављанству.

Док је жеља Европског Парламента била да створи европског грађанина, државе чланице нису биле задовољне својим третманом[19].

Неке од њих су сматрале да је питање контроле њихових имиграната и политика тржишта рада њихов прерогатив. У том смислу и не чуди сукоб схватања између суверене државе са једне стране, и Европског Суда правде са друге. Иначе, треба напоменути да је улога Суда правде од посебног значаја, јер је он знатно допринео развоју права Европске Економске Заједнице, посебно сходно овлашћењу да прибегне општим правним принципима при решавању спорова. У духу ове доктрине, Суд је одбио да дозволи земљама чланицама да саме просуђују када су изузеци наведени у члану 39. оправдани. Суд је остао непопустљив у схватању да

[19] Bob Watt,"Discrimination Law", London, 1996 33. Casc 42/74 (1975)

ће правом заједнице бити утврђен садржај ових изузетака, а да државе чланице могу да ставе само предлог Суду.

Један од најзначајнијих спорова везан за примену изузетака у члану 39. је спор Van Duyn vs. Home Office[20], који је био и први случај по овом питању.

Наиме, холандској држављанки Van Duyn, је био забрањен улазак у Британију ради запослења у једној цркви у области сцијентологије (Church of Scientology). Сциентологија се могла описати као ″маргинална религија″ коју снажно подржавају њени следбеници, али наилази на неодобравање снажнијих верских заједница. Британска влада је неколико година пре тога дошла до закључка да је ова религија штетна по ментално здравље њених следбеника и водила је политику обесхрабривања њене делатности, иако је није прогласила за незаконити. Када је госпођица Van Duyn стигла у Енглеску није јој дата улазна дозвола и то је образложено позивањем на одредбу о јавном поретку. Она је пред енглеским судом ту одлуку оспорила, а Европски суд је касније указао да одлуке националних власти донете позивањем на одредбу члана 39 ст. 3. подлежу контроли законитости у судовима држава чланица.[21]

Директивом 1604/221 се прописује да изузеци наведени у члану 39. могу бити засновани само на личном понашању и поступцима појединца (радника и чланова породице) у питању, а никако не могу служити постизању економских циљева. Зато и сама одлука о депортацији може бити донета само уколико је угрожен јавни поредак, сигурност и здравље поступком појединог радника.

Поменута директива 1604/221 захтева да се забрана из разлога јавног поретка може изрећи само на основу личног понашања појединца. Суд је морао да одлучи да ли се чланство неке организације која није илегална, али је непожељна, може третирати као "лично понашање" и подвести под основу јавног поретка. На крају Суд је одлучио да понашање појединца не мора да буде незаконито у том смислу да би се оправдало искључење све дотле док сама држава такво понашање не сматра друштвено штетним. Ова одлука је била изложена великој критици јер је дозвољавала државама чланицама да дискриминишу појединце у погледу држављанства, а самим тим и да различито третирају вршење истих послова.

У својој даљој пракси Суд није увек био на страни земаља чланица и увек им дозвољавао дискрецију. Другим речима, Суд је прихватио двоструке стандарде под којима се дискриминаторски третман може заснивати на држављанству. Тако на пример у случају Airola v.

[20] Case 42/74 (1975)
[21] T. Hartly, Основи права Европске Заједнице, Београд, 1998, стр. 186.

Commission[22], дискриминаторска одредба је била део националног права. У овом случају је тужитељка изгубила право на неки додатак због тога што је, удавши се за Италијана, аутоматски стекла италијанско држављанство, иако то није желела. Дискриминација је постојала у томе што се ово право не примењује на страно лице мушког пола које се ожени Италијанком.[23] Право Заједнице је прихватило одредбу италијанског права, и то је постојало све док Европски суд правде није одлучио да право Заједнице не може да прихвати држављанство које је стечено против жеље лица у питању. Тако је у својој новијој пракси, Суд инсистирао на томе да државе чланице немају право да примењују различите стандарде у зависности од држављанства.

У погледу права на изузеће у погледу јавног здравља, земље чланице овај изузетак не примењују једнострано.

У директиви 1604/221 се спомињу само заразе и инвалидности као основа за одбијање пријема. Уколико држављанин Уније буде заражен или наступи неки степен инвалидности по уласку у земљу чланицу, тада земља чланица не може да овог "страног" држављанина отера и да чињеницом постојања заразе или инвалидности оправда свој поступак.

Оваква одредба и мишљење је нарочито доведено у питање касних 80-их, када је вирус ХИВ-а полако али сигурно почео да се шири старим континентом, и када се поставило питање да ли се оболела или лица која ће сигурно оболети, могу отерати са територије неке од држава чланица. Суд уско тумачи ова ограничења слободе кретања радника и наводи да она не могу бити наметнута, све дотле док понашање радника не представља стварну и довољно озбиљну претњу јавном поретку. На Суду је да оцени "пропорционалност" угрожености јавног поретка, сигурности и здравља од стране неког лица.

Своје уточиште од интеграционе политике Европског Суда, земље чланице су донекле нашле у ставу 4. члана 39, у коме се наводи да се одредбе овог члана неће примењивати на запослене у јавној управи. Начелно би то значило да су земље у могућности да спрече запослење недржављана у тој области. Посматрано са становишта држава, постало је јасно да би њихови интереси могли да буду компромитовани уколико би се дозволило учешће странаца у јавној управи. Ипак, Европски Суд је и овакво уточиште ограничио. Он није никако могао да се помири са чињеницом да ће дозвољавање овакве одредбе државама чланицама дати огромно дискреционо право. Ово утолико јер се појам јавне управе различито третира од земље до земље. На пример у Великој Британији и Ирској се под јавном управом подразумевају многе грађанске службе и

[22] Case 21/74 (1975) ECR 221
[23] Видети више: T. Hartley, нав. дело, стр. 143.

локални нивои власти[24]. У другим земљама Европске Уније појам јавне управе је далеко шири и обухвата све запослене којима је послодавац држава.

Као што је Директивом 1604/221 онемогућено државама чланицама да врше одређену селекцију према економским чиниоцима, тако је и сада било потребно да се промени дефиниција онога што се сматра запослењем у јавној управи и тако постигне сличан ефекат.

У овом случају се, као и у претходном, јасно види супротстављеност интереса између права заједнице и Суда правде. Комисија је сматрала да је став 4. члана 39, погодан за заобилажење одредбе о слободном кретању радника. У том смислу значајно је било противљење Немачке, Француске, Велике Британије и Белгије, које су се залагале за одвајање јавне управе од одредба о слободном кретању радника, понајвише из разлога државне безбедности. Још један аргумент био је везан за то да државе чланице морају да имају одређену аутономију приликом одлучивања о томе ко ће да буде запослен у њиховим јавном службама. Велика Британија је иступила са схватањем да је већ поменути став имао у виду јавну управу у целини, а не индивидуалне радње и одговорности. Било који други приступ био би неадекватан и крајње непрактичан.

Подједнако интересантно је било и мишљење Суда. Он није био спреман да прихвати половично енглеско решење по којем би се у сваком конкретном случају разматрало да ли је нека институција део државне јавне службе.

Суд је прихватио оно што су државе чланице одбациле као непрактично, а то је нека врста функционалног теста који ће се примењивати на свако појединачно место у коме постоји сукоб држављанства. Само она места која се очигледно односе на извршавање државне власти и чувања државних интереса могу бити одвојена од не-држављана.

Суд, руковођен идејама о стварању европског грађанства закључио је: "Таква места претпостављају, на страни оних који у њима раде, постојање нарочитог односа верности према држави, као и реципроцитет права и обавеза које заједно формирају националну везу"[25]. Овим је Суд ограничио могућност држава да ″резервишу″ могућност за запошљавање у области јавне управе за само своје држављане, и тако смањио области у којима је то дозвољено на област државне безбедности.

Из свега наведеног, може се извући закључак да је Суд радио, неки ће рећи и више него што је било за очекивати, на интеграцији и смањењу аутономије држава чланица.

---

[24] B. Wilkinson, op. cit

[25] B. Wilkinson, op. cit.

У литератури се сматра да је у циљу промовисања и подстицања слободног кретања радника, а уз то и забране дискриминације, Суд често одступао од "слова" закона, тумачећи многе одредбе у духу Уговора о оснивању заједнице[26]. Суд посматра одредбе о слободном кретању радника као нешто што њима с пуним правом припада.

Да би се концепт "Европског грађанина" промовисао морала су да се смање овлашћења држава у погледу јавног поретка, безбедности и здравља.

Уговор из Амстердама, који је ступио на снагу 1. маја 1999. године, представљао је велики корак напред у борби против свих облика дискриминације. Прво, ојачао је одредбе о спречавању дискриминицаје према полу у области плата, тј. формирао принцип - ″једнака плата за рад исте вредности″. Друго, забранио је сваку врсту дискриминације према држављанству. Треће, овластио је органе Европске Уније да могу да користе сва дозвољена средства у борби против свих облика дискриминације. На основу овог донет је пакет мера о спречавању дискриминације који се састоји од две директиве и једног програма предвиђеног да траје до 2006. године.

Директива бр. 2000/43/ЕЗ[27] донета је 29. јуна 2000. године и садржи принцип једнаког третмана без прављења разлике у погледу расе или националног порекла. Директива забрањује овакве видове дискриминације у запошљавању, социјалној заштити и социјалном осигурању, образовању и сл. Такође постоји и обавеза за државе чланице да имплементирају у своја национална законодавства текст ове директиве, најкасније до 19. јула 2003. године.

Директива бр. 2000/78/ЕЗ[28] донета је 27. новембра 2000. године и успоставља генерални оквир за једнакост третмана у областима као што су запошљавање и занимање. Текст ове директиве забрањује дискриминацију на основу религије инвалидитета, старости или чак сексуалне опредељености. Директивом је предвиђена и посебна заштита инвалида којима се морају обезбедити посебна права. Ова директива мора да буде имплементирана у државама чланицама до 2. децембра 2003. године, али је дата могућност да државе чланице продуже овај рок за још две године уколико се ради о одредбама које се односе на дискриминацију према старости и инвалидности.

Програм би требао да постигне вишеструке циљеве. Прво, да побољша разумевање дискриминације као друштвене појаве и то на основу оцене тренутних анти-дискриминационих мера и закона. Друго, да развије

[26] J Steiner, "EEC Law", London, 1992, стр. 196.
[27] www. europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000.
[28] www. europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000.

способности локалних власти и социјалних партнера, као и невладиних организација у циљу борбе против дискриминације. Треће, да промовише вредности заједнице и да је на тај начин представи будућим државама чланицама, тј. оним земљама које очекују улазак у Европску Унију.

4. Право на толеранцију

Право на толеранцију подразумева право на једнакост шанси и поступања у запошљавању, на раду и у вези са синдикалним организовањем и деловањем. независно од ванпрофесионалних односа. У циљу заштите радно-професионалних и синдикалних интереса. достојанства и моралног интегритета запослених.

Као антипод права на толеранцију, дискриминација у запошљавању потреса саме темеље радноправне културе. У првом члану Универзалне декларације о правима човека и грађанина пише: "Сви људи се рађају једнаки у правима и људском достојанству" и то је *conditio sine qua non* легитимности радног права уопште, чија се сврсисходност нужно оцењује и са становишта нормативних решења којима се смањује могућност прибегавања дискриминацији.

Једнакост шанси и третмана прокламована је и у модерним Уставима. Устав СР Југославије прокламује и гарантује слободу рада, јамчи слободу синдикалног удруживања и деловања.

Општи правни режим једнакости шанси и третмана, код нас није у потребној мери употпуњен аутономним изворима радног права - пре свега колективним уговорима о раду, јер су послодавцу дата широка овлашћења у погледу низа индивидуалних права запослених, чиме је неоправдано ограничена слобода колективног преговарања. Другим речима остала је широка дискрециона слобода послодавца.

У упоредном праву се аутономији колективних воља оставља довољно простора да уреде услове рада на који ће сузити дискрециону оцену послодавца.

Успоставља се тзв. систем старешинства као саставни део колективног уговора о раду којим се утврђују услови за стицање и остваривање права запослених код истог послодавца. Послодавац се мора држати редоследа који је на листи старешинства приликом попуњавања радних места. Тиме се умањује могућност дискриминације по полу, и годинама живота, као потенцијално најчешћим облицима.

Посебан правни режим јавља се у јавном сектору, и основни циљ је да се осигура стабилност запослења и службе. Како се то не може постићи само нормативним решењима, потребно је увести и систем заслуга.

Овај систем показало се сузбија корупцију и обезбеђује професионализацију и деполитизацију управе. Поготову би његово

увођење у земљама у транзицији било и те како значајно у циљу деполитизације и професионализације управе.

Што се институционалне заштите тиче, у упоредном праву поред стандардних облика управне заштите јављају се и специјализоване агенције и комисије за сузбијање дискриминације У Великој Британији то су Комисија за једнакост шанси и Комисија за расну једнакост, У Белгији постоји Савет за једнакост третмана, итд.[29]

Овим комисијама се законом дају широка овлашћења, пре свега превентивног и корективног карактера, али и веома специфична овлашћења, као што је на пример, право подношења тужбе суду против послодавца.

У Шведској је основан Омбудсман за једнакост шанси и третмана и Омбудсман против етничке дискриминације (1986) као специјализовани омбудсмани. Ауторитет ове институције не извире толико из законских овлашћења, колико из личног ауторитета омбудсмана, ако се у пракси потврди као својеврсна персонификација правне свести и културе. Увођење омбудсмана у земљама транзиције је посебно корисно (Пољска, Мађарска и Словенија) јер у овим земљама није довољно прихваћена култура колективног преговарања.

ЗАКЉУЧАК

Дискриминација уопште, па и дискриминација у запошљавању, представља негативну друштвену појаву. Иако је лоша за друштво, често у њему налази основ свог постојања. Другим речима, друштво је то које својим правилима и често предрасудама ствара погодно тле за појаву свих врста дискриминације.

Дискриминација у запошљавању подразумева како дискриминацију која се спроводи у поступку заснивања радног односа и дискриминацију током трајања радног односа тако и код престанка радног односа.

Науци радног права и пракси индустријских односа није познато да постоји држава у којој нема неког од облика дискриминације.

У овом раду дат је приказ правне регулативе дискриминације у запошљавању према држављанству у државама чланицама Европске Уније. Забрана дискриминације према држављанству у Европској Унији тесно је повезана са начелом слободног кретања радника, па је стога постало неопходно да се правно, уз обезбеђење економске једнакости и самосталности установи институција "грађанин уније". Једино промовисањем овог института, држављанство као "тачка везивања" биће

[29] Б. Лубарда, "Право на толеранцију у радном праву версус дискриминација", Зборник радова са саветовања правника, 5-9. јуна 2000. Будва.

безначајно за остваривање принципа слободе кретања радника, што ће неминовно довести и до спречавања дискриминације у запошљавању.

На крају, влада сваке државе има одлучујућу улогу у креирању такве радно правне регулативе која ће омогућити једнаке шансе за остваривање како индивидуалних тако и колективних права запослених.

У скоро свим модерним земљама постоји стална потреба за сузбијањем дискриминације и то подстицањем развоја културе толеранције и културе права.

У светлу тога, формиране су и многе институције са основном функцијом да делују превентивно и поспешују развој правне свести, владавину права и културу толеранције. Једино на тај начин моће да се очекује напредак у борби против дискриминације у запошљавању и свих њених успутних штетних последица.

Bojan Urdarević, an assistant beginner

EMPLOYMENT DISCRIMINATION BASED ON THE CITIZENSHIP IN EUROPEAN UNION

Any kind of discrimination, including the employment discrimination, represents a negative social trend. Although it has adverse effects on the society, it has actually generated from the society. In other words, it is the society with its rules and, sometimes prejudices, that creates a fertile land for the growth of such phenomena.

The employment discrimination includes the discrimination against a person during the job application and selection processes, as well as on job discrimination and discrimination in termination of the job. It has been said that there is no country in the world which is immune to these forms of discrimination .

This work describes the legal norms against the employment discrimination based on the EU citizenship. These anti-discriminatory measures are closely linked with the principle of free movement of workers in EU, and therefore, it has become necessary to establish the legal institute of the EU citizen. Only by promoting this institute, the citizenship of respective countries will become a minor point leading to the increase in the mobility of workers and protection against employment discrimination.

Finally, the government of each country plays a decisive role in creating such employment regulations that will allow equal opportunities and protection of workers' individual and union rights.

Many modern countries satisfy this need for more efficient anti-discriminatory measures by encouraging the development of the culture of tolerance and law compliance. In the light of this concept, various institutions have been founded with the basic aim to implement preventive anti-discriminatory measures and to support development of legal regulative in this field and the improvement of the culture of tolerance. They have proved to be an effective tool for fighting the employment discrimination and its negative consequences.

Зоран Јовановић,
асистент-приправник

***UDK**: 351.941(497.11)*

О НЕОПХОДНОСТИ УВОЂЕЊА ОМБУДСМАНА У НАШ ПРАВНИ СИСТЕМ

Увод

Омбудсман је институција која је намењена заштити права човека, пре свега од јавне управе. То је орган који штити права грађана ефикасно и бесплатно. Најчешће је биран од парламента и одговоран је њему. За разлику од других органа, омбудсман не наступа силом, претњом, санкцијом; не наређује, нити сам кажњава. То је орган који предлаже, даје иницијативе, учествује и координира рад јавне управе, а све то у циљу проналажења најбољих решења за задовољавање и заштиту права човека. Омбудсман је демократска институција која је својим деловањем отворена према човеку, а свој углед и одговорност гради свакодневном праксом која уверава грађане да је то орган државе у служби човека и уз човека. У својој делатности омбудсман решава случајеве уз максимално вођење рачуна о уставности и законитости, односно уз максимално поштовање правила правне државе. Наиме, за омбудсман су правичност и законитост светиње. Зато он користи морални ауторитет и снагу јавног мњења као подршку у решавању спорних случајева. Суштина идеје о омбудсману за обичну особу представља: његова доступност, флексибилност и неформалност.

Неке дефиниције омбудсмана

Иако се ова институција на крају 20. и почетку 21. века показала као успешна и постала веома популарна, још увек се може чути питање: "шта тачно значи реч омбудсман?" У свом модерном облику, концепт ове институције води порекло из Шведске и у реченицама шведског језика ова реч има различита значења: агент, заступник, заменик или овлашћени представник - термини који јасно означавају некога ко делује у нечије име,

или преузима његове или њене проблеме у комуницирању са владом и другим јавним службама.[1] Сажето би га могли дефинисати као званичника, који је именован да анализира жалбе упућене на рад јавних органа, министарстава или њихових званичника или службеника, а који представља независног судију који арбитрира између грађана и њихових влада, без овлашћења да санкционише или ослобађа кривице. Он не представља апелациони суд и не може да измени или преиначи ниједну владину одлуку. Његова ефективност у потпуности лежи у његовој моћи да фокусира пажњу јавности и парламента на жалбе грађана. Публицитет, који је заснован на независној истрази, представља веома моћан адут ове институције.[2]

У свом раном академском раду канадски професор Donald Rowat описао је класичног омбудсмана као: "1) Омбудсман је независан и непристрастан функционер законодавног тела чије се постојање обично предвиђа уставом и који врши надзор над управом; 2) он испитује жалбе грађана на административну неправду и лошу управу; 3) он је овлашћен да испитује, критикује и обзнањује, али не и да поништава акције управе."[3] Професор Rowat додаје: да би се избегла забуна у дискусијама о идеји омбудсмана, коришћење термина омбудсман треба да се ограничи на оне институције које имају ову јединствену комбинацију карактеристика.

Међународно Удружење адвоката је неколико година касније, 1974. године, прокламовало функцију омбудсмана као "функцију предвиђену уставом или другим законским актом, или одлуком парламента, на чијем челу је независан, високи јавни званичник, одговоран пред законом, или парламентом; који разматра жалбе оштећених грађана поднете против владиних служби, званичника и запослених, или који делује по свом нахођењу са овлашћењем да истражује, даје препоруке за побољшања и пише извештаје".[4]

Међународни институт за омбудсман на Универзитету у Алберти (Канада), који је образован 1978. године, у циљу промовисања концепта омбудсмана и охрабривања његовог развоја широм света покушао је да све важне карактеристике ове институције обједини у једну свеобухватну дефиницију. "Функција особе (без обзира да ли је названа омбудсман,

---

[1] Gregory, R., Giddings, P.: The Ombudsman Institution: Growth and Development, Righting Wrongs, Brussels, 1999, стр. 2.

[2] Wade, H. W. R. and Forsyth, C. F.: Administrative law, eighth edition, Oxford, University press, 2000. стр. 88.

[3] Rowat, D. C.: The Ombudsman, Citizen's Defender, Preface to Second Edition, London, 1968, p. XXIV., наведено према: Јовичић, М.: Омбудсман - чувар законитости и права грађана, Београд, 1969.

[4] International Bar Association Resolution, Vancouver, 1974., наведено према: Gregory, R., Giddings, P.: The Ombudsman Institution: Growth and Development, Righting Wrongs, Brussels, 1999, стр. 3.

парламентарни изасланик или др.) која је именована или изабрана у складу са законским актом, а чија улога укључује следеће карактеристике:

1. да истражује притужбе особе или групе грађана у вези одлуке, или препоруке, или поступка, или грешке везане за администрацију начињене од стране званичника, или запосленог, или члана неке комисије, или друге организације над којом постоји надлежност;

2. да истражи жалбе против владе и владиних министарстава и сектора;

3. да даје препоруке на основу резултата истраживања организацијама над којима постоји надлежност;

4. да извршава улогу и функције правног званичника у име закона и да буде независан од организација над којима постоји надлежност;

5. да директно, или преко министарстава, информише правосуђе о резултатима својих операција, или неком посебном питању које се јавило као резултат истраживања."[5]

И на крају, наглашавајући аспекте концепта омбудсмана, главна студија коју је овај Институт издао 1980. године наводи:

"Омбудсман је независан и нестраначки званичник (или комитет састављен од неколико званичника) често предвиђен уставом, који врши надзор над администрацијом. Он се бави специфичним жалбама јавности на учињену административну неправду или лоше управљање. Он има овлашћења да истражује, пише извештаје и даје препоруке о специфичним случајевима и административним поступцима.

Он не представља судију ни трибунал, и нема овлашћења да доноси наредбе или мења административне поступке. Он тражи решење проблема кроз процес истраживања и поравнавања. Његов ауторитет и утицај произилазе из чињенице да га је именовао и да одговара једном од главних државних органа, обично парламенту."[6]

Иако омбудсман остаје као један од најчешће коришћених термина за дефинисање ове функције широм света, многобројни други називи су, такође, у употреби, од којих неки ближе одређују и стављају акценат на различите улоге које институција омбудсмана данас има.

---

[5] International Ombudsman Institute, Membership By-Laws (International Ombudsman Institute), Edmonton, Alberta, 1978., наведено према: Gregory, R., Giddings, P.: The Ombudsman Institution: Growth and Development, Righting Wrongs, Brussels, 1999, стр. 3-4.

[6] Gerald E. Caiden, Niall MacDermot and Ake Sandler, "The Institution of Ombudsman", in Gerald E. Caiden (ed.), International Handbook of the Ombudsman. Evolution and Present Function (Greenwood Press), Westport, Connecticut; London, England, 1983, p. 13., наведено према: Gregory, R., Giddings, P.: The Ombudsman Institution: Growth and Development, Righting Wrongs, Brussels, 1999, стр. 4.

Основни задаци омбудсмана

Образован са циљем да помно надгледа административне активности владиних министарстава и служби, примарни задаци класичног омбудсмана су:

1. да истражује жалбе јавности упућене јавним званичницима, или да сам иницира та истраживања;
2. тамо где се утврди да су жалбе оправдане, да обезбеди или препоручи правни лек за оштећене особе и
3. да препоручи побољшања система, радне и административне поступке, или да, уколико не постоји систем, да препоруку за његово оснивање да би се ризик понављања грешака смањио на најмању могућу меру.

Да ли ће омбудсман бити успешан или не, зависи од низа фактора. Нарочито, успешност и ефикасност омбудсмана зависи, пре свега, од демократске традиције, развијености правног и политичког система, професионалне етике и морала управних чиновника, од њиховог нивоа стручности итд. Неки од услова, који су неопходни за његов успех, су и питања из домена регулативе. Неки се односе на оперативне поступке које је ова институција усвојила. Други су везани за стручност или личност самог омбудсмана.

Мало је вероватно да ће механизам обрађивања жалби бити од користи грађанима уколико потенцијални подносиоци тих жалби нису обавештени да такав механизам уопште постоји и које су његове функције. Транспарентност је зато једна од битних карактеристика ове институције. Доступност и одсуство препрека на путу ка овој институцији су такође врло битне карактеристике.

Најчешћи случајеви на основу којих се подноси жалба су:[7]

1. Неправда
2. Омашка у спровођењу закона
3. Безразложно одлагање
4. Административна грешка
5. Повреда приватности / дискреција /
6. Недостатак услужности
7. Једноставна грешка у писању
8. Пресија
9. Превид
10. Непажња
11. Неадекватна истрага

[7] Наведено према: Gottehrer, D., M., Hostina, M.: The Classical Ombudsman Model, Righting Wrongs, Brussels, 1999, стр. 412.

12. Непоштена политика
13. Пристрасност
14. Недостатак комуникације
15. Непристрасност
16. Лоше управљање
17. Непоштење
18. Самовољност
19. Нерационалност
20. Ароганција
21. Неефикасност
22. Повреда правних прописа
23. Злоупотреба власти
24. Дискриминација
25. Немогућност реаговања
26. Грешке, непажња
27. Несклад са дискреционим одлукама
28. Некозистентност са општим правилима о раду
29. Грешке у закону или самовоља у установљавању чињеница
30. Заснивање на ирелевантним чињеницама
31. Нејасно објашњење или недостатак чињеница
32. Нејасно објашњење или недостатак било каквог када се очекује
33. Сви остали примери неправде које власт чини подређенима, намерно или ненамерно.

Омбудсман је и креатор правног поретка. Он може, активно, са другим органима, учествовати и у законодавној активности. Он може имати законодавну иницијативу, подносити амандмане и мишљења на предлоге закона, чиме учествује у стварању правног поретка. У појединим правним системима од нарочитог је значаја његово право да контролише судску власт, што према пракси тих држава успешно и чини.[8] Веома је важна улога коју омбудсман има у борби против корупције, једне од вечитих

[8] На пример: у Црној Гори Заштитник људских права и слобода поступаће по притужбама које се односе на судски поступак који је у току само у случају одуговлачења поступка, очигледне злоупотребе процесних овлашћења или неизвршавања судских одлука (чл. 24).
Закон о омбудсманима Федерације Босне и Херцеговине прописује овлашћење омбудсмана да испита све случајеве лошег функционисања судског система у Федерацији и препоручи одговарајуће индивидуалне или опште мере или обоје. Он се не меша у судијске функције судова у Федерацији, али може покренути судске поступке или интервенисати током текућих поступака, у складу са релевантним одредбама закона Федерације, када год установи да је таква акција стриктно неопходна за делотворно обављање његових надлежности. У случају неспровођења судске пресуде, омбудсман може препоручити одговорном телу да спроведе пресуду у року одређеном од Омбудсмана. Ако се та препорука не испоштује, неспровођење судске одлуке биће укључено у годишњи или посебни извештај (чл. 5).

друштвених девијација. Он се може сукобити са корупцијом у разним друштвеним службама: од полиције до образовања и здравства. Из тих "битака" омбудсман, по правилу, излази као победник. На тај начин он враћа поверење грађана у институције власти, чиме доприноси легитимисању правног поретка. Ово је веома важна улога омбудсмана, па се он намеће и као институција која доприноси успостављању контролисане, одговорне и ефикасне владе и значајан је инструмент демократизације једног друштва.

Када се говори о улози омбудсмана, треба имати у виду да је она у скоро свим земљама слична, при чему се јављају и одређене разлике у карактеру и обиму овлашћења. Контрола, коју врши омбудсман, није усмерена првенствено на контролу законитости рада управе, већ више на контролу целисходности. Но то не треба схватити као да омбудсман не може да контролише и законитост. Међутим, у већини земаља систем правне заштите грађана, укључујући и управни спор, решен је на задовољавајући начин. Треба имати у виду да у скоро свим правним системима не постоје правни инструменти за заштиту грађана од ситних и крупних неправди, шиканирања, спорости у решавању, некоректном односу према појединцима, итд. За све такве случајеве грађани немају коме другом да се обрате осим омбудсману. У појединим државама улога омбудсмана је сведена на консултативну и иницијативну, док му се у одређеним државама дају и прецизна правна овлашћења.[9]

Омбудсман није орган који "дели лекције" државној администрацији. Напротив: он се понаша према државној администрацији, пре свега, коректно, јер јој чува углед трудећи се да државну администрацију не излаже великој критици, јер компромитовати управу, претераним критикама, то може да буде веома штетно: за положај и углед државне администрације у систему власти. Зато омбудсман крајње коректно саветује управу и државну администрацију како да отклони грешке у поступању, али и да се такве грешке више не понове у будућем раду администрације. Када предлаже одговарајуће мере за рад државне администрације поводом остваривања и заштите права и правних интереса грађана, он оставља рок у коме треба да буде обавештен о ономе, што је учињено поводом његових примедаба. Али он и проверава да ли државна администрација поступа по његовим налозима или и даље води погрешан поступак.[10]

Наш друштвени систем у комунистичком и посткомунистичком периоду обиловао је бројним противречностима, а то је, свакако, био један

[9] Милков, Д.: О институцији омбудсмана, Усклађивање права СР Југославије са правом Европске уније, Правни факултет, Ниш, 1999, стр. 56.
[10] Кулић, Д.: Парламентарни омбудсман, Justitia, Београд, 1998, стр. 52.

од услова за јачање утицаја бирократије. Не треба изгубити из вида да институције за борбу против бирократије нису свемоћне. Напротив, њихов успех је ограничен и условљен, јер борба против бирократије захтева апсолутну ангажованост целокупног политичког и правног система, грађана и друштва у целини. Уз постојање високог степена свести, и без потпуне подршке овим институцијама, нема ни обуздавања бирократије, ни праве демократије, а ни ефикасне заштите људских права и слобода пред јавном управом.

Ако се у нашим условима бирократији и бирократизму дода и малограђански примитивизам, који је присутан на сваком кораку у свакодневном животу, и у спрези са бирократијом живот чини компликованим, онда је та опасност у транзиционим системима, какво је наше, забрињавајућа. Сваки друштвени систем настоји да пронађе институције које ће га штитити од бирократизма и примитивизма чиновника, посебно у процесу остваривања људских права и слобода. Кроз рад ове институције стиче се поверење народа у државу. То поверење грађана у државу и у управу, у условима транзиције, биће веома отежано, јер, на жалост, код нас не постоји одговарајући култ поштовања ни моралних ни правних норми, а још мање постоји разрађен систем одговорног понашања, као и поштовање државе као специфичне организационе форме.

У правним системима, у којима постоји институција омбудсмана, грађани верују овој институцији. А то је веома битна претпоставка за остваривање праве демократије. Јер, свака институција вреди онолико колико она користи човеку да оствари и заштити своја права и правне интересе. Један уставни поредак не треба ценити по томе каква је садржина његових основних људских права и слобода, већ како се и колико ефикасно та права и слободе остварују у пракси. Човек је највећа вредност друштва и зато све институције морају бити окренуте њему и основним људским правима и слободама које он остварује пред управом. Наиме, институција омбудсмана је добила тако велику подршку и популарност у систему где она постоји - зато што њој грађани верују.

Функцију омбудсмана треба схватити као својеврстан облик политичке игре, у којој држава испољава своју свест и савест у односу на људска права и слободе, као и способност друштвеног поретка у вези са правима и слободама. Омбудсман је, како се то уобичајено каже, "вентил сигурности" политичког система који треба, не само да открива слабе тачке система, већ и да мобилише и организује практичне мере да се такве слабости и пукотине у систему отклоне и да се органи државе усмере да уставно и законито раде.[11]

[11] Ibidem, стр. 78.

Намеће се једно логично питање: у чему је тајна успеха институције омбудсмана у појединим правним системима? По многим оценама тајна успеха ове институције је у томе што је она осмишљена као приступачно средство и што делује по процедури која је лишена непотребних трошкова и сложених формалности. Пошто има могућност да поступа флексибилно и да се при том ослања на ауторитет парламента и подршку јавности, омбудсман се показује веома делотворним и значајно доприноси транспарентности управног система.[12] Омбудсман представља "мост који премошћује јаз између управе и оних којима се управља (грађана), обнављајући поверење у демократски систем у том смислу што у случају сукоба (између управе и грађана) постоји неко ко је изван тог сукоба као један додатни ресурс на располагању појединцу."[13]

Омбудсман се, у земљама у којима одавно постоји, потврдио као успешан и ефикасан гарант заштите људских права и слобода. "Комбинација његовог ауторитета, удружена са начином његовог поступања (тј. са могућношћу коришћења неформалних поступака) приликом спровођења непристрасне и независне истраге поводом жалби грађана, показала се као "добитна комбинација" за ефикасно исправљање неправди које управне власти наносе грађанима. Концепт омбудсмана начињен је управо тако да он буде делотворан у пробијању "бирократских зачараних кругова", односно да служи грађанима као права антибирократска и демократска институција. У томе се огледа и његов највећи непосредни значај."[14]

Својим деловањем омбудсман, сигурно, доприноси владавини права и правној сигурности, помаже учвршћењу демократских вредности и појављује се као један од механизама који су неопходни за одржавање равнотеже између носилаца законодавне и извршне власти. Британски омбудсман Cecil Clothier у извештају из 1984. године је напоменуо: "Ова функција је на интересантан начин постављена да лебди између законодавне и извршне власти док извршава готово судску функцију у расправама грађана и владе, а ипак не представља део судства."[15]

Када се говори о значају омбудсмана треба подсетити и на мишљење британског професора H. W. R. Wade који примећује: "Свест о будности омбудсмана врши здрав утицај на цео систем управе, чинећи га осетљивим

---

[12] Милосављевић, Б.: Омбудсман - заштитник права грађана, Центар за антиратну акцију, Београд, 2001, стр. 21-22.

[13] Ombudsmen, Parliamentary Commissioners, Mediators and Persons Discharging Similar Functions in Member States of the Council of Europe: A Comparative Study, p. 7., наведено према: Милосављевић, Б.: наведено дело, стр. 22.

[14] Милосављевић, Б.: наведено дело, стр. 22.

[15] Report for 1983 (HC 322 (1983-84)), p 1, наведено према: Bradley, A. W., and Ewing, K. D., Constitutional and Administrative Law, thirteenth edition, 2003, стр. 685.

на јавно мњење и на захтев правичности... Чак и истраге које не открију лоше вршење управне функције, нису никако узалудне. Тумачењем да је деловање управног органа било оправдано, омбудсман омогућава оштећеном грађанину да схвати оно што му управни орган није разјаснио, или оно што можда сам није увидео, а ово само по себи помаже да се отклоне конфликтне ситуације из рада државних органа."[16]

Омбудсман и наша стварност

Институционална реформа правног поретка у Србији више је него неопходна, а увођење институције омбудсмана треба да буде њен саставни део. Тренутно се чине одређени кораци да се идеја о увођењу ове институције у наш правни поредак реализује како би, између осталог, актуелна власт у извесној мери, и кроз овај институционални механизам, потврдила део свог приоритетног курса, а то је борба против корупције. У том смислу, у оквиру система државне власти, омбудсман би требао да буде орган парламента који је самосталан и независан у свом раду.

Реформа управе је увек повезана са другим реформама, јер реформа управе сама за себе не значи ништа, уколико у исто време нема осталих реформи у друштву (као што је нпр. реформа правосуђа, полиције, војске, реформа привредног, социјалног, културног система, итд.). Уколико желимо пут европских интеграција, морамо се "убрзаним корацима" прилагођавати светским стандардима који су јавној управи одавно прихваћени. У условима транзиције, у којој се тренутно налази Србија, реформа управе, да би била успешна, неопходно је да постоји јасна и искрена жеља политичара да такву реформу заиста желе и то стварно, а не декларативно, уз максимално коришћење домаћих ресурса (како људских тако и научних) и решења која се користе у развијеним правним системима. Свакако треба имати у виду и чињеницу да је реформа управе нераскидиво повезана са функционисањем правне државе, јер без правне државе нема ни праве реформе јавне управе.

Што се тиче нашег правног система, омбудсман тренутно постоји у Војводини,[17] у јужној српској покрајини Косову и Метохији[18] где су, иначе, постојали најлошији предуслови за рад ове институције. На републичком нивоу, у оквиру Министарства правде Републике Србије радило се на тексту Закона о омбудсману чији је назив касније промењен у Закон о народном адвокату. Нацрт закона о народном адвокату требао би

[16] Wade, H. W. R. and Forsyth, C. F.: наведено дело, стр. 87-98.
[17] "Службени гласник АП Војводине", бр. 23/02, а службено установљен 31. децембра 2002. године.
[18] Уредба 2000/38, од 30. јуна 2000. године, коју је донео специјални изасланик ОУН Бернар Кушнер.

да се ускоро нађе и пред посланицима у Народној скупштини Републике Србије.[19] У другој чланици државне заједнице донет је Закон о заштитнику људских права и слобода[20] средином јула 2003. године.

Закон о локалној самоуправи[21] познаје институцију омбудсмана.[22] Овакав начин увођења омбудсмана није непознат у упоредној пракси. Наиме, у великом броју земаља омбудсман је уведен најпре на локалном нивоу, а затим на нивоу територијално-политичких јединица и на крају на националном нивоу. У прилог увођења ове институције на локалном нивоу, сведочи и истраживање једне невладине организације које је у току 2000. године спроведено у неколико општина у Србији у којима је на власти била опозиција. Анкетирани грађани су оценили да је тадашња локална власт била неодговорна у располагању општинским новцем, да су незадовољни радом појединих општинских служби и да су незадовољни заштитом њихових права на локалном нивоу. Велики број, тада анкетираних, сматрао је да би било неопходно увести непристрасно тело на локалном нивоу које би се бавило заштитом њихових права и интереса.

Закључак

Данас готово да нема модерне демократске државе која у свом систему нема институцију омбудсмана у било ком виду. У том смислу омбудсман се јавља као допуна постојећим видовима контроле јавне управе.

Наша наука и наша јавност већ одавно траже увођење институције омбудсмана у наш правни и политички систем и то, пре свега, као борца за борбу против бирократије и борца за заштиту основних права и слобода грађана. Ову институцију, у нашим условима, уопште и не треба идеализовати, нити ће она сама по себи значити сигуран "бедем" заштите људских права и слобода у правном и политичком систему какав је наш. Наиме, ова институција биће онолико успешна, колико буде имала подршку свих других институција, укључујући ту и парламент. Ова институција постоји у оним правним системима где постоји врло развијена правна свест и веома велики правни традиционализам. То је, пре свега, институција за заштиту људских права и слобода, и зато мора имати подршку самих грађана, односно грађани треба безрезервно да верују овој институцији.

Ако желимо у Европску унију морамо се прилагођавати њиховим "правилима игре," а то значи и у функционисању правног и политичког

[19] У експозеу премијера Војислава Коштунице доношење овог закона означено је као један од приоритета нове владе.
[20] Службени лист Републике Црне Горе, бр. 41/03.
[21] "Сл. гл. РС", бр. 9 од 26. фебруара 2002. године.
[22] Закон користи термин грађански бранилац.

система. На жалост, морамо бити свесни чињенице да на путу европских интеграција поприлично заостајемо, и то не само у правном и економском погледу, већ и у сваком другом.

Zoran Jovanović, an assistant beginner

ABOUT NECESSITY OF INTRODUCING THE OMBUDSMAN INTO OUR LEGAL SYSTEM

Nowadays, it is almost impossible to find modern state based on democracy without institution of ombudsman in any form. In those circumstances, the ombudsman represents the supplement to the existing aspects of control of the public administration.

Our science and our public have been insisting for a long time on introducing the institution of ombudsman into our legal and political system, primarily as the fighter against the bureaucracy and the fighter for the protection of basic human rights and freedom of the citizens. This institution,however, in the circumstances which exist in our country, shouldn`t be idealised at all and, for sure, it won`t be able to achieve protection of human rights and freedom in the legal and political system like ours. How successful this institution will be depends on the support it will receive from all the other institutions, including the parliament. This institution exists in societies with very developed legal consciousness and law tradition. It is, primarily, institution for protection of human rights and freedoms, and, therefore, must have support of citizens, actually, citizens must have unreserved faith in this institution.

If we want to join the European Union, we must adapt to “their rules” especially in functioning of legal and political system. Unfortunately, we must be aware of the fact that we are rather backward on our way towards the European integrations, not only in legal and economical aspects, but in every other aspect as well.

Дејан Матић,
асистент-приправник

***UDK**: 340.12*
321.01

НАЧЕЛО ВЕЋИНЕ У ДЕМОКРАТСКОМ ПОРЕТКУ И ЊЕГОВА ОГРАНИЧЕЊА

Легитимност политичких одлука, односно легитимност владајуће политичке воље представља једно од основних обележја демократског система власти. Ова се легитимност остварује бројним процедурама у демократском поретку од којих једно од средишњих места свакако заузима начело већине. Оно представља један од најједноставнијих поступака за доношење одлука и решавање питања коме треба да припадне мандат власти. Посебан значај начело већине и претпоставке на којима се оно заснива има за постсоцијалистичка друштва, која, након вишедеценијског закашњења, организују политички процес на основу демократских правила и поступака. Чини се да ово начело управо у оваквим друштвима и државама најнепосредније и најочигледније показује сва своја обележја, те стога заслужује нашу посебну пажњу. Пре него што посебно размотримо начело већине у демократском поретку, сматрамо да је нужно да се, као претходним питањима, позабавимо појмовима политичке слободе и демократије као облика политичког режима.

Сама класификација облика политичких поредака на демократију и аутократију заснива се, у крајњој линији, на идеји политичке слободе. Демократски поредак подразумева да је "воља" испољена у државноправном поретку подударна вољи оних који су му подређени. Из оваквог одређења демократије произилази да је слободан само онај појединац који учествује у стварању правног поретка коме је подређен и на тај начин обезбеђује да се, оно што треба да чини у сагласности са друштвеним поретком, поклапа са оним што он хоће.[1] Супротно овоме, аутократски поредак онемогућава учествовање грађана у изградњи државноправног поретка коме су подређени, те на тај начин спречава постизање подударања поретка са вољом грађана. Овакво одређење

[1] Видети Келзен, Х, Општа теорија права и државе, Београд, 1998, стр. 347.

слободе, слично Русоовом,[2] могуће је, дакле, само у демократском поретку, јер једино такав поредак омогућава "самоопредељење појединца учествовањем у стварању друштвеног поретка".[3] Мора се имати у виду да се на овај начин идеја слободе, првобитно одређена од природноправних теоретичара 19. века, као једино могућа у природном стању, ван друштва, трансформише у идеју слободе у друштвеном поретку, односно, у политичку слободу.[4]

Идеално посматрано, друштвени поредак који би у потпуности тежио да задовољи самоопредељење свих у свом формирању, морао би да буде створен искључиво једногласном одлуком свих њему подређених појединаца. Овакав друштвени поредак био би демократски у апсолутном смислу. Његове промене биле би могуће само уз пристанак свих, а његово важење би почивало на једногласној сагласности свих грађана. Но, како Келзен примећује, овакав поредак, у стварном животу, једва би се разликовао од природног стања, односно, од анархије, те стога може постојати само у сфери идеја.[5] Уколико је сукоб између поретка и појединца чије понашање регулише немогућ, а у поретку који за своје постојање захтева једногласну сагласност свих чланова то јесте случај, такав поредак постаје сувишан. Само уколико поредак важи и за оне који се са њиме не слажу, можемо говорити о подређености појединца поретку. Уколико прихватимо овакво одређење друштвеног, а у крајњој линији и државноправног поретка, произилази закључак да је начело самоопредељења и политичка слобода у апсолутном смислу, у друштвеној стварности, немогућа. Једини начин да се начело самоопредељења, као израз политичке слободе, задржи као основни принцип друштвеног организовања, јесте његово ограничавање начелом већине. Ово је једини начин за остваривање највишег могућег степена индивидуалне слободе и приближавање начела самоопредељења постојању друштвеног поретка.[6]

Начело већине подразумева да поредак може да буде промењен сагласношћу већине, а не свих оних који су му подређени. Другим речима, када број оних који се не слажу са постојећим поретком прерасте број оних који се са њим слажу, могућа је промена поретка која доводи до тога да се поново са поретком слаже већина њему потчињених појединаца.[7] Кључно питање које се намеће прихватањем оваквих ставова, јесте, да ли се и даље може говорити о демократском поретку, нарочито ако се има у виду етимолошко одређивање демократије као владавине народа. Може ли

[2] Видети Русо, Ж, Ж, Друштвени уговор, Београд, 1993, стр. 35.
[3] Келзен, Х, Op. cit, str. 348.
[4] Видети ibidem
[5] Видети ibidem, стр. 349.
[6] Видети ibidem
[7] Видети ibidem

се демократским назвати онај поредак у коме се унапред тврди да не владају сви, већ само већина и није ли на сцени прикривена аутократија, односно диктатура већине? Уколико начело већине примењујемо као апсолутан принцип, долазимо у ситуацију да већина представља све, а мањина никога, што омогућава већини да сведе мањину на немоћни део, што се не сме допустити.[8] Једна од основних претпоставки на којој почива начело већине у демократском друштву, јесте право мањине да учествује у "политичком процесу образовања воље и у непосредном политичком одлучивању и контроли над радом демократски изабраних органа".[9] Другим речима, садржину државноправног поретка, у демократским друштвима, одређује већина, али ће начело већине бити испоштовано само ако и мањина учествује у његовом стварању. Применом умереног већинског принципа, штитећи права и слободе мањине, обезбеђује се да државноправни поредак не буде апсолутно супротан њиховим интересима. Само се такав поредак може назвати истински демократским.[10] Ово свакако показује да начело већине није правило које важи и карактерише једино демократске поретке. Такође, одлуке се у демократским порецима могу доносити и без начела већине а да они због тога не престану бити демократски (доношење одлука преговарањем ради постизања компромиса на пример). Не треба пренебрегнути чињеницу да начело већине у крајњој линији означава број оних који владају, а не начин на који они то чине.[11] Уколико не постоје неке основне претпоставке, тешко је начелу већине, самом по себи, приписати посебне демократске вредности. Да би начело већине имало демократски предзнак неопходно је да постоје извесни елементи без којих нема ни демократског поретка у целини. Развијена политичка свест грађана, као и богата политичка култура представљају битне карактеристике сваког истински толерантног друштва које поштује и развија разноликост и индивидуалност сваког свог члана. Такође, неопходно је постојање и гарантовање основних слобода и права човека и грађанина, плурализма политичких организација и њиховог слободног деловања, као и општег права гласа, једнаког за све грађане.[12] Само онда "начело већине и идеја демократије представљају синтезу идеја слободе и једнакости".[13] Начело већине се у одсуству ових претпоставки своди на пуко техничко средство за пребројавање гласова, без обзира на то колико њих има. Овим не желимо да оспоримо значај начела већине, без

[8] Видети Сартори, Ђ, Демократија-шта је то, Подгорица, 2001, стр. 96.
[9] Лукић, Р, Кошутић, Б, Увод у право, Београд, 2004, стр. 198.
[10] Видети Сартори, Ђ, Op. cit.
[11] Видети Бобио, Н, Правило већине: ограничења и апорије, у књизи Легитимност демократске власти, Загреб, 1996, стр. 292.
[12] Видети Лукић, Р, Кошутић, Б, Op. cit, стр. 196.
[13] Келзен, Х, Op. cit, стр. 350.

кога ниједан демократски поредак не може да функционише, већ само желимо да укажемо на чињеницу да је ово начело, ма колико значајно, само један од елемената неопходних за постојање поретка који се истински може сматрати демократским.

Када говоримо о ограничењима начела већине која се не односе на услове неопходне за његово постојање, попут претходних, можемо их грубо класификовати у три групе: ограничења важења, ограничења примене и ограничења делотворности.[14]

У прву групу ограничења спада питање апсолутног важења начела већине, које међу теоретичарима већ дуго изазива бројне недоумице. Суштина проблема лежи у могућности одређивања граница важења овог начела. Другим речима, поставља се питање да ли ово начело важи увек, чак и онда када се његовом доследном применом, већином гласова донесе одлука о његовом укидању? Може ли се, ако то није случај, рећи да је начело већине потчињено неком вишем принципу који ограничава његово важење, онемогућавајући доношење већинске одлуке о укидању овог начела? Као што смо већ напоменули, у теорији не постоји јединствен став о овом питању. Чињеница је да принцип слободе и једнакости, који лежи у суштини прихватања овог начела, захтева да оно важи и за његове противнике, али је такође чињеница да управо овакав приступ може у пракси имати последице погубне управо по начело већине. Ако прихватимо ово начело као апсолутно, онда се оно никако не може ограничити, а да тиме не противуречимо управо њему самом. Чини нам се, ипак, да би овакво схватање о апсолутном важењу начела већине било супротно самој његовој суштини, која, у крајњој линији, онемогућава сопствену негацију. Такође, не треба заборавити чињеницу да сви учесници у одлучивању помоћу начела већине, па и они који га одбацују, посредно прихватају ово начело као систем доношења одлука или избора, односно као процедуру за одлучивање и изборе која их обавезује и убудуће.[15]

Друга група ограничења начела већине обухвата изузетно широк спектар случајева на које се оно не може применити. Разлози за његову непримену су бројни и могу се грубо поделити на случајеве када би примена начела већине била, или потпуно неодговарајућа због природе случаја, или апсолутно неправедна.[16] Сви модерни устави слободе и права грађана проглашавају неповредивим. Другим речима, ниједно тело не може донети већинску одлуку којом ова права ограничава или укида. Бобио ове основне слободе и права човека и грађанина назива "правима

[14] Видети Бобио, Н, Op. cit, стр. 304.
[15] Видети ibidem, стр. 306.
[16] Видети ibidem

против већине".[17] Дворкин, такође, истиче да су амерички устав и Повеља о правима "обликовани да заштите појединачне грађане и групе од извесних одлука које већина грађана може хтети да донесе, чак и кад та већина делује у складу са оним што се сматра општим или заједничким интересом".[18] Устави Републике Србије и Републике Црне Горе, а и Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора, садрже повеље о слободама и правима човека и грађанина и гаранције о њиховој неповредивости посредством уставне контроле закона. На тај начин слободе и права грађана постају својеврсна баријера испред које се зауставља примена начела већине. Из оваквог чињеничног стања се, према Бобиу, може извести општи принцип, да, како основне слободе и права, вредности и етички постулати не подлежу расправи, па се стога о њима не може ни преговарати, тако последично следи да ни начело већине, које се иначе примењује само на ситуације које могу бити предмет расправе, није погодно за њихово разматрање.[19]

Бројна су питања на која се не може применити начело већине из објективних разлога. Ради се о случајевима када се одлука доноси на основу суштински другачијих и знатно сложенијих поступака од оних које предвиђа начело већине. Ту пре свега мислимо на питања којима се баве стручњаци природних наука, као и на одлуке техничког карактера.

Изузетно је тешко применити начело већине на случајеве који се тичу питања традиције, обичаја или језика једног народа. Ово посебно добија на тежини када се ради о етничким мањинама. Уколико би начело већине било доследно примењено, овакве би групе, које су по дефиницији малобројније, увек биле подређене. Свака одлука, којом би се задирало у етничку посебност ових група, била би сматрана наметањем, без обзира што је ту одлуку донела већина.[20] Овакве случајеве треба строго разликовати од заштите права мањине о којем је говорено раније. Наиме, ту се пре свега ради о заштити мањине обезбеђивањем њеног учествовања у стварању поретка и очувањем могућности да једног дана постане већина.[21] У другом случају имамо мањину која, из објективних разлога, никада неће постати већина, те се њена заштита своди на то да се "већини одузме могућност интервенције у неке резервисане материје"[22] које се односе на етничку посебност групе.

Приликом одређивања начела већине указали смо на чињеницу да ово начело омогућава да до промене поретка дође када број оних који се са

[17] Ibidem
[18] Дворкин, Р, Суштина индивидуалних права, Подгорица, 2001, стр. 173.
[19] Видети Бобио, Н, Op. cit, стр. 307.
[20] Видети ibidem
[21] Видети Келзен, Х, Op. cit, стр. 351.
[22] Бобио, Н, Op. cit, стр. 309.

дотадашњим поретком нису слагали постане већи од броја оних који јесу. На тај начин дотадашња мањина постаје већина. Могућност промене постојећег поретка, односно, неке његове норме је несумњива.[23] Поставља се питање могућности нове мањине да промени, не поредак, већ чињенично стање створено претходним поретком, које је, након прихватања, постало неопозиво, односно непроменљиво.[24] Наравно, по дефиницији, неопозиве чињенице настале у претходном поретку немогуће је променити, или пак врло тешко. Намеће се питање, зашто би овај случај представљао ограничење делотворности начела већине, када се може поприлично поуздано устврдити да сваки поредак, а не само онај који се заснива на начелу већине, ствара непроменљиве ситуације. Већ је указано на то да поредак који се заснива на начелу већине има карактеристику да обезбеди сопствену мирну и правилну промену када се за то укаже потреба, па постојање непроменљивих ситуација које су створене од истог тог поретка представља извесну противречност по себи. Како једино демократски поредак заснован на начелу већине има претензије да обезбеди предност мирне промене, тако његово стварање неопозивих ситуација представља, у одређеној мери, ограничење његове делотворности.

Као што је раније напоменуто, начело већине се, само по себи, без нужних претпоставки које осигуравају демократски поредак у целини, своди на пуки технички инструмент без нарочитог демократског карактера. Оно једино одређује да се као колективна одлука признаје она коју је донела већина. Састав тела које овакве одлуке доноси није одређен начелом већине. Чак и у порецима којима је један од основних циљева борба против демократије, постоје органи који доносе одлуке на основу начела већине, као што је то, на пример, био случај у Италији у време фашизма.[25] Не занемарујући остале претпоставке, морамо истаћи посебан значај постојања општег права гласа. Тек уз постојање општег, једнаког, непосредног и тајног права гласа, начело већине постаје неодвојива институција сваког демократског поретка.[26] Но, чак и тада, није једноставно одредити већину потребну за доношење неке одлуке. Келзен сматра да "начело просте већине обезбеђује највиши степен политичке слободе која је могућа у границама друштва"[27], док Бобио тврди да једино можемо "апсолутну већину посматрати као нормалну".[28] Сматрамо да захтев за квалификованом већином у одлучивању, иако има за циљ да

[23] Видети Келзен, Х, Op. cit.
[24] Видети Бобио, Н, Op. cit, стр. 310.
[25] Видети ibidem, стр. 293.
[26] Видети Лукић, Р, Кошутић, Б, Op. cit, стр. 205.
[27] Келзен, Х, Op. cit.
[28] Бобио, Н, Op. cit, стр. 312.

обезбеди да се што већи број појединаца сложи са колективном одлуком, пречесто у пракси доводи до управо супротне ситуације. Не желећи да дубље улазимо у питања која се тичу разних облика већина, чини се очигледном чињеница да резултати гласања једнако зависе, како од обима бирачког тела, тако и од већег или мањег учествовања у гласању уз непромењен обим бирачког тела. Свакако да није исто да ли се одлука сматра донетом када је за њу гласала већина од свих који имају право гласа или се сматра да је одлука донета када за њу гласа већина оних који су одлучили да гласају. По правилу, у другом случају, неопходно је одредити најмањи број оних који гласају потребан за пуноважност одлуке (најчешће, али не и нужно, то је већина од укупног броја гласача).[29] Неучествовање у процесу одлучивања или избора је појава која представља један од најупадљивијих феномена, како у развијеним и стабилним западним демократијама, тако и у демократијама постсоцијалистичких држава. Може се рећи да је и неучествовање демократско право сваког појединца,[30] али се онда мора признати да, у таквим околностима, начело већине, упркос његовом формалном поштовању, никако не успева да обави своју основну функцију обезбеђивања највеће могуће подударности између поретка и њему потчињених појединаца. Некоришћење права гласа, чини се, не треба поистовећивати са уздржаним гласањем, иако се понекад обе појаве означавају истим појмом уздржаности.[31] Прилично је безбедно рећи да небирач не жели да учествује у процесу одлучивања или избора услед равнодушности око исхода одлуке. Њему је свеједно која ће од могућих опција однети превагу, зато што су оне за њега, у извесном смислу, исте, односно једнаке. Код уздржаног гласања ситуација је сасвим другачија. Уздржани гласач учествује у процесу доношења одлуке те се никако не може рећи да је равнодушан у погледу крајњег исхода. За разлику од небирача, који не жели да изрази било какво мишљење о ниједној од понуђених опција, јер су му у суштини исте, појединац који гласа уздржано, чини се, изражава противљење свим опцијама тиме што одбија да се потврдно изјасни бар о једној од њих. Иако може да се учини да овакво разликовање негласача и уздржаних има само теоријски значај, практичне последице прављења или неправљења разлике између њих могу бити изузетно значајне. У зависности од тога да ли већину одређујемо на основу броја гласача у које убрајамо и оне уздржане или на основу броја оних који имају право гласа.[32] Посебно је питање, под условом да уздржане гласове сматрамо важећим, њихово убрајање у позитивне или

[29] Видети ibidem
[30] Видети Лукић, Р, Кошутић, Б, Op. cit.
[31] Видети Бобио, Н, Op. cit, стр. 314.
[32] Видети ibidem

негативне гласове. Начелно посматрано, оба решења су подједнако могућа. Уколико се сматра да је одлука донета када има већину сагласних гласова, уздржани гласови се тада посматрају као негативни. Ако је за пуноважност неке одлуке довољно постојање већине која јој се не противи, уздржани гласови се тада, практично, не посматрају као негативни.[33]

Начело већине се, у савременом демократском друштву сусреће са бројним тешкоћама. Свакако, његова бројна ограничења спречавају примену овог начела у бројним ситуацијама, а његова примена, готово без изузетка, није ни једноставна ни лака. Па ипак, ово начело представља, иако не једини, а оно основни начин формирања воље у сваком демократском поретку. Упркос бројних тешкоћа у његовом функционисању, које понекад могу створити и препреке добром функционисању демократије, ниједно демократско друштво не може да егзистира без начела већине. Ово начело је стога, иако само један од нужних елемената за постојање демократског поретка, кључни начин за остваривање идеала слободног појединца у слободном, демократском друштву. Као такво, начело већине, данас, нема адекватну замену.

[33] Видети ibidem

Matić Dejan, an assistant beginner

THE PRINCIPLE OF MAJORITY IN A DEMOCRATIC SYSTEM AND ITS LIMITATIONS

One of the basic characteristics of a democratic system is legitimacy of the ruling political subject. The principle of majority represents one of the fundamental procedures in deciding who will come to power in a democratic system. This rule has become particularly important in post-communist societies which have been attempting to organize their political processes on democratic principles and its major goal has been to secure the compliance of the majority of citizens with the order they are subordinated to. The adequate application of the principle of majority in a democratic system, among other necessary conditions, also assumes the acknowledgement of the right of minority to equally participate in establishing of this order. Therefore, only a moderate and reasonable principle of majority can prevent dictatorship over minority. However, a number of limitations of this principle, as well as various requirements which represent the basis of this principle, hinder its realization in modern democratic countries. Yet, the principle of majority still remains the most important way of the execution of a collective will in a democratic society and the principle element of a successful functioning of a democratic order.

Одељак IV

СЛОБОДА ПОСЛОВАЊА ПРЕДУЗЕЋА НА ЈУГОСЛОВЕНСКОМ И УНУТРАШЊЕМ ТРЖИШТУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Др Радован Д. Вукадиновић,
редовни професор ***UDK**: 341.96:347.7:339.923:061.1(4)]:34*

НЕКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ КОМПАНИЈСКОГ ПРАВА СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ У ОДНОСУ НА ПРАВО ЕУ

Предмет упоређивања

Појам компанијског права - права трговачких друштава - Под компанијским правом или правом трговачких друштава подразумевају се прописи којима је регулисан положај привредних субјеката, од којих су најзначајније трговачка друштава, односно компаније.[1] Како се у домаћим прописима уместо трговачких друштава користи израз привредна друштва, то се компанијско право своди на прописе о предузећима и приватним предузетницима.

У правном смислу "предузеће" је генерички појам који обухвата: привредно друштво, друштвено предузеће и јавно предузеће и по садржини одговара ономе што се у претежном делу европске правне теорије означава појмом трговачко друштво. Према одредбама чланова 1, 2 и 5. Закона о предузећима, предузеће је правно лице које обавља делатност ради стицања добити.

У правној теорији европских држава (и држава чланица ЕУ) се прави разлика између трговачких друштава и предузећа. Трговачка друштва по правилу представљају субјекте привредног или пословног права, док се предузећима по правилу не признаје правни субјективитет, већ се под овим појмом углавном подразумевају привредне активности. Због ових разлика требало би и у домаћем законодавству једноставно заменити израз "предузеће" изразом "трговачко друштво". У том смислу би одредбе које се у постојећем Закону о предузећима односе на положај и пословање "привредних друштава" у предстојећем процесу усклађивања могле издвојити у посебан закон - Закон о трговачким друштвима или Закон о привредним друштвима, чиме би се и у формалном смислу домаћа

[1] Вид. М. Васиљевић, Привредна друштва, домаће и упоредно право, Београд, 1999; И. Јанковец, Привредно право, Београд, 1999.

терминологија ускладила са оном која преовладава у европском окружењу.

Другу групу субјеката чине предузетници. *Предузетник* (sole proprietor), је физичко лице које обавља делатност ради стицања добити. Положај предузетника је детаљније регулисан Законом о приватним предузетницима.

Облици привредних (трговачких) друштава - Према одредбама члана 2. Закона о предузећима привредно друштво се оснива се као друштво лица или друштво капитала (компанија, корпорација).

Друштво лица се оснива као ортачко друштво или командитно друштво.

Друштво капитала се оснива као акционарско друштво или друштво с ограниченом одговорношћу.

Ово је класична подела трговачких друштава која је прихваћена и у осталим европским законодавствима и од које полазе и прописи ЕУ.

Ограничења предмета упоређивања - С обзиром да усклађивању или хармонизацији[2] нису подложни сви домаћи прописи компанијског права, или усклађивању нису подесна сва питања из тако одабраних прописа, као и да би тако подесне домаће прописе требало ускладити у две фазе, то је предмет овог упоређивања ограничен само на она питања која су према препоруци из Беле књиге I, сврстана у прву фазу. У првој фази је Белом књигом II предвиђено усклађивања унутрашњих прописа компанијског права према првом и другом ЕУ упутству.

Стање компанијског права у Србији и Црној Гори

Извори компанијског права у Државној заједници Србија и Црна Гора - У Државној заједници Србија и Црна Гора положај привредних субјекта је до доношења Уставне повеље био регулисан јединственим (савезним) Законом о предузећима,[3] Уставном повељом је ова материја пренета у надлежност држава чланица.

У Црној Гори је, међутим, и пре усвајања Уставне повеље донет Закон о привредним друштвима[4], док је у Србији на снази напред наведени савезни Закон о предузећима.

Положај јавних предузећа и предузетника је регулисан прописима држава чланица. У Србији је положај јавних предузећа регулисан Законом

[2] У раду ће се користити израз усклађивање као општи појам различитих техника и метода које би требало да одговарају енглеском појму harmonisation. Ваља напоменути, међутим, да се у комунитарној пракси и теорији користе и други појмови као што су approximation и coordination који би требало да изразе различити степен усклађености.
[3] "Сл. листу СРЈ", бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/01, 36/02.
[4] "Сл. лист РЦГ", бр. 06/02.

о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса,[5] док је положај предузетника детаљније уређен Законом о приватним предузетницима.[6]

У Црној Гори је положај приватних предузетника регулисан Законом о изменама и допунама Закона о приватним предузетницима.[7] Закон о предузећима је обухватни закон у коме су на једном месту (у оквиру једног закона) регулисани сви облици привредних друштава, на сличан начин као што је то урађено у правим неких других држава, као што су Француска, Италија, Швајцарска, Мађарска, Чешка, Словенија. Други приступ законодавном регулисању привредних, односно трговачких друштава је прихваћен у праву Немачке у којој су поједини облици трговачких друштава регулисани посебним законима.

И Законом о предузећима и Законом о привредним друштвима предвиђен је либерална или нормативни систем оснивања предузећа према коме свако лице (правно и физичко) које испуни законом предвиђене услове и ако поштује прописани поступак може основати привредно друштво.

У Европској заједници су питања компанијског права регулисана бројним упутствима, али је предмет ове анализе ограничен само на Прво упутство *First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community,*[8] amended by Council Decision 73/101/EEC of 1 January 1973[9]; European Parliament and Council Directive 2003/58/EC of 15 July 2003.[10]

Очекивања или захтеви Европске уније у вези са Првим комунитарним упутством

У погледу усклађености унутрашњих прописа, Европска унија има према трећим државама различите захтеве који зависе од врсте институционалног односа које има према трећој држави. Одређени ниво усклађености унутрашњих прописа са правним тековинама ЕУ се захтева од придружених држава и држава чланица. Сличан степен и интензитет

[5] Објављен у "Сл. гласнику РС", бр. 25 од 17. јула 2000; 25/02.
[6] Објављен у "Сл. гласнику СРС", бр. 54/89, 9/90 и "Сл. гласнику РС", бр. 46/91, 53/93, 67/93, 48/94, 53/95, 35/02.
[7] Службени гласник Црне Горе, бр. 35/02.
[8] Official Journal L 65, 14. 03. 1968.
[9] Official Journal L 2, 01. 01. 1973.
[10] Official Journal L 221, 04. 09. 2003.

усклађености који је предвиђен за придружене државе се захтева и од оних држава које имају статус потенцијалних кандидата. У положају потенцијалних кандидата се налазе државе Западног Балкана, међу којима су и Србија и Црна Гора.

Обим и интензитет усклађивања унутрашњих прописа овим државама ће бити конкретизован Споразумом о стабилизацији и придруживању (у даљем тексту ССП). Како у овом моменту Државна заједница Србија и Црна Гора није потписала ову врсту споразума са Европском унијом то се може говорити само о политичким очекивања које Европска унија има према Србији и Црној Гори, али не и о правно преузетој обавези. Ова политичка очекивања су конкретизована и званично исказаном жељом Државне заједнице да закључи ССП и да касније постане пуноправна чланица Европске уније. Потписивање ССП и касније пуноправно чланство подразумева и усклађивање пре свега оних прописа компанијског права који непосредно или посредно служе остваривању и функционисању унутрашњег тржишта унутар Државне заједнице, а у односу према ЕУ, односно њеним државама чланицама усклађивање оних прописа чијом применом треба омогућити остваривању четири слободе: слободан промет робе, слободно вршење услуга, слободно кретање радника и слободан промет капитала. Осим остваривања ових основних слобода, треће државе морају својим прописима обезбедити и слободу настањивања, тј. слободу оснивања предузећа.

Прелиминарна оцена стања усклађености прописа компанијског права

Још је на нивоу СР Југославије, без чекања на потписивање ССП покренула, подржана политичка идеја да се крене у процес усклађивања домаћих прописа. Овај процес са мањим или већим прекидима званично траје од 1996. године па су и бројни прописи који су након тога усвајани носили формалну ознаку усклађености.

Из овог периода датира и основни текст Закона о предузећима који је и данас на снази. У односу на ранија, решења садржана у овом Закону су означила дефинитивно напуштање ранијег система привредних субјеката и прихватање решења која су као савремена постојала у пракси европских држава. С обзиром на време када је усвојен, Закон није рађен са превасходним циљем да у потпуности буде усклађен са комунитарним прописима, већ да омогући започету транзицију привредног система. И поред тога, очигледна је била намера да се његова решења у што је могуће већој мери ускладе са комунитарним прописима. Тај се утицај или жеља законописаца за усклађивањем испољава на два начина: или преузимањем решења која су постојала у сличним законима у државама чланицама, или директним усклађивањем са неким решењима из комунитарних упутстава.

Степен усклађености је, међутим, био ограничен тадашњим уставним оквирима и још увек (тада) присутном жељом да се задрже друштвена предузећа, која нису позната у комунитарном праву, нити у праву осталих европских држава.

Очекивања Европске уније у вези Првог упутства

Предмет Првог комунитарног упутства - је ограничен на одређивање минималног броја докумената и података који се морају унети у регистар у свим државама чланицама, као и на обавезивање држава чланица да унете податке и документе учине доступним трећим лицима. Осим тога, Упутством је регулисано и питање ваљаности правних послова преузетих изван делатности предузећа и наведени су случајеви поништаја предузећа, као и нека питања регистра.

Сврха и значај Упутства - Упутство је донето са основним циљем да се његовим имплементирањем у државама чланицама ускладе унутрашњи прописи у мери која је потребна да се обезбеди заштита интереса трећих лица. Првим упутством се не одређују субјекти уписа, већ се прописује државама чланицама обавеза да своје прописе који се односе на упис у регистар акционарских друштава, командитних друштава на акције и друштава са ограниченом одговорношћу усагласе или координирају у погледу елемената или података који се морају уписати у одговарајуће регистре. Мере усклађивања или координације у државама чланицама се односе на законе, уредбе и административне мере.

Сама обавеза уписа у одговарајуће регистре, где ће се установити и водити регистри, као и питање који субјекти подлежу обавези регистрације су регулисани националним прописима држава чланица. Отуда између држава чланица могу постојати разлике у решењима која су прихваћена у њиховим унутрашњим (националним) прописима. Тако, на пример, према немачком праву, осим лица која су ангажована у врло малим трговачким пословима или бизнису и грађанског ортаклука сви правни облици у којима су организоване компаније, морају бити регистроване у трговачком регистру.

У домаћем праву ова питања су регулисана Законом о предузећима и Законом о регистрацији привредних субјеката у Србији и Законом о привредним друштвима у Црној Гори. У Србији је средином 2004. године донет нови Закон о регистрацији привредних субјеката[11] (у даљем тексту Закон о регистрацији). Како ће се нови Закон о регистрацији примењивати тек од почетка 2005. године, то ће у првом делу овом раду бити

[11] "Сл. гласник РС", бр. 55/2004.

анализирана решења из данас важећих прописа, а у другом делу решења из Закона о регистрацији.

Анализа решења из Закона о упису у судски регистар и оних одредби Закона о предузећима која се односе на упис предузећа у судски регистар

До доношења Закона о регистрацији обавеза привредних субјеката да се упишу или региструју била је прописана Законом о предузећима.[12] Одредбама чланова 95. до 99. Закона о предузећима прописана је обавеза привредних субјеката да се упишу у регистар, као и предмет уписа, претпоставка тачности, обавеза пријаве промена и обавештавање о регистарским подацима. Обавеза регистрације приватних предузетника била је прописана Законом о приватним предузетницима.[13]

Сам поступак уписа је регулисан Законом о поступку за упис у судски регистар[14] и Савезном уредбом о упису у судски регистар.[15]

Питања регистрације привредних субјеката у Црној Гори је регулисано Законом о привредним друштвима.

Поступак уписа предузећа - је уређен Законом о поступку за упис у судски регистар[16] и Савезном уредбом о упису у судски регистар.[17] Одредбама члана 2. Уредбе прописано је да се у судски регистар уписује оснивање, организовање, повезивање и престанак субјекта уписа, као и статусне промене и промене облика организовања тог субјекта.

Ко води регистар - Регистар воде првостепени трговински судови, чије је оснивање и рад (подела надлежности) регулисано Законом о судовима.[18]

Приликом уписа у судски регистар оснивања друштва или касније промене, суд је овлашћен да у складу са нормативним системом контролише само законитост оснивања (да ли су испуњени законом прописани услови).

Подаци који се уписују у судски регистар - У судски регистар се уписују подаци о субјектима уписа који су од значаја за правни промет, и то: фирма и скраћена ознака фирме, матични број, седиште, делатност, односно послови, облик субјекта уписа, оснивачки улози и основни капитал (уписани и уплаћени), овлашћења у правном промету и

[12] "Сл. лист СРЈ", бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/01, 36/02.
[13] "Сл. гласник СРС", бр. 54/89 и 9/90 и "Сл. гласник РС" бр. 1/91, 46/91, 31/93, 39/93, 67/93, 53/95 и 35/2002.
[14] "Сл. лист СРЈ", бр. 80/94.
[15] "Сл. лист СРЈ", бр. 1/97, 5/97, 13/2002.
[16] "Сл. лист СРЈ", бр. 80/94.
[17] "Сл. лист СРЈ", бр. 1/97, 5/97, 13/02.
[18] "Сл. гласник РС", бр. 46/91, 60/91, 18/92, 71/92.

одговорност за обавезе субјекта уписа, одговорност субјекта уписа за обавезе других субјеката уписа у правном промету, имена лица овлашћених за заступање и границе њихових овлашћења, назив и место пословања делова субјекта уписа, фирма односно назив и седиште са ознаком регистра и бројем регистарског уписа оснивача, односно име и адреса са личним бројем и бројем личне карте оснивача, број и датум акта о оснивању, као и други подаци одређени законом.

У судски регистар уписују се и промене ових података.

Значај уписа - Предузеће стиче својство правног лица уписом у судски регистар.

Јавност регистра - Подаци уписани у судски регистар су јавни. Јавност података који су објављени у судском регистру је обезбеђена одредбом члана 74. Уредбе којом је прописана обавеза суда да "После уписа у судски регистар оснивања, организовања и престанка субјекта уписа, статусних промена и промена облика организовања тих субјеката, као и других података о субјектима уписа одређених законом, ... одговарајући упис објави у "Службеном листу СРЈ", односно другом службеном гласилу одређеном законом.

Доступност (јавност) података из судског регистра - Законом је дато право сваком ко има оправдани интерес да може по одобрењу судије надлежног за вођење регистра разгледати регистар, преписивати податке из регистра и захтевати да му се изда оверени препис уписа у регистар.

Извод из судског регистра се издаје на прописаном обрасцу или као оверена фотокопија регистарских листова субјекта уписа или као оверен испис штампачем ако се подаци који се уписују у судском регистру обрађују рачунаром.

О уписаним подацима у судском регистру из пасивног дела регистарског улошка регистарски суд издаје уверење.

Суд може издавати потврду и о другим чињеницама у вези са подацима уписаним у судски регистар.

Осим тога, према одредбама члана 99. Закона о предузећима и пословна акта предузећа намењена трећим лицима (меморандум, фактура, наруџбеница и сл.), поред фирме и седишта, морају садржати и означење суда код ког је предузеће уписано у регистар, број регистарског уписа, број рачуна и матични број, а могу садржати и означење ревизора, а за акционарско друштво и друштво с ограниченом одговорношћу - и износ основног капитала и износ још неуплаћених улога.

Претпоставка тачности - Закон о предузећима полази од претпоставке тачности и прописује да "Ко се у правном промету, поступајући савесно, поузда у податке уписане у регистар, не сноси штетне правне последице које из тога настану." С друге стране, нико се не може позивати на то да му нису били познати подаци уписани у регистар, осим ако законом није друкчије прописано.

Питање послова закључених ultra vires - Закон садржи решење које се сматра модерним и које преовладава и у правима чланица ЕУ. Према одредбама члана 20. Закона о предузећима послови закључени изван делатности правно су ваљани, осим ако је треће лице знало или је морало знати за прекорачење. Ако је друштво закључило правни посао ultra vires, тј. изван предмета пословања, такав посао није ништав *(void*).

Питање ништавости привредног друштва - Привредно друштво које је основано у складу са прописаним поступком и уписано у регистар, али не испуњава све услове за оснивање је ништаво. Оно се назива и фактичко друштво *(sciete de fait)*. Ништавост има дејство само унапред, а не и ретроактивно. У Закону о предузећима ништавост предузећа је регулисана у ширем контексту престанка предузећа. Према одредбама члана 100. предузеће престаје:

1) ако му је изречена мера забране обављања делатности због тога што не испуњава услове за обављање делатности, а у року одређеном у изреченој мери не испуни те услове, односно не промени делатност;

2) ако престану да постоје природни и други услови за обављање делатности;

3) истеком времена за које је основано;

4) одлуком скупштине, односно чланова;

5) ако се број његових чланова или акционара, осим акционарског друштва без јавног уписа акција и друштва с ограниченом одговорношћу, сведе на један, а у року од шест месеци се суду који води регистар не пријави нови члан или акционар;

6) ако се правноснажном одлуком суда утврди ништавост уписа у регистар;

7) ако није организовано у складу с овим законом;

8) ако не обавља делатност дуже од две године непрекидно;

9) стечајем;

10) ако се основни капитал друштва капитала смањи испод минималног износа капитала прописаног овим и другим савезним законом;

11) спајањем са другим предузећем или поделом;

12) у другим случајевима ако је одредбама овог закона о појединим облицима предузећа то прописано.

(2) У случајевима из тач. 1. до 6. става 1. овог члана спроводи се, по правилу, ликвидација предузећа, а у случајевима из тач. 7, 8. и 10. тог става предузеће престаје, по правилу, стечајем.

(3) Предузеће престаје брисањем из регистра.

II ДЕО
Анализа решења Закона о регистрацији привредних субјеката у односу на право ЕУ

Новим Законом о регистрацији предвиђено је да се одредбе Закона о упису у судски регистар и одредбе Уредбе о упису у судски регистар примењују до 31. децембра 2004. године. Након истека овог прелазног периода престаје њихова важност, док је важност одредби Закона о приватним предузетницима које се односе на упис предузетника у одговарајући регистар продужена до 1. марта 2005. године. Ово практично значи да нови Закон о регистрацији, осим одредби које се односе на регистрацију предузетника, ступа на снагу 31. децембра 2004. године. У делу који се односи на предузетнике, Закон ступа на снагу 1. марта 2005. године.

Однос Закона о регистрацији према постојећем Закону о предузећима није регулисан Законом о регистрацији. Стога ће се до новог Закона о привредним друштвима, чије се доношење очекује до краја 2004. године, примењивати постојећи Закон о предузећима. У том смислу би његове одредбе требало сматрати општим у односу на одредбе Закона о регистрацији у случају сукоба, или као допунске, у случају да неко питање није регулисано Законом о регистрацији. Због тога ће се по појединим питањима наводити и решења постојећег Закона о предузећима.

Ово је важно напоменути, јер је обавеза уписа у регистар прописана Законом о предузећима, као што су регулисана и нека друга питања која су од значаја за регистрацију, док су Законом о регистрацији регулисани услови, предмет, поступак регистрације и начин вођења Регистра привредних субјеката.

Из овога произилази и однос Закона о регистрацији према Закону о предузећима као однос посебног према општем закону, па је из тих разлога, а у циљу избегавања могуће колизије између решења садржаних у овим законским прописима, сачекати усвајање новог Закона о привредним друштвима, па тек онда и у складу са њим донети Закон о регистрацији.

Закон о регистрацији се примењује на територији Републике Србије.

Критичко запажање - Према тумачењу Уставне повеље материја регистрације привредних субјеката је са ранијег савезног нивоа пренета у надлежност држава чланица Државне заједнице Србија и Црна Гора па ће и Закон о регистрацији важити само за Републику Србију. У државама чланицама се кроз процес имплементације Првог упутства практично врши усклађивање и координација унутрашњих прописа у погледу услова уписа, као и у погледу података који се уписују у регистре. Отуда је тешко наћи оправдане разлоге за ову врсту легислативне децентрализације у оквиру постојеће Државне заједнице Србија и Црна Гора због тога што

постоји опасност да се исто питање реши на различите начине у државама чланицама, што би успорило процес приближавања Европској унији.

Значај уписа у судски регистар

Упис привредних субјеката и података који су у вези са њима у посебне регистре је од значаја за остваривање правне сигурности учесника у правном промету. Због тога је у свим државама одговарајућим прописана прописана обавеза привредним субјектима да у посебне књиге - регистре упишу податке који су од значаја за правни промет. Међутим, између решења која постоје у националним правима постоје извесне разлике које се односе на: податке који се морају уписати у регистре (садржина регистрације), у погледу поступка уписа, места и органа где се воде регистри (организација регистра) и у погледу правног значаја уписа у регистар (правна природа уписа у регистар - регистрације).

Како наведене разлике могу довести до правне несигурности учесника у правном промету и на тај начин могу штетно утицати на слободну трговину, у Европској унији је Првим упутством од 9. 3. 1968. године државама чланицама наметнута обавеза хармонизације или усклађивања националних прописа у погледу података који се морају уписати у регистар, њихове доступности трећим лицима, као и у погледу неких питања којима је регулисан начин вођења регистра и издавање извода из регистра, ваљаности обавеза преузетих од стране предузећа пре оснивања и у погледу ништавости предузећа. Имплементацијом овог упутства државе чланице су хармонизовале своје унутрашње (националне) прописе.

И остале европске државе нечланице мењају унутрашње прописе о регистрацији привредних субјеката или у поступку добровољне хармонизације, или су то чиниле у склопу процеса придруживања и прихватања acquis communautaire.

Субјекти уписа у регистар - субјекти регистрације

Право Србије

Према Закону о регистрацији привредних субјеката у регистар се уписују привредни субјекти који су одредбама члана 4. конкретизовани као: предузетник, ортачко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу, акционарско друштво, задруга и задружни савез и други субјекти који се, у складу са законом региструју у Регистар.

Ближе одређење "других субјеката" ће бити учињено посебним законима, а посебно новим Законом о привредним друштвима. Стога се након усвајања новог Закона о привредним друштвима могу очекивати одговарајуће допуне и измене овог Закона.

Право ЕУ

Првим упутством се не одређују субјекти уписа. Ово питање је регулисано националним прописима и у том погледу Заједница за сада не располаже потребним овлашћењима на предузимање мера хармонизације. Као што је већ истакнуто, циљ комунитарних прописа је у овом погледу ограничен само на *заштиту интереса трећих лица*. Ова заштита се може остварити кроз обелодањивање или кроз чињење доступним јавности одређених података који се односе на оснивање и рад само одређених облика трговачких друштава. Првим Упутством је државама чланицама наметнута обавеза да ускладе своје прописе који се односе на одређена питања уписа у регистар само акционарских друштава, командитних друштава на акције и друштава са ограниченом. Остали облици трговачких друштава, који се условно могу означити као друштва лица, нису обухваћени овом обавезом. То не значи, међутим, да националним прописима није прописана обавеза и њихове регистрације, али се њихова решења, за сада, не морају усклађивати према заједничком или комунитарном моделу.

Домаћим Законом о регистрацији прописани су исти услови и поступак регистрације, као и начин вођења регистра за све привредне субјекте. Ранијим прописима била су предвиђена два система регистрације. Један који је важио за предузећа и други који се примењивао за предузетнике. У том смислу су вођени регистри код трговинских судова и код органа локалне самоуправе.

Органи регистрације

Право Србије

Новим *Законом* је предвиђено да Регистар води Агенција за привредне регистре преко регистратора. Положај, права, дужности и друга питања од значаја за рад Агенције се уређују посебним законом. О осталим питањима ће бити више речи у посебној анализи посвећеној Закону о Агенцији за привредне регистре. Овде ваља напоменути само да су према ранијим прописима регистрацију привредних субјеката обављали трговински судови и општине, као и да у државама чланицама Европске уније постоји различита пракса у погледу органа регистрације.

Предмет регистрације

Према одредбама члана 5. Закона о регистрацији, у Регистар се региструју оснивање, повезивање и престанак привредног субјекта, статусне промене и промене облика организовања тог субјеката, подаци о

привредном субјекту од значаја за правни промет, подаци у вези са стечајним поступком, као и други подаци одређени законом.

Према одредбама члан 6. Закона о регистру, у Регистар се уписују различити подаци који се, према карактеру и обавезности могу груписати у опште, појединачне и опционе. Општи су они подаци који постоје код свих субјеката регистрације и као такви се обавезно воде у Регистру. Посебни су они подаци који постоје само код појединих облика привредних субјеката и стога се обавезно уписују у Регистар само код регистровања тих субјеката. Постоје и подаци који се могу, али не морају уписати у Регистар. Како њихово регистровање зависи од воље привредних субјеката, то су они одређени као опциони.

У опште податке које мора да садржи Регистар о свим привредним субјектима спадају:

У регистар се обавезно региструју:

1) назив;

2) седиште;

3) датум и време оснивања;

4) датум и време промена;

5) број под којим је регистрован у Регистру;

6) матични број додељен од стране Завода за статистику Републике Србије;

7) пореско-идентификациони број (ПИБ);

8) облик организовања;

9) шифра и опис делатности;

10) бројеви рачуна у банкама.

11) годишњи финансијски извештаји састављени у складу са законом којим се уређују рачуноводствена питања.

Поред ових података остали привредни субјекти, осим предузетника, морају у регистар уписати и:

1) назив и седиште, односно име и пребивалиште оснивача,

2) име, адресу и матични број директора и границе његових овлашћења.

Командитна друштва, друштва са ограниченом одговорношћу, акционарска друштва, задруге и задружни савези и други субјекти који се у складу са законом региструју у Регистар, морају регистровати уписани и уплаћени капитал.

У Регистар се уносе и следећи подаци, ако они постоје:

1) скраћени назив;

2) назив на страном језику;

3) скраћени назив на страном језику;

4) време трајања, ако је привредни субјект основан на одређено време;

5) име, адресу и матични број чланова управних одбора;

6) име, адресу и матични број прокуристе;

7) име, адресу и матични број осталих заступника и границе њихових овлашћења;

8) делове правног лица са одређеним овлашћењима у правном промету.

Регистар може, ако то захтева привредни субјект, да садржи и следеће податке (опциони подаци):

1) бројe телефона и телефакса привредног субјекта;

2) електронску адресу привредног субјекта;

3) адресу интернет стране.

У Регистар се региструју промене података, као и други подаци о привредном субјекту који су одређени законом.

У погледу финансијских података, њихово објављивање је регулисано Законом о рачуноводству и ревизији.[19] Одредбама овог Закона је предвиђена обавеза правним лицима и предузетницима да достављају финансијске извештаје за претходну годину органу или другом правном лицу надлежном за вођење регистра бонитета правних лица у року од два месеца од истека текуће календарске године, а усвојени финансијски извештаји се са мишљењем финансијског ревизора достављају у року од шест месеци. Са друге стране, сви обвезници ревизије су обавезни да обелодане биланс стања, биланс успеха, извештај о новчаним токовима и извештај о променама на капиталу, заједно са мишљењем ревизора у року од седам календарских месеци текуће године или у средствима јавног информисања или преко *web site*-а.

У Републици Црној Гори је питање података који се морају објавити је регулисано Законом о привредни м друштвима за сваки облик друштва.

Право ЕУ

Према одредбама члана 2. Првог упутства, у регистре се уписују:

- инструмент о оснивању (уговор или одлука о оснивању) и статут ако је садржан у одвојеном инструменту;

- свака измена наведених инструмената укључујући и свако продужење трајања компаније;

- након сваке измене инструмента о конституисању или статута, комплетан текст измењеног инструмента или статута;

- постављење, престанак функције и подаци о лицима која су овлашћена да представљају предузеће или која учествују у управљању, надзору или контроли над предузећем. Из података се мора видети да наведена лица могу да представљају предузеће самостално или заједно са осталим овлашћеним лицима;

[19] "Сл. лист СРЈ", 71/2002.

- бар једном годишње износ уписаног капитала, осим ако је за било какво повећање уписаног капитала потребна измена статута;
- биланс стања и биланс успеха за сваку финансијску годину;
- промена седишта предузећа;
- оглашавање предузећа ништавим, ликвидације и података о ликвидаторима, стечају и брисању уписа.

Оцена

У погледу усклађености података који се региструју, а који касније могу бити доступни јавности, општа оцена је да су новим Законом о регистрацији извршена нека побољшања, али да и даље решења из Закона о регистрацији нису у потпуности усаглашени са правном регулативом ЕУ.

У односу на претходна решења новим Законом је побољшана усклађеност са Првим упутством јер је прописана обавеза домаћих субјеката да региструју годишње финансијске извештаје састављене у скалду са законом којим се уређује финансијско пословање.

Међутим, Законом о регистрацији није прописана обавеза привредним субјектима да учине доступним јавности акт о оснивању привредних субјеката. Ово представља недостатак Закона у погледу његове усклађености према праву ЕУ, тј у погледу обезбеђивања стварне заштите интереса трећих лица. Додуше, одредбама члана 7. Закона о регистрацији прописано је да саставни део регистра чине и документи на основу којих је вршена регистрација. Који се документи прилажу уз регистрациону пријаву зависи, пре свега, од врсте привредног субјекта који се региструје и од тога шта се региструје. У том смислу је врста потребне документације која се прилаже ближе одређена у делу IV Закона. Из одредби наведеног дела није спорно да се као документ за регистрацију приложе и акт о оснивању и да трећа лица могу, у складу са одредбама члана 12. тачка 2. добити копију документа на основу кога је извршена регистрација, а то значи и акта о оснивању. Међутим, потпуна заштита трећих лица се постиже тек њиховим објављивањем на интернет страни Агенције, као што је то предвиђено за податке.

На закључак да новим Законом о регистрацији није предвиђена потпуна јавност акта о оснивању упућују и одредбе члана 31. који је насловљен као "објављивање регистрованих података" према којима је обавеза објављивања на интернет страни Агенције предвиђена само регистроване "податке."

Појам "података" је ближе одређен у делу II, који је тако и насловљен, и то тако што су одредбама члана 6. набројани (већ наведени) подаци које садржи Регистар. Међу тим подацима није наведен акт о оснивању. На закључак да је у Закону заиста направљена разлика између "података" и

"докумената који се прилажу" упућује и формулација тачке 2. наслова IV Закона у коме се као подаци наводе: годишњи финансијски извештај, прокура и њен престанак, забрана обављања делатности, пријава стечајног поступка и други подаци одређени законом.

Начела регистрације

Право Србије

Начела на којима се заснива Закон о регистрацији су одредбама члана 3. одређена као:

јавности, истинитости и савесности; самосталности у решавању; ефикасности; доступности; економичности; приоритета и јединства уноса.

Право ЕУ

У Првом упутству се изричито не наводе ова начела. У Упутству је наглашена садржина и значај начела јавности података у регистру, начело тачности регистрованих података, као и право трећих лица да се поуздају у њих. О осталим начелима и о обавези њиховог поштовања се може закључити из садржине самих чланова.

Оцена

И у досадашњој пракси регистарских судова поштована су начела која су позната у праву ЕУ. Предложеним решењима из Нацрта закона постојећа начела су "озакоњена" и јасније истакнута, а уведена су и нека нова начела која су у складу са праксом која постоји у праву ЕУ и у правима држава чланица.

Међутим, када је у питању објављивање регистрованих података као једном од начина на који се испољава примена начела јавности или публицитета, постоје извесне разлике између решења из Закона о регистрацији и Првог упутства. Наиме, одредбама члана 31. Закона о регистрацији прописана је обавеза објављивања регистрованих података само на интернет страни Агенције, али не и у било ком службеном гласилу. За разлику од оваквог решења, Првим упутством (чл. 3. тачка 4) је државама чланицама постављена обавеза да се регистровани подаци, као и текстови докумената на основу којих је извршено њихово регистровање објаве не само у електронској форми, него и у националним новинама које одреде државе чланице. Имајући у виду ниво компјутерске образованости и стечених навика у њиховом коришћењу, као и рачунарску опремљеност предузећа и трећих лица, тешко је разумети зашто је домаћи законодавац заборавио ову обавезу објављивања у новинама, која је, иначе, ранијим прописима била одређена.

Правна природа и дејство уписа у регистар

Право Србије

Законом о регистрацији није решено питање правне природе уписа, односно регистрације привредног субјекта. Према решењима из Закона о предузећима, уписом у регистар предузеће које се оснива стиче правни субјективитет. У том смислу је упису дат конститутиван значај. Од момента уписа у регистар предузеће може предузимати правне послове и може бити странка у поступку. За трећа лица упис у судски регистар учвршћује правну сигурност у том смислу што трећа лица која се, поступајући савесно, поуздају у податке уписане у регистар не сносе правне последице које због тога настану.

Упоредно право

У упоредном праву постоје различита решења. Тако, примера ради, према немачком праву упис у регистар има конститутивни значај за настанак права и за његово коришћење. У неким националним правима, као што је у Енглеској, регистар је изједначен са обичним каталогом или "адресаром" у коме се налази листа трговаца са подацима који се односе на њихов положај и субјективитет, па и упис има евиденциони значај.

Ипак, без обзира на разлике које постоје у националним правима у погледу карактера регистра, у свим правима држава чланица упису у регистар се даје значај необоривог доказа у смислу да физичко лице има квалитет трговца или да је једно друштво постало правно лице, односно да су и једни и други стекли правни субјективитет.

Право ЕУ

Прво упутство не одређује непосредно правни значај регистра и регистрације. О томе се може ценити посредно према решењу које је прихваћено у Упутству у вези питања ваљаности обавеза преузетих у име предузећа пре него што је оно стекло правни субјективитет. О конститутивном карактеру уписа се може закључити из одредби члана 7. Упутства, које одређују неограничену и солидарну одговорност лица која су у име предузећа преузела обавезе пре него што је предузеће основано и стекло правни субјективитет, ако такве радње не призна предузеће.

Регистар - саставни делови регистра

Право Србије

Судски регистри су према до сада важећим прописима представљали јавне књиге које се састоје из регистарских уложака који имају регистарске листове. Уз судски регистар се воде збирке исправа и друге помоћне књиге и евиденције. Иако су се подаци који су уписују у регистар могли уносити и компјутерским путем, постојећи регистри су представљали јавне папирне књиге.

Законом о регистрацији регистар привредних субјеката је дефинисан као јединствена, централна јавна, електронска база података о привредним субјектима, формирана за територију Републике Србије, у коју се подаци уносе и чувају у складу са законом. Регистар се састоји из података и докумената на основу којих је вршена регистрација. Документи се могу поднети у папирној форми и у електронском облику.

Регистар води Агенција за привредне регистре преко Регистратора. Регистратора именује Управни одбор Агенције уз претходну сагласност Владе Републике Србије.

Регистар је повезан са другим регистрима и државним органима и организацијама.

Оцена - У односу на постојећи облик, увођење јединственог електронског регистра представља значајну новину и доказ модернизације домаћег законодавства и праћења савремених решења у европском праву. Међутим, ради очувања аутентичности податка и очувања садржине докумената, увођење електронске регистрације подразумева доношење одговарајућих прописа о електронском потпису и пратеће регулативе о заштити податка и њиховом чувању.

Надлежности за вођење регистра и овлашћења регистратора

Право Србије

Према одредбама члана 18. Закона о поступку за упис у судски регистар, уписи у судски регистар се вршили код надлежног суда на чијем се подручју налази седиште субјекта уписа (регистарски суд). Према Закону о уређењу судова упис предузећа је вршен код првостепених трговинских судова, док су се предузетници уписивала код надлежних општинских органа.

Према Закону о регистрацији, надлежности за вођење регистра су пренете са трговинских судова и општинских органа на јединствену институцију означену као Агенција за привредне регистре. Саму регистрацију обавља регистратор кога именује влада Републике Србије.

Регистратор се именује на период од четири године, с тим што исто лице може бити поново именовано за Регистратора.

Регистратор има овлашћења и обавезе да:

1) се стара о законитом, систематичном и ажурном вођењу Регистра;

2) ближе одређује начин вођења Регистра;

3) спроводи поступак регистрације, издаје потврде о поднетој регистрационој пријави и доноси одлуке по регистрационој пријави;

4) обезбеђује благовремено објављивање регистрованих података, као и техничке услове у просторијама Агенције, како би заинтересована лица могла да изврше увид у интернет страну Регистра;

5) обезбеђује увид у Регистар и издаје оверене изводе из Регистра и копије докумената на основу којих је извршена регистрација;

6) прописује форму и садржину образаца за регистрацију и обезбеђује њихову доступност на сајту Регистра;

7) обезбеђује доступност модела типских оснивачких аката на сајту Регистра;

8) обезбеђује превођење документације из писане форме у електронску форму Регистра;

9) обезбеђује копије у писаној форми свих података и докумената унетих у Регистар;

10) обезбеђује чување и архивирање документације у писаној форми и електронске документације;

11) предузима друге радње неопходне за несметано и правилно функционисање Регистра у складу са законом.

У Црној Гори је Законом о привредним друштвима прописана обавеза регистрације у Централном регистру привредног суда.

Овлашћења регистарских судова и Регистратора

Према одредбама постојећег Закона о упису у судски регистар (чл. 6), суд је дужан да оцени да ли за упис постоје прописани услови. Под овим се, у смислу члана 32. подразумева овлашћења регистарског суда да испита да ли су за упис испуњени прописани формални и материјални услови.

Под формалним условима се подразумева:

1) да је пријаву поднело овлашћено лице субјекта уписа или његов пуномоћник;

2) да је пријава поднесена на прописаном обрасцу са одређеном садржином и у потребном броју примерака;

3) да су уз пријаву приложене све прописане исправе у изворнику или овереном препису, односно овереној фотокопији;

4) да је пријава поднесена у прописаном року;

5) да су исправе донесене у прописаном поступку;

6) да исправе одговарају прописаној садржини;

7) да су испуњени и други формални услови предвиђени овим законом.

Под материјалним условима подразумева се:

1) да је захтев за упис у складу са законом;

2) да је захтев за упис у складу са одредбама општих аката којима су утврђени подаци, односно промене које се уписују у судски регистар;

3) да су испуњени и други материјални услови одређени законом.

Ако је пријаву с прописаном садржином поднело овлашћено лице субјекта уписа или његов пуномоћник, ако су уз пријаву приложене законом, односно другим општим актом одређене исправе и ако је захтев за упис у складу са законом, суд је дужан да изврши упис у судски регистар

Кад одлука суда о упису у судски регистар зависи од постојања или непостојања одређених чињеница о којима одлучује други орган, односно организација овлашћена законом, суд ће одредити рок за прибављање те одлуке, који не може бити краћи од осам нити дужи од 60 дана.

Захтев за упис у судски регистар који не испуњава ове услове суд ће одбити.

Законом о регистрацији привредних субјеката предвиђена су мања овлашћења будућих регистратора у односу на овлашћења постојећих регистарских судова у поступку регистрације.

Регистратор није овлашћен да испитује тачност података и веродостојност докумената из регистрационе пријаве. Он је једино дужан да испита постојање формалних претпоставки за регистрацију и да на основу тога упише или одбије упис предузећа у регистар.

По пријему регистрационе пријаве Регистратор проверава:

1) да ли је надлежан за поступање по регистрационој пријави;

2) да ли је као потписник регистрационе пријаве назначено овлашћено лице;

3) да ли регистрациона пријава садржи све податке у складу са овим законом;

4) да ли је уз регистрациону пријаву приложена сва документација утврђена законом;

5) да ли је уз регистрациону пријаву приложен доказ о уплати накнаде за регистрацију;

6) да ли су подаци који се уносе у регистрациону пријаву истоветни као и подаци о документацији приложеној уз пријаву;

7) да ли је под истим називом регистрован други привредни субјект, односно да ли је тај назив већ резервисан у складу са овим законом, ако се регистрациона пријава односи на регистрацију оснивања или промене назива;

8) да ли је под истим називом и са седиштем у истом месту регистрован други привредни субјект, ако се регистрациона пријава односи на регистрацију промене седишта;

9) да ли је уз регистрациону пријаву поднета сагласност која је законом прописана као услов за тражену регистрацију.

Регистратор решава по регистрационој пријави решењем или закључком.

Решењем се усваја захтев из регистрационе пријаве.

Закључком се одбацује регистрациона пријава.

Регистратор не може да одбаци регистрациону пријаву ако је поднета у складу са овим законом.

Приступ регистру и увид у регистар

Начин решавања ових питања је од пресудног значаја за остваривање начела јавности или транспарентности и начела доступности на чијем значају се посебно инсистира у праву ЕУ.

Право Србије

Ранијим прописима је одређено да су подаци из судског регистра јавни и да их свако може разгледати, преписивати и захтевати да му се изда извод из судског регистра.

У Закону о регистрацији се такође полази од начела јавности и доступности регистра. Према начелу доступности, приступ регистру ради регистрације, увида у регистар и издавања извода и копија из регистра се обезбеђује непосредно преко Агенције или електронским путем преко Интернета. Прописана је и обавеза Регистратора да у року од два дана од дана пријема захтева изда тражени извод, копију или потврду.

Увођењем електронског регистра заинтересованим лицима ће се, свакако, омогућити лакши и једноставнији приступ подацима који су од значаја њихову сигурност и за правни промет, али се морају донети и пратећи правни прописи.

Остале одредбе

Прво упутство садржи и одредбе о ваљаности обавеза које су предузећа преузела пре оснивања и стицања правног субјективитета (део II, чланови 7-9) и о ништавости предузећа (део III, чланови 10-12). Тако је одредбама II дела, прописана обавеза државама чланицама да ускладе своје прописе и предвиде да за обавезе које је су име предузећа преузете пре његовог уписа у регистар, ако их као своје обавезе не призна предузеће, одговарају солидарно и неограничено лица која су их преузела. Оваквим решењем практично је признат конститутивни карактер уписа.

Са друге стране, Упутством је наметнута обавеза државама чланицама да у својим прописима прихвате теорију *ultra vires*. Према овој теорији предузеће обавезују радње које су предузели његови органи и изван регистрованог предмета пословања, осим ако су такве радње преузете мимо овлашћења којима располажу ови органи. Међутим, државе чланице могу својим прописима превидети да предузеће неће у таквим ситуацијама обавезивати тако преузети послови, ако докажу да су за то трећа лица знала или су морала знати. Али, сама доступност или јавност статута, међутим, није сама по себи довољан доказ овога.

Исто тако, Упутством је предвиђена и обавеза држава чланица да у својим прописима предвиде да се ограничења која се тичу овлашћења органа предузећа на основу статута или одлука надлежних органа, не могу користити против трећих лица, чак и ако су та ограничења била отворена и доступна за јавност.

Ова питања нису регулисана Законом о регистрацији, али су слична решења садржана у постојећем Закону о предузећима.

Radovan Vukadinović, a full-time professor

SOME CHARACTERISTICS OF THE ACT ON THE REGISTRATION OF COMPANIES COMPARED TO EU LAW

The issue of registration of companies in Serbia and Montenegro was regulated by Art. 95-99 of the Federal Act on companies published in the official gazettes of FR Yugoslavia no. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/01 and 36/02. These articles of the Act on companies regulate a requirement for companies to be registered, the subject of the registration, as well as the data entered in the registry (their validity, changing and notification of change). The detailed description of the registration procedure was given in the federal Law on the court registration procedure published in the official gazette of FR Yugoslavia no. 80/94 and in the federal Decree on court registration procedure published in the official gazettes of FR Yugoslavia no. 80/94 and in the Constitutional Decree on court registration procedure published in the official gazettes of FR Yugoslavia no. 1/97, 5/97, 13/2002.

After establishing the State Union of Serbia and Montenegro, the jurisdiction over this matter was transferred from the federal level to the level of member states by the constitutional charter. From the aspects of legal security and harmonization of domestic laws with EU laws, it is very difficult to find justification for this legislative decentralization. Based on this newly assigned jurisdiction, the Republic of Serbia passed a new Act on company registration.

As for EU/Community law, this issue is regulated by the First Directive no. 68/151 of March 9, 1968 with the amendments made in 2003.

This Directive assumes that all national laws include the requirements for company registration. Therefore this Directive does not regulate the status and organization of registration procedures. It only defines which documents are required for the registration, the validity of the activities the companies assumed before the registration and the terms of their termination. Hence, the member states retained discretionary right to regulate all other issues in this field, such as the type of bodies which will conduct the registration, or the types and methods of registration. Comparative law analysis shows that EU member states have opted for different solutions. For example, in some states the registration is performed by commercial courts and in others by chambers of commerce.

In the Republic of Serbia, the Act on company registration provides that a specialized Agency for commercial registries conducts a unique registration in

electronic form. However, the implementation of electronic registration requires that certain laws should be passed regulating signing of documents in electronic form, protection of electronically processed data and their storage and maintenance.

It has been noted that the Act on company registration of the Republic of Serbia, compared to the solutions from the First Directive, does not require the publication of the registration document and only regulates the right of the third person to obtain such document. It has been stated that, in order to increase legal security of third persons and creditors and facilitate the harmonization of the national law with EU law, this law should be amended to include this requirement. However, compared to the previous solution, this law represents an improvement since it requires the publication of final financial report.

Summing up we can state that the principle remark and objection to this law is that it does not require the publication of registration data in any of official gazettes published in the state. It also violates the principle of transparency and openness to public which is present in EU law.

Др Божин Влашковић,
редовни професор

***UDK**: 347.77/.78(430)*

ПОЈАМ СЛАВНИХ ЖИГОВА У ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ И СУДСКОЈ ПРАКСИ

1. ПОЈАМ СЛАВНИХ ЖИГОВА У ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ

У правној теорији појам славних жигова није дефинисан на јединствен начин. Неки аутори га везују, на пример, за широку познатост. Истичу да је славан само онај жиг који је познат свим становницима неке државе, без обзира на године, степен образовања, друштвени слој, или круг потрошача којем припадају.[1] За славне жигове се захтева да су ушли у језик неког народа и то с одређеном и јединственом представом. Нужно је и довољно да жиг поседује такве особине на подручју домаће државе. Чињеница да је он славан у иностранству још увек не значи да је то случај и у домаћој земљи.[2]

Други истичу да се не може дати чврста дефиниција овог појма која би се односила на све случајеве.[3] Једино је могуће разликовати обим заштите појединих жигова који је различит и везан с положајем жига у промету. У том погледу су најкарактеристичнији они који су, као такви, једини. С њима се везује општа представа о њиховој јединствености, а за сваког су постали уобичајене чаробне речи.[4]

Поред ових жигова у привредном промету се налазе и они који су посебно познати, али, као такви нису једини.[5] Жигови који припадају овој групи се, пак, међусобно разликују. Разлике се јављају у погледу степена њихове познатости и у односу на круг лица у којем је то случај. Наиме, неки од њих су познати широкој публици, али у поређењу с другим су доминантни. Други су, напротив, изузетно познати, али се њихова гласовитост ограничава на узак круг стручних лица. То су жигови којима

---

[1] Becher, Der Schuty der beruhmten Marke, GRUR 11/1951, стр. 490.
[2] Becher, исто, стр. 490.
[3] Friedrich, Besonders bekannte Marken, Markenartikel, 53, s. 316.
[4] Friedrich, исто, стр. 320.
[5] Friedrich, исто, стр. 320.

се обележавају производи специјалне намене. За разлику од производа широке потрошње они се рекламирају само у стручним часописима или на други начин, примерен њиховој природи. Но, и једни и други уживају посебну заштиту која превазилази ону која је установљена правом о жиговима.[6]

У правној теорији има аутора који ближе не дефинишу критеријума за славне жигове, него се задовољавају само општим конструкцијама. Истичу да је реч о жиговима који својом светлошћу надсијавају све друге и обасјавају и најудаљенија подручја на којима се више не може говорити о истоврсним производима.[7]

У литератури су, пак, извршена и детаљнија истраживања критеријума који би требало поставити да би жиг стекао епитет славног или чувеног. Том приликом се искристалисало њих неколико.[8]

а) Доминантно важење у промету

Да би се један жиг квалификовао као славни, неопходно је да је достигао највећи могући степен снаге обележавања. Он тиме постаје опште познат као знак неког предузећа или одређеног производа. Није довољно само познатост у оквиру круга потрошача оних производа који су њиме означени. Изузетно, када је реч о специјалним производима, може се одступити од тог правила. Тада је довољно да је жиг у својој познатости достигао оне границе које су иманентне природи производа. Сматра се да је жиг испунио услов опште познатости, ако га познаје 70-80% становништва земље у којој се тражи заштита.[9]

б) Јединственост жига

Следећи услов је да је жиг јединствен на тржишту и то у смислу да је један и једини. Међутим, овај захтев се не сне схватити у најстрожем значењу. Не може се захтевати јединственост у објективном смислу, дакле, да ту ознаку користи само једно предузеће и ниједно друго, без обзира на подручје делатности и врсту производа или услуга који се обележавају. Одлучујуће је, напротив, то да ли је знак, сходно становишту публике, познат у највећој могућој мери и да ли га она схвата као жиг одређеног предузећа.[10] У каснијим излагањима ћемо видети да јединственог имена "Kupferber" којим се користило предузеће у којем се

---

[6] Friedrich, исто, стр. 320.
[7] Friedrich, Verwechslung oder Verwasserung, JR, 1951, s. 314.
[8] Hefermehl, Schutz der beruhmten Marke gegen Neuanmeldung gleicher oder verwechslungsfahiger Zeichen im Eintragungsverfahren, GRUR Int. 6/6/1973, стр. 425.
[9] Baumbach - Hefermehl, исто, стр. 982.
[10] Baumbach - Hefermehl, исто, стр. 982.

производи шампањац није искључена тиме да је слична ознака употребљавана и на једном врло удаљеном привредном подручју. Наиме, ознака Floria-Kupferberg Verlag је била коришћена у издавачкој делатности, али је та околност била позната врло ограниченом кругу лица.

в) Особитост ознаке

Славни жигови морају показивати и извесни степен особитости или оригиналности. О њој се не може говорити онда када је жиг сличан ознакама које су уобичајене у привредном животу. На пример, жиг "Meisterbrand" који је коришћен за означавање алкохолних пића није заштићен против употребе за обележавање шпорета. На овом другом подручју смисао ознаке је био само описујући.[11]

г) Цењеност жига

Као последњи критериј у теорији се захтева и цењеност жига. Она се везује за представу коју потрошачи имају о њему. Разлози на којима се заснива цењеност су без икаквог значаја. На пример, она се никако не сме доводити у вези с посебним квалитетом производа који су њиме означени, а који се може објективно установити. Не захтева се ни конкретна представа купаца о квалитету производа. Довољно је да је она општег карактера, а може се заснивати на рангу и старости предузећа, његовој величини, техничким могућностима, добро организованој сервисној служби итд.[12]

Наведени критеријуми се не могу посматрати изоловано. Они су међусобно повезани и утичу један на други. Одсуство једног од њих може бити компензирано интензивношћу других. На пример, заштиту која припада славном жигу може уживати и онај који је опште познат, али није јединствен у изложеном смислу, под условом да су с њим повезане представе о изузетном квалитету означених производа.[13]

Неки аутори појам славних жигова везују за њихову рекламну моћ. У ову категорију сврставају само жигове чија је рекламна моћ посебна, а њена привредна вредност толика да и незнатно умањење проузрокује штету титулару жига. Она, пак, у сваком случају далеко надмашује губитке који настају на страни трећих лица за случај да им буде забрањена употреба тог жига за обележавање неистоврсних производа или услуга. Међутим, може се само приближно рећи које и какве особине мора поседовати жиг да би био уврштен у групу славних. Захтева се да жиг

[11] Baumbach - Hefermehl, исто, стр. 982.
[12] Baumbach - Hefermehl, исто, стр. 983; Hefermehl, исто, стр. 429; Fezer, Der Benutzungszwang im Markenrecht, Berlin, 1984, стр. 185.
[13] Baumbach - Hefermehl, исто, стр. 983.

постане нека врста симбола за саму робу која је њиме означена. Таква чаробна реч је дубоко укорењена у свест публике, те и само њено помињање изазива асоцијацију на жиг, производ и исто место производње. Жиг се приближава имену производа, али се од њега разликује управо по још очуваној функцији означавања порекла. Он се, дакле, трансформише у појам којим се означава предмет за задовољавање неке потребе.[14] На пример, не купује се ташни кишобран, него "Knirps", не купује се неко освежавајуће пиће, него "Coca- Cola" итд.

За славне жигове се, даље, тражи да производи означени жигом буду цењени у промету и да је жиг јединствен.[15] Јединственост се схвата на посебан начин и изједначава са симболичким карактером жига у већ изложеном смислу. Не захтева се, дакле, да је жиг један и једини на било којем привредном подручју. То проистиче и из чињенице да је за настанак славног жига некада потребан дужи временски период. У том интервалу, у којем жиг још увек није стекао епитет славног, могуће је, сходно принципу специјалности, да буде употребљен за означавање робе која није истоврсна заштићеној. Ту није реч о повреди жига. Таква употреба се, пак, може наставити и када је жиг постао славан. Позивајући се на једнакост овако употребљаваних жигова с онима који су сада постали славни, не може се тражити забрана њихове употребе. За повреду је одлучујуће да у моменту употребе жига за обележавање неистоврсних производа нема могућности да се она забрани. Из тог разлога је могуће да се иста ознака, која је сада стекла епитет славног жига, већ од раније користи за означавање неистоврсних производа. Дакле, критеријум јединствености није одлучујући за славне жигове.

Полазећи од изложеног, сматра се да је за славне жигове неопходно да буду испуњене макар следеће претпоставке. То су: да је жиг постао појам за један или више производа у круговима свих садашњих или потенцијалних учесника у промету, да је ушао у њихов језик на целој државној територији, те да се њим изазива представа о посебној ваљаности производа који су њиме обележени.

2. ПОЈАМ СЛАВНИХ ЖИГОВА У СУДСКОЈ ПРАКСИ

У судским одлукама је мало пажње посвећено дефинисању овог појма. У неким су садржане само опште констатације. На пример: "Реч "Odol" је права реч с рекламном моћи која превазилази остало значење жига, тако да свако ко је чује или чита мисли на воду за уста коју производи

[14] Elasaesser, исто, стр. 143.
[15] Elasaesser, исто, стр. 144.

тужилац".[16] У другима се, без ближег разматрања, само набрајају неки од критеријума. На пример: "Знак тужиље ужива светско значење. Он је у најјачој мери продро као знак за предузеће и важи у промету као обележје за ваљаност производа, те је тиме значајан ослонац гласовитости тужиље.[17]" Или: "Опасност разводњавања претпоставља посебну вредност ознаке, неку јединственост." Несигурност и неодређеност произилази и из других одлука. Захтева се, на пример, да знак поседује доминантну моћ обележавања, да се у најинтензивнијој мери пробио у промету као знак предузећа, а на односу дуготрајне употребе и интензивне рекламе.[18] У неким одлукама су, пак, нешто ближе изложени критеријуми за славне жигове: "У овим случајевима заштићено правно добро није примарно доминантна моћ означавања уопште, него јако рекламно дејство које се заснива на јединствености знака. Уколико знак није јединствен, не може се реализовати посебна заштита од разводњавања.[19]

У неким судским одлукама је посебно разматран захтев јединствености ознаке, као критеријум за славне жигове. Наиме, било је споро да ли знак мора бити једини на тржишту, или је могуће да се истовремено користе исти или слични, при чему њихов број није битан. Ставови судске праксе су били различити. У једној судској одлуци је пружена заштита као славном жигу, иако је суд установио да и друге фирме употребљавају исти знак.[20] Основ за пружање такве заштите нађен је у чињеници да ни један од ових других знакова није опште познат. У другим одлукама је критеријум тумачен рестриктивно. Заштита као славном жигу је ускраћена јер је на тржишту већ коришћен исти или сличан жиг. На пример, произвођач тепиха је као свој жиг заштитио анкер. Други произвођач је овај знак почео да користи за обележавање намештаја. Суд је, решавајући по захтеву произвођача тепиха, установио да је његов жиг светски познат, али је, упркос томе, ускратио заштиту. Образложење је било да жиг тужиоца не поседује јединственост, јер га употребљава већи број лица за обележавање сопствених производа. Зато се не може рећи да ће жиг тужиоца бити ослабљен управо коришћењем од стране туженог.[21] На исти начин је одлучено и у каснијим одлукама. Заузето је становиште да је заштита славних жигова оправдана њиховом јединственошћу, а не познатошћу и гласовитошћу.[22] Такав рестриктивни став је, затим, промењен. Суд је одлучивао о захтеву произвођача

[16] LG Elberfeld, одлука од 11. 9. 1924, JW, 1925, стр. 502.
[17] RG, одлука од 31. 10. 1942, GRUR 1943, стр. 85.
[18] BGH, одлука од 22. 10. 1954, GRUR 6/1955, стр. 299.
[19] Цитирано према: Elasaesser, исто, стр. 46.
[20] Наведено према: Kohl, исто, стр. 47.
[21] BGH, одлука од 14. 2. 1958, GRUR 8/1958, стр. 393.
[22] Наведено према: Kohl, исто, стр. 47.

шампањца који је више од сто година користио у својој фирми има "Kupferberg".[23] Оно је истовремено било заштићено и као жиг. Тужени, такође с презименом Kupferberg, основао је 1946. фирму "Ignacy Kupferberg Co. Gm BH" која је пословала ускоро само као "Kupferberg Co. Gm BH". Трговала је дрветом, металом и машинама, пре свега с предузећима из источних земаља. Њена је активност у СР Немачкој била ограничена на сарадњу с тридесетак индустријалаца и великотрговаца. Поред ове фирме постојала је и трећа. Била је то "Florian Kupferberg Vrlag", која је пословала још од 1797. Произвођач шампањца је случајно 1958. године сазнао за фирму "Kupferberg Co. Gm BH", те је затражио њено брисање. BGH је усвојио захтев, супротно одлуци првостепене инстанце. Основну тешкоћу у одлучивању чинила је околност да жиг тужиоца није био јединствен, јер је постојала и фирма "Kupferberg Vrlag". Зато је суд морао да прида посебно значење овом појму. То је учињено на следећи начин: "Уколико је реч о посебној рекламној моћи као претпоставци заштите, она не може бити негирана у спорном случају само зато што готово непознато домаће предузеће у својој фирми користи исто име. Захтев тзв. јединствености се не сме разумети у чисто објективном смислу да ниједно предузеће у земљи не може да употребљава исту или сличну ознаку на било којем, па макар и тако специјализованом подручју.[24]" Напротив, о јединствености ознаке одлучује публика. Уколико је знак тужиоца у највећем могућем степену познат публици и уколико она за њега везује представу о само једном предузећу, тада је ознака јединствена. На то не утиче околност да је у једном врло уском кругу познато предузеће, које, такође, послује под сличном фирмом.

Суд је на исти начин поступио и у једној новијој одлуци. Тужилац у спору је био титулар жига "Rosenthal", који је, између осталог, регистрован за порцелан, стакло и из њих добијене производе. Тужени је регистровао жиг "Gut Rosenthal" за алкохолна пића, ликере и рибу. Одлучујући о критеријумима за славне жигове, суд је истакао да властито име Rosenthal није уобичајено у Савезној Републици, а и неколико трговаца то име употребљава у својој фирми уз неке додатке. Све ове фирме послују на другим секторима робе, а поседују само локално значење и незнатне су величине. Чак уколико су ове фирме на одређеном ограниченом подручју уопште познате малом делу тамошњег становништва, тиме није оштећена јединственост ознаке, њено значење или рекламна моћ у свести овог малог дела становништва. Даље је речено да особитост и јединственост ознаке тужиоца не може бити оспорена с образложењем да она означава по свом чисто дословном значењу долину с ружама, или да има неколико мањих

[23] BGH, GRUR 1966, стр. 623.
[24] BGH, GRUR 1966, стр. 623.

места или улица са тим називом. Ове околности не играју улогу у свести промета када је реч о фирми или знаку тужиоца. Јер, за робу из производног програма тужиоца у питању је особита ознака, које не садржи никакво упућивање на особине робе или њено географско порекло.

У каснијим одлукама BGH је имао прилику да одлучује о повреди славних жигова. Он је у њима пажњу усмерио на ближа испитивања услова под којима се може пружити специјална заштита. Међутим, претходно питање о критеријумима за славне жигове није ближе разматрано.[25]

[25] BGH, одлука од 2. 4. 1987, ("Camel Tours") GRUR 10/1987, стр. 711.

Božin Vlašković, a full-time professor

THE CONCEPT OF FAMOUS TRADEMARKS IN LEGAL THEORY AND COURT PRACTICE

This work conveys the results of German theory and practice of administrative and judicial bodies related to determining the concept of famous trademarks.

This issue is of particular importance since these famous trademarks enjoy larger protection compared to other trademarks. Namely, this protection is not limited by the principle of specialty.

The results of German theory and practice are only a part of a more comprehensive attempt of many European countries to closely determine the concept of famous trademarks.

Др Милена Петровић,
ванредни професор

***UDK**: 341.9:347.453:34(497.11)*

ПОСАО ФИНАНСИЈСКОГ ЛИЗИНГА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Уводне напомене

Последње декаде међународног привредног пословања обележава нагли и готово експлозиван развој финансијског лизинга као новог посла на међународном финансијском и економском тржишту.[1] Колики значај он има у савременом пословном промету говори чињеница да је UNIDROIT на заседању у Отави 1988. године донео Конвенцију о међународном финансијском лизингу.[2] Циљ ове конвенције је био да се формулисањем извесних једнообразних правила створи основни међународни правни оквир унутар кога би могао несметано да се обавља овај посао. Потреба за таквим правним оквиром је била производ два фактора: с једне стране, могућности да се прошири употреба међународног финансијског лизинга као метода кроз који се финансира капитална опрема, што је значило да овај посао треба учинити доступнијим и с друге стране, потреба је постојала због различитог третмана који је финансијски лизинг имао у националним правима.[3]

Ако се пореди са традиционалним именованим уговорима облигационог права као што су продаја, кредит, закуп, или продаја са задржавањем права својине (*pactum reservati dominii),* може се запазити да финансијски лизинг има елементе сваког од њих, али није ниједан од њих. Он има своје специфичности које га разликују од наведених уговора и због

---

[1] Према подацима LEASEUROPE, Европске федерације асоцијација лизинг компанија која је основана 1972. год. и која репрезентује неких 1348 лизинг компанија из 28 земаља чланица, само у 2002. години ове компаније су инвестирале преко 195 милијарди еура у некретнине и опрему, а рачуни су били преко 470 милијарди еура.

[2] Конвенција је ступила на снагу 1. маја 1995. г. а ратификовали су је: Француска 1991; Италија 1993; Нигерија 1994; Мађарска 1996; Панама 1997; Летонија 1997; Русија 1998; Белорусија 1998.

[3] R. Cuming, *Legal Regulation of International Financial Leasing: The 1988 Ottawa Convention,* Arizona Journal of International and Comparative Law, 1989, p. 1.

тога се може сврстати у посебне именоване уговоре облигационог права. Међутим, као такав, он је без сумње, новина у многим земљама, укључујући чак и оне које имају високо развијено трговинско право. Отуда не чуди да је мали број земаља данас које су донеле посебне законе којима на јединствен начин уређују овај тип трансакције.[4]

Посао финансијског лизинга се последњих деценија показао као економски повољан инструмент, прилагођен потребама субјеката који у њему учествују. Примаоцу лизинга, он пружа могућност да прибави потребну опрему без улагања сопственог капитала или средстава добијених путем кредита. С друге стране, овај посао је повољан и за даваоца лизинга, који, с обзиром да задржава право својине на предмету лизинга, не сноси ризике који су, везани за одобравање кредита. Најзад, путем овог посла, испоручиоцу (произвођачу) пружа се могућност континуиране продаје веће количине робе сигурном и поузданом купцу.[5]

Очигледно је да би финансијски лизинг, управо због својих карактеристика требало да буде посебно погодан за земље у транзицији с обзиром да би могао да допринесе оживљавању привреде, развоју привредних субјеката, подизању производње, побољшању квалитета производа, што би у крајњој консеквенци, требало да утиче на побољшање животног стандарда становништва.

Своје правно утемељење, у виду посебног закона, посао финансијског лизинга је добио и у Србији будући да је у мају 2003. године ступио на снагу Закон о финансијском лизингу.[6] Он уређује посао финансијског лизинга, уговор о финансијском лизингу и регистар. Ван домашаја овог закона остала су питања пореског, царинског и рачуноводственог аспекта овог посла с обзиром да њих регулишу одговарајући закони који се односе на ову материју. Предмет анализе у овом раду биће само најважнији аспекти овог сложеног правног посла и то кроз призму новог Закона, њему посвећеном.

I Појам и структура финансијског лизинга

а) Појам посла финансијског лизинга

Према одредби чл. 2. Закона о финансијском лизингу посао финансијског лизинга је посао у коме давалац лизинга:

1) са испоручиоцем предмета лизинга, одређеним од стране примаоца лизинга, закључује уговор на основу кога стиче право својине на предмету

[4] Посебне законе о финансијском лизингу донеле су Белгија, Бразил, Француска, Шпанија, Канада, САД усвајањем чл. 2А Uniform Commercial Code 1986. године, Русија, Украјина.
[5] Ј. Перовић, *Коментар Закона о финансијском лизингу,* Београд, 2003. стр. 5-6.
[6] Сл. гласник Р. Србије бр. 55. од 27. маја 2003. године.

лизинга, према спецификацији примаоца лизинга и под условима које, уколико се односе на интересе примаоца лизинга, одобрава прималац лизинга (уговор о испоруци);

2) са примаоцем лизинга закључује уговор о финансијском лизингу којим се обавезује да на примаоца лизинга пренесе овлашћење држања и коришћења предмета лизинга на уговорено време, а прималац лизинга се обавезује да му за то плаћа уговорену накнаду у уговореним ратама (уговор о лизингу).

Посао финансијског лизинга, како је дефинисан у чл. 2. Закона, очито представља врло комплексну трансакцију.

Прво, у питању је тродимензионални однос с обзиром да у њему учествује три субјекта: давалац лизинга, чија је функција искључиво финансијска (он купује предмет лизинга, а право његовог држања и коришћења преноси на примаоца лизинга); прималац лизинга, који одређује спецификацију опреме (предмета лизинга) и бира испоручиоца предмета лизинга, а за коришћење те опреме плаћа уговорену накнаду у уговореним ратама; и најзад, испоручилац који у складу са спецификацијом примаоца лизинга, овом лицу испоручује опрему. Само је један од ова три субјекта, а то је давалац лизинга, у директном уговорном односу и са примаоцем лизинга и са испоручиоцем, чинећи тако "централну фигуру" или "језгро" овог посла.

Закон изричито искључује двострану лизинг трансакцију у којој је давалац лизинга истовремено и произвођач, односно испоручилац (овај облик се у правној литератури често означава као оперативни лизинг), али и тространу трансакцију у којој је давалац лизинга укључен у избор испоручиоца и саме опреме.[7]

Друго, у овом послу се закључују два уговора који су правно самостални, али економски повезани. То су уговор о испоруци који закључују давалац лизинга и испоручилац и уговор о финансијском лизингу који закључују давалац лизинга и прималац лизинга. Очигледно

[7] Види чл. 13. Закона према коме се у првом случају примењују одредбе закона којим се уређују облигациони односи, зависно од природе конкретног уговора (закуп, продаја са оброчним отплатама цене и сл.). Други случај Закон не формулише изричито, али то произилази из чл. 2. Закона.

У свакој од ових ситуација улога даваоца лизинга превазилази улогу финансијера што је основна карактеристика тространог финансијског лизинга. Код двостраног лизинга давалац лизинга је обично произвођач или добављач робе у питању који лизинг користи као маркентишко средство. Двострана лизинг трансакција у принципу лако може да прерасте у тространу уколико произвођач оснује сопствену лизинг компанију. У другом наведеном случају давалац лизинга искорачује из чисто финансијске улоге тиме што се укључује у избор опреме као и самог испоручиоца. Више о томе: A. H. Boss, *Products Liability and International Leasing Transactions: TheUNIDROIT Draft Convention,* Journal of products Law, Vol. 1, No. 3. p. 146.

да се у оваквој ситуацији прималац лизинга и испоручилац међусобно не налазе у уговорном односу. Међутим, прималац лизинга утиче на садржину уговора о испоруци јер се он закључује у складу са спецификацијом примаоца лизинга и под условима које, уколико се односе на примаоца лизинга, он одобрава.

б) Битни елементи уговора о финансијском лизингу

Одредбом члана 6. ст. 1. Закон одређује битне елементе уговора о финансијском лизингу. То су: 1) предмет лизинга; 2) износ накнаде коју плаћа прималац лизинга (износ појединих рата, њихов број и време плаћања); и 3) време трајања, односно, рок на који је уговор закључен.

Предмет финансијског лизинга, према чл. 4. Закона, може бит само покретна непотрошна ствар. Под овим се подразумевају најразличитије ствари као што су компјутерска и друга опрема, разна постројења, као и возила почев од аутомобила до авиона. Непокретности су искључене из области примене овог Закона, иако су оне уобичајен предмет лизинга у многим националним правима. Образложење законодавца је да за њих важи специфичан својински режим у нашем правном систему, при чему се ово првенствено односи на тзв. градско грађевинско земљиште које, према Уставу Републике Србије може бити само у државној или друштвеној својини (чл. 60. ст. 1).[8]

Предмет финансијског лизинга, како Закон изричито наводи, мора бити прецизно одређен. То значи да у уговору морају бити наведени сви подаци потребни за идентификацију предмета уговора, као што је детаљан опис машина, уређаја или опреме, њихов број, одговарајуће ознаке, припадајући делови, помоћни и прикључни уређаји и сл.

У погледу накнаде коју прималац лизинга плаћа даваоцу лизинга за коришћење предмета лизинга (лизинг накнада), Закон одређује да се она утврђује првенствено на основу амортизације целине или најбитнијег дела вредности предмета лизинга (чл. 7. Закона). С обзиром да се једна од основних карактеристика овог уговора огледа у томе да се лизинг накнада исплаћује у ратама, уговорне стране морају уговором предвидети како укупан износ лизинг накнаде, тако и износ појединих рата, њихов број и време плаћања.

У погледу трећег битног елемента уговора о финансијском лизингу, а то је његово трајање, Закон одређује (чл. 3) да минимални рок на који се овај уговор закључује не може бити краћи од две године од дана закључења уговора.

[8] Ј. Перовић, цит. дело, стр. 31. и сл.

Форму уговора о финансијском лизингу Закон уређује на императиван начин одређујући да уговор мора бити закључен у писменој форми (чл. 6. ст. 3).

в) Субјекти у послу финансијског лизинга

Субјекти у послу финансијског лизинга су давалац лизинга, прималац лизинга и испоручилац предмета лизинга (чл. 9. Закона).

Давалац лизинга је лице које, уз задржавање права својине на предмету лизинга, преноси на примаоца лизинга овлашћење држања и коришћења предмета лизинга, на уговорено време и уз уговорену накнаду (чл. 10. ст. 1. Закона). У смислу овог Закона, то је привредно друштво које обавља послове финансијског лизинга у складу са прописима државе у којој је основано и чији је минимални уплаћени новчани део основног капитала 100.000 еура. Он је "централна фигура" читавог посла јер закључује два уговора: један са испоручиоцем (уговор о испоруци), а други са примаоцем лизинга (уговор о финансијском лизингу).

Прималац лизинга, према одредби чл. 11. Закона, је правно или физичко лице на кога давалац лизинга преноси овлашћење држања и коришћења предмета лизинга, на уговорено време и уз уговорену накнаду. За разлику од даваоца лизинга, прималац лизинга, у смислу овог Закона, може бити свако правно лице, независно од тога да ли обавља делатност ради стицања добити или не, као и физичко лице, независно од тога да ли обавља регистровану делатност ради стицања добити или не.[9]

Испоручилац предмета лизинга, у смисли овог Закона (чл. 12), је правно или физичко лице које на даваоца лизинга преноси право својине на предмету лизинга, ради његове предаје примаоцу лизинга на држање и коришћење, на уговорено време и уз уговорену накнаду.

г) Права и обавезе уговорних страна

1. У одређивање права и обавеза уговорних страна Закон је уградио неопходан степен правне сигурности и то кроз остварење два основна захтева – стварање услова за ефикасно и неометано одвијање послова финансијског лизинга у нашој земљи и у правној заштити економски слабије уговорне стране. Тиме је обезбедио симетрију и баланс у заштити интереса, али и ризика уговорних страна.

Давалац лизинга, као власник предмета лизинга, има могућност да ефикасно реализује своја права на предмету лизинга у случају неиспуњења обавезе од стране примаоца лизинга. Тако, за случај раскида уговора због неплаћања лизинг накнаде, Закон предвиђа посебан, скраћени поступак за

[9] *Ibid.* стр. 49. и 50.

стицање државине на предмету лизинга, који даваоцу лизинга омогућава да предмет лизинга поврати на начин који је ефикасан и сигуран за обе уговорне стране.[10] У случају стечаја примаоца лизинга, давалац лизинга има право на издвајање предмета лизинга (излучно право) из стечајне масе примаоца лизинга, што представља другу значајну заштиту даваоца лизинга од захтева стечајног управника или поверилаца примаоца лизинга.[11]

Закон истовремено води рачуна о интересима примаоца лизинга као економски слабије уговорне стране. У том контексту су одредбе Закона које се односе на: одобрење примаоца лизинга оних услова уговора о испоруци која се односе на његове интересе (чл. 2), при чему накнадне измене тог уговора не производе дејство према примаоцу лизинга уколико он на њих не пристане (чл. 37); императивна одредба о битним елементима и форми уговора о финансијском лизингу (чл. 6. ст. 1); императивна одредба о статусу и минималном основном капиталу даваоца лизинга (чл. 10. ст. 2); обавеза прибављања предмета лизинга од стране даваоца лизинга према спецификацији примаоца лизинга и од испоручиоца кога је одредио прималац лизинга (чл. 14); императивна одредба о одговорности даваоца лизинга за правне недостатке (чл. 18); одговорност за материјалне недостатке (чл. 16); правило према коме пренос права својине на предмету лизинга не утиче на правни положај примаоца лизинга (чл. 22); право на раскид уговора о финансијском лизингу због неблаговремене или несаобразне испоруке, односно право примаоца лизинга да у том случају обустави исплату лизинг накнаде све док давалац лизинга не испуни обавезу испоруке која је у свему у складу са уговором (чл. 24), као и одговорност испоручиоца у таквом случају (чл. 38); право примаоца лизинга да откупи предмет лизинга или продужи уговор (чл. 42. ст. 2).

У даљем тексту биће више речи о обавезама уговорних страна.

2. *Обавезе даваоца лизинга*. Давалац лизинга има неколико обавеза према примаоцу лизинга. Прво, он има обавезу да према спецификацији примаоца лизинга прибави предмет лизинга од испоручиоца кога је одредио прималац лизинга (чл. 14. Закона). Ова обавеза подразумева испуњење два услова: прво, прибављање предмета лизинга мора бити тако да се стекне право својине на њему (по правилу, он са испоручиоцем закључује уговор о продаји); друго, то прибављање се чини од испоручиоца и према спецификацији које је одредио сам прималац лизинга. Друга обавеза даваоца лизинга је да примаоцу лизинга обезбеди

[10] Чл. 30. Закона о финансијском лизингу
[11] Чл. 15. Закона.

неометану државину која неће бити узнемиравана од стране трећег лица које има јачи правни основ па је, у том смислу, он одговоран за правне недостатке на предмету лизинга. Ова обавеза је установљена због потребе заштите примаоца лизинга као економски слабије уговорне стране, а формулисана је изричито чл. 18. Закона по коме, давалац лизинга одговара ако на предмету лизинга постоји право трећег лица које искључује, умањује или ограничава неометану државину примаоца лизинга, а о чијем постојању прималац лизинга није обавештен, нити је пристао да узме предмет лизинга оптерећен тим правом.[12] Да би прималац лизинга могао да оствари заштиту од евикције, потребно је да је савестан, а с друге стране, дужан је да о узнемиравању од стране трећег лица обавести даваоца лизинга и да га позове да у разумном року ослободи предмет лизинга од права или претензије тог лица (чл. 19. Закона).

3. *Обавезе примаоца лизинга.* Две основне обавезе примаоца лизинга су да преузме предмет лизинга и то на начин, у време и на месту који су предвиђени уговором, као и да даваоцу лизинга плаћа лизинг накнаду у износима, роковима и на начин који су такође предвиђени уговором.[13] Неиспуњење ове друге обавезе има за последицу право даваоца лизинга на накнаду штете. Поред ових обавеза, прималац лизинга је дужан да предмет лизинга користи са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина, односно, у складу са уговором или наменом предмета лизинга.[14] Он је такође дужан да предмет лизинга одржава у исправном стању и да врши потребне поправке. У том смислу он сноси трошкове, а повреда ове уговорне обавезе повлачи одговорност његову за штету коју је услед тога претрпео давалац лизинга.[15] У истом циљу, а уколико другачије није предвиђено уговором, прималац лизинга је дужан да осигура предмет лизинга од ризика који су предвиђени уговором.[16] Коначно, прималац лизинга је дужан да, по престанку уговора, предмет лизинга врати даваоцу лизинга или лицу које је давалац лизинга одредио. Ова обавеза не постоји уколико је уговором предвиђено право примаоца лизинга да откупи предмет лизинга или да продужи уговор о лизингу.[17]

---

[12] Ово је у складу са општим правилима о одговорности продавца за правне недостатке (заштита од евикције), предвиђеним Законом о облигационим односима (чл. 508-512).
[13] Види чл. 23. и 27. Закона о финансијском лизингу.
[14] Види чл. 25. Закона. Пажња доброг домаћина се односи на физичка лица која уговор о финансијском лизингу закључују изван оквира привредне делатности.
[15] Види чл. 26. Закона.
[16] Види чл. 34. Закона.
[17] Види чл. 33. Закона.

4. *Обавезе испоручиоца.* Основна обавеза испоручиоца је да примаоцу лизинга испоручи предмет лизинга, осим ако је уговором о лизингу предвиђено да предмет лизинга испоручи давалац лизинга.[18] Испорука се има извршити у време, на начин и на месту који су предвиђени уговором, а предмет лизинга мора бити у исправном стању, заједно са припацима.

2. Међународни финансијски лизинг - питање меродавног права

а) Решења у упоредном праву

Уколико су субјекти посла финансијског лизинга, а пре свега, давалац и прималац лизинга, физичка или правна лица са домицилом односно, седиштем у различитим државама, сам посао прераста границе националне јурисдикције и постаје међународни финансијски лизинг. У таквом случају нужно се отвара питање меродавног права по коме ће се, у случају спора, ценити права и обавезе уговорних страна из овог посла.

Наведени проблем решава међународно приватно право и, посматрано упоредно, оно је јединствено у ставу да је примарна тачка везивања на основу које се одређује уговорни статут, аутономија воље странака. Ово је правило које важи за све уговоре, па и уговор о финансијском лизингу.

Будући да уговор о финансијском лизингу обухвата два правно самостална уговора, уговор о испоруци и уговор о лизингу, то странке, у принципу, могу поступити на два начина. За оба уговора оне могу изабрати једно право. Уколико се определе за овакав избор, потребна је сагласност све три уговорне стране. У другом случају, стране се могу споразумети да за сваки појединачни уговор буде меродавно посебно право, дакле, за уговор о испоруци једно, а за уговор о лизингу друго право. У тој ситуацији у начелу је неопходно да странке изричито наведу изабрано меродавно право јер, иако је закључење оба уговора временски повезано ова чињеница није довољан разлог да се закључи да су странке желеле избор једног права.[19] Ма коју опцију да изаберу, у погледу самог избора не постоје никаква ограничења. То значи да странке, као меродавно, могу изабрати право земље седишта даваоца лизинга или право земље седишта примаоца лизинга или право неке треће државе.

У случају да странке нису извршиле избор меродавног права, оно ће се одредити на основу објективних или субсидијерних тачака везивања. Будући да су у упоредном међународном приватном праву оне различите и бројне, то је могућа примена различитих права. Које ће се право применити зависи од земље чије се колизионе норме примењују.

---

[18] Види чл. 36. Закона.
[19] Reithmann / Martiny, *Internationales Vertragsrecht,* 1996. 5. ed. стр. 816.

Како посао финансијског лизинга чине два самостална уговора - уговор о испоруци и уговор о лизингу то за њих важе различите колизионе норме јер су различите тачке везивања. За уговор о испоруци, који по својој природи представља уговор о куповини, меродавно је право земље седишта испоручиоца као дужника карактеристичне престације. Ово је опште прихваћена колизиона норма у упоредном националном законодавству и јудикатури. Што се тиче уговора о лизингу, ставови доктрине, права и судске праксе су различити. У француској литератури је заступљен став да код уговора о лизингу покретних ствари, уколико нема избора права, треба применити право земље где се та ствар налази с обзиром да је ту тежиште уговора. У енглеској литератури се наилази на исто решење јер се истиче да лизинг има стварноправну природу и да отуда увек подлеже праву земље где се ствар налази, односно *lex rei sitae.*[20] На истим позицијама је и решење Савезног закона о лизингу Русије од 29. 10. 1998. год. јер предвиђа да ће се спорови у вези предмета лизинга решавати у складу са правом земље где се предмет лизинга налази и то у моменту када је спор настао (чл. 24. ст. 5. Закона). За бродове и ваздухоплове, према истом Закону, биће меродавно право земље где су они регистровани. Амерички судови заступају став да за уговор о лизингу покретних ствари тачка везивања треба да буде место где се уговор закључује. Према немачком праву (чл. 28. ст. 2. EGBGB), тачка везивања је седиште даваоца лизинга ако је предмет лизинга покретна ствар. Ово правило важи и за уговоре о лизингу бродова, док је за уговор о лизингу на непокретним стварима, према чл. 28. ст. 3. EGBGB меродаван *lex rei sitae.*[21] На истим позицијама је и швајцарско право. Према чл. 117. Закона о међународном приватном праву карактеристичну престацију код уговора о лизингу извршава давалац лизинга па се у недостатку избора права, меродавно право везује за његово седиште. Тако на пример, ово право (право седишта даваоца лизинга) треба да да одговор на питање да ли прималац лизинга у случају недостатака на предмету лизинга сме да ускрати плаћање лизинг рата или да ли се он мора обратити испоручиоцу како би овај испунио своје обавезе из уговора о испоруци.[22]

Примену различитих права на сваки појединачни уговор прате одређене опасности. Тако, на пример, захтеви примаоца лизинга према испоручиоцу подлежу праву меродавном за уговор о испоруци. Уколико не постоји сагласност у решењима између права меродавног за уговор о испоруци и права меродавног за уговор о лизингу може настати озбиљан проблем. Отуда у литератури постоји став да за оба уговорна односа треба

[20] *Ibid.* стр. 817.
[21] Reithmann / Martiny, цит. дело, стр. 817.
[22] Види: K. Siehr, *Das internationales Privatrecht der Schweiz,* 2002. стр. 312. и сл.

применити јединствено право. Тако је у Француској изражено схватање да то треба да буде право земље где се налази предмет лизинга с обзиром да он представља језгро лизинг трансакције. Исто мишљење заступају и неки немачки аутори.[23] За овакву, јединствену тачку везивања се може рећи да она унапред искључује приговоре на поједина питања. Међутим, против оваквог решења се истиче пре свега правна самосталност оба уговорна односа, као и различитост интереса и ризика. Према овом другом схватању, економска повезаност оба уговора, сама по себи, није довољна и не оправдава примену јединственог права.[24]

Наведене, врло озбиљне проблеме, решиле су оне земље које су донеле јединствена, униформна правила о финансијском лизингу у форми посебног закона. Њима су обухваћена оба односа тако што се водило рачуна о интересима и рицима све три уговорне стране, а са циљем да се постигне симетрија и правичност. Ово је посебно важно за примаоца лизинга јер је он најслабија страна у овом тространом односу. Међутим, не треба заборавити да је потребу за уклањањем правних сметњи у функционисању финансијског лизинга, као и потребу да се ова пословна трансакција учини доступнијом први уочио Институт за унификацију приватног права (UNIDROIT) Једнообразна правила које је он формулисао у Конвенцији о међународном финансијском лизингу послужила су као основа за све наведене националне законе о финансијском лизингу.

б) Решење у праву Србије и Црне горе

Проблем меродавног права за уговор о финансијском лизингу у нашем праву решава Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту ЗРСЗ).[25] Као и сва остала национална права, тако и наш Закон одредбом чл. 19. усваја аутономију воље странака као примарну тачку везивања у избору меродавног права. У складу са тим, за уговор о финансијском лизингу, меродавно је право које су уговорне стране изабрале. У том погледу, у принципу, нема никаквих ограничења па странке могу изабрати и право неке треће државе које није у вези ни са уговором, нити са самим странкама.

Уколико су уговорне стране, из било којих разлога, пропустиле да изврше избор меродавног права, оно ће се одредити на основу колизионе норме формулисане у члану 20. Закона која се темељи на објективним тачкама везивања. То су принцип најближе везе, а ако се он не може применити, принцип карактеристичне престације. Дакле, ако странке нису изабрале меродавно право и ако посебне околности случаја не упућују на

[23] Reithmann / Martiny, цит. дело, стр. 815.
[24] *Ibid,* стр. 817.
[25] ”Службени лист СРЈ” бр. 46/96.

друго право, као меродавно се примењује право државе у којој се налази пребивалиште, односно седиште дужника карактеристичне престације. У наведеном члану Закон изричито наводи шта се сматра карактеристичном престацијом у случају двадесет различитих уговора. Међу набројаним уговорима нема уговора о лизингу па се поставља питање ко је дужник карактеристичне престације у овом уговору, те које ће се право применити као меродавно. Хоће ли то бити право седишта даваоца лизинга или право седишта примаоца лизинга код кога се налази предмет лизинга? Као што смо могли видети из анализе упоредног права оба решења су могућа. Шта у овом случају треба да важи за наше право? Ако се у одговору на ово питање ограничимо на одредбе и начела овог Закона[26] чини нам се да је уговору о лизингу најближи по својој природи уговор о закупу покретних ствари те да карактеристичну престацију принципом аналогије можемо извести из овог уговора. У том случају меродавно право за лизинг било би право земље пребивалишта, односно седишта даваоца лизинга.[27]

Уколико би наша колизиона норма упутила на право државе која је ратификовала UNIDROIT Конвенцију имала би се применити правила ове конвенције будући да она представљају унутрашње право тог правног система и да имају предност у односу на законе који регулишу уговор о финансијском лизингу. У обратном случају, ако колизиона норма неког страног права упути на право СЦГ има се применити Закон о финансијском лизингу под условом да је дати уговор у најближој вези са Србијом или се седиште дужника карактеристичне престације налази на територији Србије.[28] На сва питања која нису регулисана овим законом примеће се одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима.

[26] Према чл. 2. Закона у случају правних празнина примењују се одредбе и начела овог закона, начела правног поретка СЦГ и начела међународног приватног права.
[27] Према чл. 20(7) Закона, за уговор о закупу покретних ствари меродавно је право места где се у време пријема понуде налазило пребивалиште, односно седиште закуподавца.
[28] Наведени Закон је донела Република Србија те он важи на њеној територији.

Milena Petrović, an associate professor

THE ACTIVITIES OF INTERNATIONAL FINANCIAL LEASING IN SERBIAN LEGISLATION

The last decade in international trade cooperation has been marked by a sudden, almost an explosive, development of financial leasing as a new type of activity on the international financial and economic market. Compared to traditional agreements of obligation law, including sale, credit, rent and sale with the retention of ownership, the financial leasing is seen to have the characteristics of all these activities, but it does not fall under any of these classifications. It has its specific characteristics which make the financial leasing different from all the mentioned types of agreements classifying it into a separate category of obligation law agreements.

Representing a complex, three-side activity, which involves two relatively independent, but financially linked agreements (the delivery agreement and the leasing agreement), this activity was eventually legally regulated in Serbia in May of 2003 when the Act on financial leasing was brought. It regulates the financial leasing activities, agreement and registry. However, this Act failed to define more closely tax, customs and accounting aspects of this matter.

Соња Спасојевић,
асистент-приправник

***UDK**: 347.77/.78*

ПРАВНА ПРИРОДА ГЕОГРАФСКИХ ОЗНАКА ПОРЕКЛА И РАЗЛИКЕ У ОДНОСУ НА ОСТАЛЕ ЗНАКОВЕ

А. Правна природа географских ознака порекла

Географске ознаке порекла имале су за обележавање робе скоро увек велики значај. Још у римском праву користиле су се као средство обележавања. У средњем веку заштита географских ознака порекла спроводила се преко цехова. Са пропадањем цехова, пред крај 18. и почетком 19. века, престала су да постоје правила за њихову заштиту. Сматрало се да таква заштита није спојива са привредном либерализацијом.

Тек пред крај 19. века, у Немачкој, ступају на снагу два закона, Закон о робним ознакама и Закон против нелојалне конкуренције, који садрже правила за заштиту географских ознака порекла.[1]

Историјски посматрано, географске ознаке порекла дуго су уживале заштиту искључиво на основу правила о сузбијању нелојалне конкуренције. Заштита на основу права конкуренције свакако није спорна. Проблем је што право конкуренције не штити непосредно географску ознаку порекла као знак, него само посредно конкуренте који примењују географске податке који одговарају њиховом правом значењу и намени.[2]

Право конкуренције само спречава преварно обележавање робе или услуге географском ознаком порекла. Тачније, лице које своју робу или услугу обележи називом географског локалитета са којег роба заправо не потиче, чини дело нелојалне конкуренције.[3] Међутим, право нелојалне

---

[1] Види чл. 16. Закона о робним ознакама (Warenzeichengesetz) и чл. 1-4 Закона против нелојалне конкуренције (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb).
[2] Fezer, Karl-Heinz: Markenrecht, Kommentar, München, 2001, стр. 1784.
[3] Марковић, С: Право интелектуалне својине, Београд, 2000, стр. 166.

конкуренције не гарантује апсолутно право на употребу географског податка као знака који се користи да укаже на географско порекло робе.[4]

Још 1963. године Бајер[5] је тврдио да географске ознаке порекла стоје врло близу права жига и да због тога треба извршити законску промену њихове правне заштите. (У Немачкој до 1995. године тј. до ступања на снагу Закона о жиговима географске ознаке порекла су уживале заштиту на основу Закона против нелојалне конкуренције). Међутим, 1979. године немачки Уставни суд у тзв. "Weinbergsrolle"[6] одлуци констатовао је да на географској ознаци порекла за привредне субјекте из односног места не постоји субјективно право. Насупрот томе, Суд правде Европске заједнице у својој одлуци "Turron de Alicante"[7] квалификује право на географску ознаку порекла као индустријска и комерцијална својина у смислу чл. 36. Уговора о оснивању Европске заједнице.

Упркос великој сличности са жиговима, за разлику од ових, у немачкој литератури и пракси није постојало једнообразно мишљење о питању правне природе географских ознака порекла. Чак је Гајсер[8] сматрао да се ту заправо ради о једном праву *sui generis*, тј. о специфичном облику права нелојалне конкуренције, које подједнако штити и потрошаче и конкуренте.

У трагању за разлозима због којих се дуго није признавало субјективно право на географску ознаку порекла, у литератури се може наићи на став да је заштита географских ознака порекла само правни рефлекс забране употребе географских података на преваран начин на основу прописа о сузбијању нелојалне конкуренције.[9] Наиме, сматрало се не постоје разлози да се привредним субјектима призна "властито" право на географску ознаку порекла, премда је довољно то што право конкуренције штити конкуренте, потрошаче и јавност уопште од преварног обележавања робе или услуге географском ознаком порекла. У супротном, ако би дакле такво право било признато, слобода конкуренције би била ограничена.

Ступањем на снагу Закона о жиговима 1995. године[10], географске ознаке порекла су по први пут у Немачкој признате за ознаке и као такве су регулисане у овом Закону. Пошто се право жига признаје као

---

[4] Само право сузбијања нелојалне конкуренције не убраја се у искључива субјективна права. Више о правној природи овог права и разлозима због којих се ипак убраја у права индустријске својине у: Марковић, op. cit., стр. 261 и даље.

[5] Наведено према: Reinhard, T: Die geographische Herkunftsangabe nach dem Markengesetz unter Berücksichtigung internationaler Regelungen, Diss., 1998, стр. 19.

[6] Reinhard, op. cit, стр. 15.

[7] Knaak, R: Der Schutz geographischer Herkunftsangaben im neuen Markengesetz, GRUR, 2/1995, стр. 105.

[8] Наведено према: Wolf-Friedrich, M: Der Schutz geographischer Herkunftsangaben durch das Markenrecht und certification marks, Diss., 1994, стр. 32.

[9] Reinhard, op. cit., стр. 16.

[10] http//www.internetfallen.de/Gesetze/Markengesetz.

субјективно право титулара жига, ово је дало повода за питање, да ли је оваквим регулисањем овлашћеним лицима коначно признато апсолутно субјективно право на географску ознаку порекла?

Код нас се географске ознаке порекла штите на основу Закона о географским ознакама порекла[11], донетим 1995. године. Сваки привредни субјект који је испунио формалне и материјалне услове прописане овим Законом, стиче субјективно право, право на географску ознаку порекла. Садржину овог права чине имовинскоправна овлашћења. Титулар права је овлашћен да користи у привредном промету заштићену географску ознаку порекла, и да забрани другима да то чине. Пошто право на исту географску ознаку порекла имају сви привредни субјекти који испуњавају законом прописане услове, искључиво дејство овог права ограничено је тиме што титулар права мора толерисати све остале титуларе у вршењу оних овлашћења на која по закону и сам има право. Дакле, географска ознака порекла је колективно право свих лица[12] која обављају производњу, прераду или дораду производа који су обележени називом односног географског подручја.[13]

Б. Појам географских ознака порекла и разлике у односу на остале знакове

1. Појам географских ознака порекла према нашем праву

Географска ознака порекла се у нашем Закону дефинише као право којим се штите ознаке порекла и географске ознаке којима се обележавају производи које физичка или правна лица производе на одређеном подручју.[14]

Битно обележје географских ознака порекла јесте то да морају бити заштићене у складу са Законом.[15] Управо због овог разлога велики број наших производа који су познати широм света само у свести учесника у промету постоје као производи са географском ознаком порекла, премда као такви нису регистровани код Савезног завода за интелектуалну својину.

Друго битно обележје географске ознаке порекла је употреба у пословном промету од стране овлашћених корисника. У питању су лица која на одговарајућем географском подручју обављају производњу,

[11] " Службени лист СРЈ" бр. 15/95. У даљем тексту: Закон.
[12] Бесаровић, Жарковић: Интелектуална својина, Индустријска својина и ауторско право, књига прва, Београд, 1998, стр. 114.
[13] О сличности овог права са колективним жигом види у: Марковић, op. cit., стр. 167.
[14] Чл. 1 Закона.
[15] Бесаровић, Жарковић, op. cit., стр. 114.

прераду или дораду производа који је обележен називом тог подручја. Другим речима, право на географску ознаку порекла се признаје само оним субјектима који су привредно активни на локалитету чији је назив заштићен.[16]

Коришћење географског податка који као такав није установљен код Завода као географска ознака порекла од стране лица које није привредно активно на односном подручју, не може се квалификовати као повреда географске ознаке порекла. Таква радња се може под одређеним условима квалификовати само као радња нелојалне конкуренције. Са друге стране, свака радња која представља повреду географске ознаке порекла, по природи представља и радњу нелојалне конкуренције. То је изричито и наглашено у чл. 49 ст. 2. Закона.

Наш Закон прави разлику између географских ознака и ознака порекла. И једне и друге се користе да означе да одређени производ потиче из одређене земље, региона или места. Међутим, ознаке порекла уз то указују још и да локалитет чијим називом је производ обележен претежно или искључиво утиче на посебан квалитет и својства која производ има.

Подела географских ознака порекла на географске ознаке и ознаке порекла, одговара подели на просте[17] и квалификоване географске ознаке[18] порекла која се врши у немачком праву. Правни институт "ознака порекла" развијен је[19] у француском праву.[20] Прва официјелна дефиниција овог института дата је у Лисабонском аранжману о заштити ознака порекла и њиховом међународном регистровању. Тако се, у смислу овог Споразума, ознака порекла дефинише као географско име земље, региона или локалитета, које служи да означи да производ оданде потиче, и чији су квалитет или особине искључиво или претежно условљени средином која обухвата природне и људске факторе.

Као посебне особине одн. квалитет из дефиниције ознака порекла не мисли се на објективно дефинисане особине одн. обележја робе.[21] Посебне особине одн. квалитет одређују се према схватању учесника у промету. Проблем је што често конкретна обележја одн. особине робе учесницима у промету нису позната. У многим случајевима учесници у промету имају само извесна очекивања од производа одн. услуга које потичу са одређеног локалитета. Због тога у пракси није ни мало лако одредити

[16] Марковић, op. cit., стр. 169.
[17] Реч је о ознакама које према схватању промета не поседују нарочити углед.
[18] Ове ознаке се користе за обележавање производа који су нарочито познати и који редовно уживају добар углед.
[19] Wolf-Friedrich, op. cit., стр. 22.
[20] франц. -"appellation d'origine".
[21] Knaak, op. cit., GRUR, 2/1995, стр. 106.

схватање учесника у промету, које се у већини случајева, као што је речено, заснива на очекиваном квалитету одн. особинама робе.

Оно што треба приметити је и то да у стварности линија између географских ознака и ознака порекла није најјаснија, како се то на основу дефиниције може претпоставити. Наиме, потрошачи често и са простим географским ознакама порекла тј. географским ознакама повезују одређена квалитативна обележја.[22]

Указивање на географско порекло робе, слично као изјава воље, могуће је учинити на два начина. Правило је непосредно указивање. Међутим, могуће је на географско порекло робе указати и на посредан начин, применом знака, симбола, боје, слике[23]... Отуда подела на посредне[24] и непосредне географске ознаке порекла.[25] Битно је да учесници у промету направе везу између употребљеног носача информације и обележеног локалитета. Углавном се у мислима учесника у промету таква веза остварује без проблема и једнозначно. Међутим, могуће је да један исти знак, симбол или слика учеснике у промету асоцира на различита географска порекла. Примера ради[26], примена црвене, беле и зелене боје у вези са саламом може учеснике у промету асоцирати како на мађарско тако и на италијанско порекло. Дакле, код посредног указивања на географско порекло робе меродавно је схватање учесника у промету.

У нашем праву предмет заштите географске ознаке порекла може бити и ознака која није назив одређеног локалитета. Услов за заштиту је да се у промету дуго користи, тако да је постала општепозната као назив производа који потиче са одређеног локалитета.[27]

2. Појам географских ознака порекла према немачком праву и међународним правилима

а) Немачко право

Немачки Закон о жиговима дефинише географску ознаку порекла као име места, предела, области или земље као и други податак или знак који се у пословном промету користи за обележавање географског порекла робе или услуга. Примећује се, да се дефиниција географских ознака порекла из овог Закона по два обележја разликује од оне која је дата у

[22] Wolf-Friedrich, op. cit., стр. 22.
[23] Нпр. илустрација катедрале у Келну. Наведено према: Reinhard, op. cit., стр. 23.
[24] За посредне географске ознаке порекла могло би се рећи да само наговештавају географско порекло робе.
[25] Wolf-Friedrich, op. cit., стр. 23.
[26] Wolf-Friedrich, op. cit., стр. 26.
[27] Чл. 2, ст. 2. Закона.

Закону против нелојалне конкуренције.[28] Употреба географске ознаке порекла од стране привредног субјекта који је привредно активан на локалитету чији је назив заштићен је услов за заштиту само према Закону о жиговима. Друго обележје, схватање учесника у промету, је са друге стране, претпоставка за заштиту само према Закону против нелојалне конкуренције. Захваљујући овом услову, и тзв. фиктивне географске ознаке порекла уживају заштиту.

С обзиром на извршене промене у немачком праву у погледу претпоставки за заштиту, садржину права и последице повреде права, мора се право на географску ознаку порекла сматрати за апсолутно, субјективно право привредних субјеката, активних на локалитету на који ознака указује.

б) Париска конвенција за заштиту индустријске својине (ПК)

Париска конвенција за заштиту индустријске својине не даје дефиницију ни географских ознака ни ознака порекла, нити уређује друга питања значајна за сва права индустријске својине, као што су: садржина права, услови заштите, поступак заштите, дужина трајања права... Ипак је за међународну заштиту индустријске својине изузетно значајан чл. 2. ПК, који заправо даје слободу државама чланицама Париске уније да по свом нахођењу уређују та питања. Уз то свака држава, сходно принципу националног третмана, је у обавези да у погледу заштите индустријске својине заштићеним лицима пружи иста права која имају домаћи држављани.

И поред тога, у чл. 10. ст. 1. у вези са чл. 9. ПК предвиђена је могућност одузимања производа који је на посредан или непосредан начин обележен лажном ознаком која се односи на порекло производа. С обзиром на дословни текст чл. 10 ПК (" посредна или непосредна употреба неке лажне ознаке која се односи на порекло производа"), заштита, као и у чл. 3 Закона против нелојалне конкуренције, не зависи од тога да ли географски податак примењују привредни субјекти који су активни на односном локалитету или не, одн. да ли производ свој квалитет дугује географском пореклу. Одлучујуће је схватање промета као и правна оцена у земљи тражења заштите.[29]

[28] Овај закон дефинише географске ознаке порекла као све посредне и непосредне податке о географском пореклу робе или услуга, које промет као такве разуме.

[29] Knaak, R: Der Schutz geographischer Angaben nach dem TRIPS- Abkommen, GRUR Int, 1995, стр. 642, 643.

в) Мадридски споразум о сузбијању лажних и преварних ознака порекла на производима

Мадридски споразум говори у чл. 1. ст. 1. о месту порекла и у чл. 1. ст. 2. о ознаци порекла. При том не даје дефиницију ових појмова. Овај Споразум обезбеђује заштиту од забуне у промету[30], при чему питање постојања географске ознаке порекла не зависи од њене употребе од стране привредних субјеката који су активни на назначеном локалитету. И овде је одлучујуће схватање учесника у промету као и правна оцена у земљи тражења заштите.[31]

г) Лисабонски аранжман о заштити ознака порекла и њиховом међународном регистровању

Лисабонски аранжман штити само ознаке порекла. У смислу овог Споразума, ознака порекла је географско име земље, региона или локалитета, које служи да означи производ који оданде потиче, и чији су квалитет и карактеристике искључиво или претежно условљени географском околином, која укључује природне и људске факторе. Као додатни услов за заштиту у чл. 1. ст. 2. Лисабонског аранжмана тражи се и то да је ознака порекла једним државним актом установљена и призната. Квалификација ознаке порекла не зависи од употребе односне ознаке од стране субјеката привредно активних на назначеном локалитету, нити од схватања промета, него од установљења тј. признања државним актом. Тако, заштита према овом споразуму одговара заштити ознака порекла према француском праву.

У многим земљама систем државне регистрације географских ознака порекла не постоји. То је, свакако, један од разлога што је до сада мали број земаља приступио Лисабонском аранжману.[32]

д) Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (TRIPS споразум)

TRIPS споразум је посветио заштити географских ознака порекла посебан трећи одељак. Из дефиниције географских ознака порекла датој у чл. 22. TRIPS-а, произилази да свака држава аутономно одлучује о томе који подаци испуњавају претпоставке за заштиту као географске ознаке порекла у смислу овог Споразума. Уз то, ниједна држава чланица нема обавезу да штити оне географске ознаке које су у земљи порекла престале

[30] Види чл. 1. Споразума.
[31] Види чл. 4. Споразума.
[32] Reinhard, op. cit., стр. 35.

да уживају заштиту или су у тој земљи престале да се користе.[33] Овај пропис делимично одговара Turron-одлуци Суда правде, у којој је истакнуто да се при оцени достојности за заштиту географског податка, мора узети у обзир ситуација у земљи порекла.[34] Ипак, у TRIPS-у ово није принудно предвиђено.

TRIPS штити географске ознаке онда када се користе на начин који обмањује јавност у односу на њихово порекло, одн. када њихово коришћење представља радњу нелојалне конкуренције у смислу чл. 10^{бис} ПК. Једна апсолутна, од свих заблуда независна заштита дата је у чл. 23. Споразума за вина и алкохолна пића. Примена географског податка за вина и алкохолна пића која немају порекло у односној географској области, није дозвољена чак и када са стварно порекло робе наведе или се географска ознака користи у преводу.

3. Разлика између географских ознака порекла и других знакова

а) Жигови

За разлику од жигова који указују на порекло производа из одређеног извора одн. одређеног предузећа, географске ознаке порекла, као што и сам назив каже, указују на географско порекло производа. Географска ознака порекла је заправо гаранција да производ који носи географску ознаку, потиче из односног места, земље или краја.

Са друге стране, као што жиг служи за разликовање производа или услуга једног предузећа од истих или сличних производа или услуга другог предузећа, тако и географска ознака идентификује производ који ту ознаку носи. Тако, указивање на географско порекло (нпр. вина), у исто време разликује вино према његовом националном, регионалном или месном пореклу. Производ који носи географску ознаку, захваљујући њој, добија непромењљив идентитет.

Жигови и географске ознаке су подједнако значајна средства обележавања. У том смислу не би требало међу њима правити однос надређености и подређености. Ипак, постоје производи за чију идентификацију је неопходно користити географску ознаку. Најбољи пример за то су вина. Идентификација вина указивањем на његово порекло из одређеног извора једва да је умно могућа за већину потрошача. Индивидуалност вина, у првом плану, произилази из његовог тачног географског порекла. Функција разликовања овде има нарочиту тежину.[35]

---

[33] Чл. 24, ст. 9. Споразума.

[34] Knaak, R: Der Schutz geographischer Herkunftsangaben im neuen Markengesetz, GRUR, 2/1995, стр. 105.

[35] Wolf-Friedrich, op. cit., стр. 27.

Једна, евентуално од потрошача са географским податком додатно повезана представа о квалитету, при том је секундарна. И без таквог повезивања, потрошачи географском податку придају вредност и значај.

И жиг и географска ознака порекла садрже исказ о квалитету обележене робе. За жигове то значи да, ако су истоветни производи обележени истим жигом, промет по правилу закључује да су они истог квалитета.[36] Са друге стране, географско порекло појединих врста робе побуђује код потрошача одређене представе о квалитету робе.[37] Учесници у промету, на основу искуства и традиције, имају извесна очекивања у погледу квалитативних својстава производа који потиче са локалитета чији је назив заштићен.[38]

Многи производи специфична квалитативна својства имају захваљујући природним и/или људским факторима који постоје на географском локалитету са којег роба потиче. Ипак, географска ознака порекла функцију квалитета испуњава и онда када неопходна веза између квалитета и места порекла робе се не може објективно утврдити, али постоји у свести учесника у промету.

Географске ознаке могу, под одређеним условима, бити регистроване као жиг. У пракси су честе колизије између жигова који садрже један географски појам и географских ознака. Чињеница да су и жигови и географске ознаке значајна средства обележавања, као и то да међу њима упркос разликама, постоје извесне сличности, отежава њихово разграничење у конфликтним случајевима.

б) Генеричке ознаке

Географске ознаке порекла треба разликовати од генеричких ознака. Немачки Закон о жиговима у чл. 126 ст. 2. даје дефиницију генеричких ознака, из које се види да оне не могу бити предмет заштите географске ознаке порекла. Генеричка ознака се у поменутом закону дефинише као знак који додуше садржи податак о географском пореклу или је од једног таквог податка потекао, али је ипак своје првобитно значење изгубио и сада као име робе или услуга или као знак или податак о врсти, особинама, сорти или другим обележјима робе или услуга служи.(нпр. италијанска салата, шведски пунч, прашка шунка).

У трагању за одговором на питање да ли је и када је географски податак изгубио своје првобитно значење и сада се као ознака врсте користи, треба се зауставити на схватању учесника у промету. Немачки Закон о жиговима нпр. то изричито не спомиње, иако је у дискусији о

[36] Влашковић, Б: Правна заштита славних жигова, Београд, 1992, стр. 11.
[37] Марковић, op. cit., стр. 166.
[38] Марковић, op. cit., стр. 169.

нацрту тог Закона, када се расправљало о овом питању, било речи о схватању учесника у промету.[39] Ипак, преовладава мишљење да од схватања учесника у промету зависи претварање географске у генеричку ознаку.[40] Генеричку ознаку промет не схвата као указивање на географско порекло робе или услуга.[41] Генеричка ознака заправо идентификује припадност робе или услуга једној одређеној врсти робе одн. услуга.

Претварање географске у генеричку ознаку независно је од тога како привредни субјекти који су активни на односном локалитету примењују географски податак: да ли као указивање на географско порекло робе или га схватају као генеричку ознаку. Као индиција не може да послужи ни то што географски податак користе привредни субјекти који нису привредно активни на односном локалитету. Одлучујуће је схватање учесника у промету.[42]

б. 1.) Мерила за претварање географске у генеричку ознаку

Према пракси BGH[43], претпоставка за претварање географске у генеричку ознаку је да само још један сасвим неприметан део учесника у промету у односном податку види указивање на порекло робе.[44] Према томе, да би се спречило претварање географске у генеричку ознаку довољно је да опасност од преваре у односу на географско порекло постоји међу око 10 % учесника у промету.[45] Тако, BGH код једне такве квоте од 13,7 %[46] није, а код друге, испод 10 %[47], јесте потврдио претварање географске у генеричку ознаку.

Полазећи од грешака које је RG[48] направио у две своје одлуке[49], BGH у новијој судској пракси поставља строжије захтеве за претварање

[39] GRUR, 1993, стр. 599. Наведено према: Reinhard, op. cit., стр. 24.
[40] Knaak, R: Der Schutz geographischer Herkunftsangaben im neuen Markengesetz, GRUR, 2/1995, стр. 103, 105; Fezer, op. cit., стр. 1790.
[41] Fezer, op. cit., стр. 1790.
[42] Ни у службеном образложењу немачког Закона о жиговима није изражена сумња да се код оцене претварања географске у генеричку ознаку треба зауставити на схватању учесника у промету. Види: BT- Drucks. 12/6581, стр. 118.
[43] Bundesgerichtshof- Савезни суд у Немачкој.
[44] Fezer, op. cit., стр. 1790.
[45] Ibidem.
[46] У питању је ознака "Lübecker Marzipan". Види: BGH GRUR, 1981, стр. 71, 72. Наведено према: Fezer, op. cit., стр. 1791.
[47] У питању је ознака Dresdner Stollen. Види: BGH GRUR, 1989, стр. 440. 442. Наведено према: Fezer, op. cit., стр. 1791.
[48] Reichgericht- Царски суд Немачке.
[49] "Radeberger" одлука од 19.4.1912. и Herrenhäuser одлука од 7.2.1933. Наведено према: Reinhard, op. cit., стр. 26

географске у генеричку ознаку, како би се спречила промена правне природе географских ознака порекла.

У вези са претварањем географске у генеричку ознаку, могуће је замислити и обрнуту ситуацију: поновно претварање генеричке у географску ознаку.[50] Наиме, учесници у промету могу, у међувремену, на основу генеричког податка поново почети да изводе закључак о географском пореклу робе. Овакво "поновно претварање" у немачкој пракси никада није прихваћено. Разлог за то јесу строге претпоставке које је судска пракса поставила за поновно претварање генеричке у географску ознаку. Потребно је пре свега, да претежни део учесника у промету из таквог податка почне поново да изводи закључак о географском пореклу робе. Такође, требало би водити и рачуна и о интересима одн. спремности привредних субјеката који нису активни на односном локалитету да почну са употребом тог податка као податка о особинама робе. Са друге стране, треба узети у обзир и интерес привредних субјеката који су активни на односном локалитету као и интерес јавности да се спречи преварно обележавање робе. У овом одмеравању интереса треба се свакако зауставити на потреби да ознака остане у слободном коришћењу.[51]

У немачкој пракси се могу издвојити случајеви[52] у којима се примена генеричке ознаке са додацима као нпр. "оригинал", "стари", "прави", "првобитан" итд. под околностима конкретног случаја поново сматрала као географска ознака порекла.[53] И овде је пресудно схватање учесника у промету. Потребно је да релевантан део учесника у промету генеричку ознаку са релокализирајућим додатком разуме као податак који указује на географско порекло робе. Коришћење релокализирајућих додатака не сматра се као поновно претварање генеричке у географску ознаку, пошто промет генеричку ознаку без релокаризирајућег додатка још увек као такву сматра.[54] Према немачком праву, генеричка ознака са релокализирајућим додатком, уз околности конкретног случаја, испуњава услове за заштиту, сходно чл. 126. Закона о жиговима. Са друге стране привредни субјекти који нису активни на назначеном локалитету, могу слободно користити генеричку ознаку, пошто она само у целини са релокализирајућим додатком испуњава услове за заштиту.

[50] Reinhard, op. cit., стр. 27.
[51] Fezer, op. cit., стр. 1792.
[52] Нпр. Original Pariser Brot- OLG Hamburg, GRUR, Int, 1982, стр. 255.
[53] Reinhard, op. cit., стр. 28.
[54] Ibidem.

в) Фантастичне ознаке

По правилу, закони који регулишу заштиту географских ознака порекла, не дефинишу фантастичне ознаке. Оставља се судској пракси, да направи разлику између географских ознака порекла и фантастичних ознака.

Фантастичне ознаке се углавном у литератури дефинишу као податак о једном географском месту који промет као место порекла робе не сматра. Ово се најчешће дешава због тога што промет то место не познаје или не узима за озбиљно да обележени производи или услуге из односног места потичу. Према немачком праву, категорија фантастичних ознака није сметња за заштиту сходно чл. 126. Закона о жиговима, ако их користе привредни субјекти који су активни на локалитету на који та ознака указује. Схватање промета постаје релевантно тек када се постави питање опасности преваре.[55]

г) Фиктивне географске ознаке порекла

Супротно фантастичним ознакама, може наступити случај да један податак промет разуме као податак који указује на географско порекло робе, иако наводно то место, регион или област уопште не постоји.

Ове тзв. фиктивне ознаке не могу бити предмет заштите географске ознаке порекла, пошто наводно у недостатку постојања места, региона или области услов употребе као податак који указује на географско порекло робе, одн. употребе од стране привредног субјекта из локалитета на који ознака указује не може бити испуњен. Међутим, немачки Закон против нелојалне конкуренције обезбеђује заштиту[56] за оне ознаке које овлашћено предузеће не користи као податак о географском пореклу робе, а који промет као такав разуме.[57]

д) Географске ознаке порекла које се односе на лице

Овде се ради о таквим географским ознакама порекла које се уско везују за одређеног произвођача или одређену групу произвођача. У Немачкој се проблем у вези са тзв. географским ознакама порекла које се

[55] У праву индустријске својине важи принцип територијалности. Ознака, која је у једној земљи ознака места или садржи неки други географски податак, као нпр. Парма или Бохемија, у другим земљама је фантастична ознака и стога подесна за заштиту на основу права жига. Тако је Парма у Мексику познати жиг за кобасице и шунку, а Бохемија за пиво. Пилсен је водећа марка пива у Уругвају. Фантастичне географске ознаке порекла често се појављују као узрок колизије жигова и географских ознака порекла. Колизија о којој је реч се због глобализације промета све више пооштрава.

[56] Fezer, op. cit., стр. 1789.

[57] Види чл. 3 немачког Закона против нелојалне конкуренције.

везују за лице јавио после Другог светског рата када је неколико фирми протераних са истока своју производњу пребацило на запад. Истовремено су те фирме своје раније географске ознаке порекла за обележавање својих производа хтеле да примењују. Поставља се, дакле, питање, могу ли привредни субјекти који су били привредно активни на одређеном локалитету, а који су у међувремену напустили, наставити да користе односни географски податак за обележавање својих производа?

У тражењу одговора на ово питање[58] промету, пре свега треба поћи од тога да је један од услова за заштиту географских ознака порекла узрочна веза између географског локалитета са којег роба потиче и одређених квалитативних својстава робе или услуге.[59] Овај услов не значи да одређена роба мора бити произведена на локалитету чији је назив заштићен, да би имала одређена квалитативна својства.(Марковић, исто) Он је[60], пре свега, гаранција да производ који потиче са одређеног локалитета чији је назив заштићен, поседује она квалитативна својства која учесници у промету очекују према искуству и традицији.[61]

Закључак

Географске ознаке порекла су дуго уживале заштиту према правилима о нелојалној конкуренцији. У међувремену, у многим земљама је извршена промена њихове законске заштите. Тако, немачки Закон о жиговима, донет 1995. године, регулише заштиту географских ознака порекла. Код нас је исте године донет Закон о географским ознакама порекла. Оба закона као услов за заштиту предвиђају употребу географског податка у пословном промету за обележавање географског порекла робе или услуга од стране субјеката привредно активних на назначеном локалитету.

С обзиром на промену у погледу претпоставки за заштиту, као и садржину права одн. последице повреде права, право на географску ознаку порекла признаје се као апсолутно, субјективно право, различито од других права индустријске својине. На тај начин се штите не само интереси овлашћених корисника географске ознаке порекла, него и интереси потрошача. Неовлашћено лице не само да не сме користити

[58] У немачкој литератури се може за овакве случајеве наићи на упућивање на примену чл. 4, ст. 2. Закона о жиговима, који предвиђа могућност заштите на основу права жига кроз употребу знака у пословном промету, а коме учесници у промету придају значај одн. важење као жиг.

[59] Марковић, op. cit., стр. 168.

[60] Марковић, op. cit., стр. 168, 169.

[61] Сасвим је друго питање хоће ли део промета који није безначајан предност дати "оригиналним" производима, насупрот онима који су произведени у другој држави или месту у које се произвођач преселио.

регистровану географску ознаку порекла за регистровану робу или услугу, већ и сличну ознаку за исту или сличну робу или услугу.

Право на географску ознаку порекла као апсолутно, субјективно право овлашћује титулара да на искључив начин врши одређене радње у вези са заштићеним интелектуалним добром. То се пре свега односи на обележавање робе или услуге заштићеном географском ознаком порекла, стављање тако обележене робе у промет, коришћење заштићене географске ознаке порекла на амбалажи, каталозима, огласима, рекламама, упутствима, фактурама, пословној кореспонденцији и сл.

За разлику од права сузбијања нелојалне конкуренције које је обликовано тако да штити колективне, опште интересе, право на географску ознаку порекла штити индивидуалне интересе. Ипак дубља анализа правне природе права на географску ознаку порекла показује да, више него код било ког другог права интелектуалне својине, овде постоји мешавина искључивог права, фактичке заштите и правно заштићеног интереса. Отуда изричита законска одредба да одговорност за повреду географске ознаке порекла не искључује одговорност за дело нелојалне конкуренције.

Sonja Spasojević, an assistant beginner

LEGAL NATURE OF THE SIGNS OF GEOGRAPHIC ORIGIN AND HOW THEY DIFFER FROM OTHER TYPES OF SIGNS

The signs of geographic origin had been protected by the rules of unfair competition for a very long time. Meanwhile, a lot of countries have adopted laws which changed the conditions of their protection. For example, the German law on brands, passed in 1995, also regulates the issue of protection of signs of geographic origin. The Act on signs of geographic origin was passed in Serbia in the same year. Both laws include the following requirement for the protection of these signs: the application of geographic data in commercial transactions for the identification of the geographic origin of goods or services by the companies which are commercially active in the stated geographic locations.

After these changes in regulations related to the conditions of protection and the consequences for their violations, the right to protection of the signs of geographic origin was recognized as an absolute and individual right, unlike other rights regulated by industrial property law. It protects not only the interests of the authorized users of these signs, but also consumers' interests. Unauthorized persons can neither use the registered sign of geographic origin for registered goods and services nor similar signs for similar goods or services.

The right to a sign of geographic origin as an absolute and individual right allows its holder to exclusively conduct certain activities related to protected intellectual property. This, among other things, includes: marking of goods and services with registered signs of geographic origin, selling the goods marked in this way, displaying the registered sign of geographic origin on wrapping and packaging material, catalogues, adds, advertisements, manuals, invoices, business correspondence, etc.

Unlike the law on protection from unfair competition which was designed to protect general and collective interests, this law also protects the individual rights. However, a closer analysis of the legal nature of this law shows that it includes the mixture of an exclusive right, factual protection and legally protected interest. Hence, the regulation which provides the liability for the violation of the registered sign of geographic origin does not exclude the liability for breaches of the regulations on unfair competition.

Одељак V

ПОРЕСКИ СИСТЕМ И ЕКОНОМСКИ ПОЛОЖАЈ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКАТА

Др Предраг Ч. Стојановић,
редовни професор

***UDK**: 330.342:336.1/.5*

ТРАНЗИЦИЈА И ФИСКАЛНЕ ПОСЛЕДИЦЕ

1. Уводна разматрања

Увођењем јединствене монете, еура, у свакодневни живот једанаест од петнаест држава Европске уније у многоме је поједноставило свој међународни платни промет према три тренутно најважнија преостала сегмента светског финансијског тржишта: северноамеричком, азијском и земаља у транзицији (укључујући, наравно у ову групу и Русију). Афрички сегмент финансијског тржишта захтева посебан третман и објашњења, тренутно ван потреба овог текста.[1] Слично је и са латиноамеричким државама, којима због њихових претежно неконзистентних владајућих режима потенцијални кредитори или пословни партнери прилазе са великим резервама.[2]

1.1. Односи између "доларског света", који чине САД и Канада, са једне, и "Еуроленда" са друге стране, систематски су утврђивани, а иновације брижљиво истовремено и обострано припремане. Сада је већ могуће оценити да у таквој систематичности много заслуга носи субјективни чинилац, јер би требало имати на уму да је директор америчке централне банке (FED) Alan Greenspen, један од најзначајнијих архитеката нове западне финансијске политике која се темељи на тзв. стабилизационим половима. Тренутни директор Европске централне банке холанђанин Wim Duisenberg и његов вероватни наследник француз Jean-Claude Trichet, припадају истој теоретској школи која у суштини представља савремену модификацију неокејнзијанизма. Отуда, вероватно, инсистирање на уједначавању монетарних политика са обе стране Атлантика и садашњи монетарни мото Еуроленда: исте камате у свих петнаест држава.

---

[1] Мисли се на чињеницу да је тај део светског тржишта преоптерећен финансијским трансакцијама тзв. сивих послова: финансирање наоружања, нпр.
[2] Изузетак, према Fenenshel Worlf Report-у за 1998, чине Чиле и Аргентина.

1.2. Године 1996-те у Бангкоку, на састанку коме су присуствовали највиши политички представници држава - чланица ЕУ и Европске комисије, затим представници Брунеја, Кине, Индонезије, Јапан, Јужне Кореје, Малезије, Филипина, Сингапура, Тајланда и Вијетнама, основан је ASEM - организација чији је задатак да олакша привредно повезивање Европе и Азије, дакле да усклади интерес "тигрова" и "змајева" са европским "старим светом". Тзв. ASEM-процес би требало, у наредној деценији да, што је више могуће, усклади следеће показатеље:

	ЕУ	АЗИЈСКЕ ЗЕМЉЕ
Површина (у милионима км)	3,237	13,438
Становништво (у милионима	374	1834
Бруто производ (у млрд. долара)	8174	6232
Раст БНП-а у 1997-ој:	2,7%	2,3%
Раст БНП-а у 1998-ој:	2,9%	-2,5%.[3]

1.3. За државе у транзицији овако егзактних података нема из лако разумљивих разлога. Односи ЕУ са овом групом држава су јако осетљиви, јер се ради о државним организмима који су се тек ослободили идеолошког баласта комунизма и више или мање су флексибилни према захтевима тржишне економије. Зато су, *groso modo*, транзиционе земље подељене у две групе, у зависности од тога којом су брзином испуњавале услове за приближавање ЕУ. У прву групу спадају свакако пољска, Чешка, Мађарска, Словенија и Литва, док другој групи припадају све остале *ex*-комунистичке државе, укључујући Државну заједницу Србија и Црна Гора, која ужива третман државе потпуно недефинисаног статуса. Свакако, због своје специфичне позиције, Русија ужива посебан статус, који се пре може објашњавати политичким него разлозима финансијске природе. Због чињенице са Државна заједница Србија и Црна Гора припада европском окружењу, намера ми је да нешто више кажем управо о односима ЕУ и ове групе држава.

2. Циљеви оснивања Европске централне банке

Недавни почетак рада Европске централне банке (ЕЦБ) означио је крај дугогодишњих припрема ЕУ за монетарну унију и почетак практичне примене брижљиво одабраних метода за увођење нове европске монетарне политике у свакодневни живот. Основни задатак те политике је унифицирање каматних стопа у националним системима који чине супра-

[3] Извор: Deutschland, Nr. 1/99, Frankfurt 1999.

организам уније, како би се, у не тако далекој будућности постигао идеал - унифицирање европског тржишта. На овај, у суштини, изазов, државе чланице позване су да одговоре прилагођавањем својих привредних система, својих монетарних али и фискалних политика. Еуро је постао симбол уједињене Европе, а од ЕЦБ се очекује да постане гарант њене стабилности.

2.1. Основна очекивања темеље се на циљевима који носе највишу вредносну компоненту, а то су независност ЕЦБ и стриктно придржавање правила која се односе на стабилност цена. Према прогнозама,[4] али и према тексту статута ЕЦБ[5], ова институција ужива виши степен независности него Bundesbank-а, која је донедавно важила за "недодирљиву" по том питању у европским, па и светским, оквирима. Те прогнозе говоре да ће методи контроле прецизно утврђени статутом готово до краја уклонити разумљиви страх од инфлације, од раније потенциран неједнаким привредним потенцијалом држава-чланица ЕУ. Дакле, снага еура ће зависити најпре од тзв. новчане политике ЕЦБ, која је организационо, постављена према матрици Bundesbank-е, због изванредних искустава која је ова кућа постигла старајући се о очувању вредности немачке марке. "Обавеза очувања стабилности и гаранција независности у одлучивању" представљају основне стратешке репере ЕЦБ регулисане посебним уговором међународног права коме су све чланице ЕУ признале уставни ранг.

2.2. ЕЦБ је, овим уговором, ексклузивно овлашћена да штампа и ставља у промет банкноте, што се сматра искључивим монетарним империјумом заштићеним од утицаја Европске комисије, Европског парламента или националних влада или скупштина држава у чланству ЕУ. Организационо посматрано, самосталну монетарну политику ЕЦБ спроводе националне централне банке, које увођењем еура дефинитивно губе функцију вођења националне монетарне политике. Заједно са ЕЦБ, националне емисионе банке чине јединствен систем европског централног банкарства који је почео са радом 1. јула 1998. Највиши наредбодавни орган овог система, дакле фактички носилац монетарног империјума ЕУ је Савет ЕЦБ, састављен од 21. члана: петнаест председника (гувернера) националних банака, председника Савета, његовог заменика и четири изврсна директора посебних одељења ЕЦБ.

[4] Детаљније: Marsh, David: The Bank That Rules Europe, изд. Wiliam Heinemann, London, 1992.
[5] Погледати пратећа документа Мастрихтског уговора.

За највише функционере ЕЦБ важи правило да се бирају искључиво за један мандат у трајању од највише осам година, како би се избегле могућности различитих политичких утицаја. Избор функционера регулисан је чланом 109а. Мастрихтског уговора и чланом 50. Протокола о спровођењу уговора.[6] Председник ЕЦБ бира се на период од осам година, чланови директоријума, према посебним правилима, бивају или бирани или именовани од влада држава-чланица на мандатни период у трајању од четири до осам година.[7] Председници националних централних банака убудуће ће бити бирани на период од пет година, без понављања мандата. У Савету ЕЦБ одлучује се простом већином гласова, а у случају једнаког броја гласова глас председника се броји као двоструки.

2.3. Вођење монетарне (новчане) политике и у теорији и у пракси сматра се тешким и апстрактним задатком, мада је врло једноставно формулисан као прворазредни циљ ЕЦБ чланом 105. Мастрихтског уговора. Тако постављени циљ, међутим, не садржи и метод остварења, јер постоје различита емпиријска и теоријска искуства о томе на који је начин могуће контролисати инфлацију. Ипак, оријентација Bundesbank-е на стриктну контролу једне од монетарних величина, обима новчане масе, показала се последњих деценија најсврсисходнијом. То, свакако, није теоријска новост,[8] али јесте искуство подупрто емпиријским истраживањима која показују да и јединствено европско тржиште може имати стабилну новчану понуду, мада постоје гледишта која више преферирају британски модел и садрже, ако се тако, може рећи једну конзервативну ноту (одређивање горње границе цена на мало којима се прилагођава количина новчане масе).[9] На дужи рок посматрано, ЕЦБ се у својој политици може ослонити на искуства америчког FED-а, који је осамдесетих година претрпео последице диспаритета између повећане новчане масе и могуће стопе привредног развоја управо због повећања инвестиционих капитал-стокова.

---

[6] Maastriht Vertag, dtv Beck Verlag, Muenchen, 1998.

[7] Тако су, на пример, у "стартни директоријум" бирани: Wim Duisenberg (председник, 8 година, са могућношћу скраћења мандата), француз Christian Noyer (потпредседник, 8 година), члан Otmar Issing, немац, на исти период. Именовани су чланови: финкиња Sirka Haemaelaeinen на пет, шпанац Eugenio Domingo Solans на шест и италијан Tomaso Padoa Shioppa на седам година. У следећем директоријуму своје место ће наћи представници оних чланица ЕУ које тренутно немају представника, тако да ће се сваке наредне године смењивати бар по један члан.

[8] Детаљно: Klein, Franz: Oeffentliches Finanzrecht, 2. Auflage, Luchterhand Verlag, Berlin, 1993, стр. 243. и даље; Hoffman, Diether: Banken - und Boersenrecht der EWG, Nomos Verlag, Baden-Baden 1990, стр. 23. и даље.

[9] У питању је, очигледно школа појачаног државног интервенционизма, карактеристична за британске конзервативце.

За сада, ЕЦБ се одлучила за један интрамоделарни приступ, где немачки и амерички модел имају подједнаку искуствену тежину, нешто већу у односу на британски приступ. Практични приступ ЕЦБ потврдила је увођењем каматосне обавезне резерве, код које је горња граница каматне стопе оријентационо везана за хартије од вредности независних пензионих фондова на тржишту (тзв. Repos - Papiers). Истовремено, националне централне банке обавезне су да код ЕЦБ држе у пологу златне и девизне резерве у висини од 40 милијарди еура, с тим што прву рату у висини од 15% укупне суме, тј. 6 милијарди еура, су морале уплатити до 1. 1. 1999.

3. Монетарно-политички инструменти ЕЦБ

У спровођењу нове монетарне политике ЕУ њена централна банка ослањаће се на неке модифициране инструменте, посебно у каматној политици, која пресудно утиче на тржишну вредност капитала на берзама.

3.1. Најдрастичније промене догодиле су се код ломбардне дисконтне и стопе репо-хартија од вредности, у чијем су се троуглу одигравале најважније активности везане за дневно одређивање вредности. Ломбардна стопа одређивала је горњу, док је дисконтна стопа одређивала доњу границу на новчаном тржишту. Између тих лимита кретале су се каматне стопе, флуктуирајући већ према садржини капитала на који се примењују. Сада тих минималних лимита више нема, замењени су базичном каматом на новчаном тржишту, која маркира најнижу понуђену каматну стопу испод које се не може ићи. Разлика између дисконтне и базичне каматне стопе је, дакле, у томе што базична више није као дисконтна обавезна за пословне банке, већ стопа која се примењује на сав слободни новац који се креће од и према ЕЦБ. Тако је већ базична камата названа каматном стопом за олакшавање врхунског рефинансирања, а која би требало да омогући бржи обрт капитала уместо досадашње ломбардне стопе. Значајна улога ове стопе јесте и у томе што би њена примена требало да битно смањи потребе пословних банака за кредитима обавезне резерве са каквим се захтевима оне и појављују код ЕЦБ.

3.2. Ипак, најважнији инструмент монетарне политике ЕЦБ је седмична понуда главних рефинансирајућих послова са најдужим роком трајања од 14 дана. Ови послови су од изузетне важности за рефинансирање система пословних банака, које, у принципу, би требало да имају олакшан приступ капиталним улагањима. Тако каматна стопа за репо-послове односно хартије од вредности постаје водећа стопа у лепези понуђених на тржишту. Још прецизније, цена банчиног капитала зависиће од тога колико је скупо банка платила новац на тржишту рефинансирања.

4. Идеални циљ: јединствене камате на тржишту ЕУ

Опште је познато да је петнаест држава - чланица ЕУ неједнаке економске снаге и потенцијала и толико је интересантније какву ће стратегију одредити ЕЦБ у уједначавању привредног развоја читавог Еуроленда. У Ирској, на пример, је већ уочена опасност од последица које носи прегрејана конкуренција, док Шпанија и Финска већ траже решења за резултате пребрзог инвестиционог развоја. Са друге стране, опет, приметна је жеља неких удаљенијих и неразвијенијих региона ЕУ за вишим каматним стопама док централни региони не виде потребу за повећањем камата.

ЕЦБ ускоро очекује и први практични тест њене независности: већ се поставило питање да ли ће еуро-камате бити једначене према немачко-француском нивоу, или ће се примењивати средње вредности за појединачне регионе.[10] Наиме, савету ЕЦБ, као одлучујућем органу, припада и обавеза да из националних коњуктурних статистичких прегледа формира једну заиста европску слику и одатле изведе јединствену европску каматну стопу.

Проблем је потенциран и садашњим, ипак, врло удаљеним ставовима националних централних банака које су изгубиле надлежност вођења каматне политике, али су жеље појединачних региона остале реалност. Зато ће ЕЦБ морати да обрађује случај по случај, јер, на пример, у овом тренутку, камате на краткорочне кредите у Немачкој и Француској се крећу knap преко три посто, док су у Шпанији или Италији преко пет процената. Сматра се, и теоријски и практично, да ће ово питање бити трајно решено утврђивањем фиксних курсева према еуру за сваку националну валуту, то јест - да ће монетарна дисциплина гарантовати уредне каматне односе.

5. Санација инфлационих кретања

Водећи европски монетарни и финансијски институти били су готово једногласни у процени да би стабилност огромног европског тржишта била згрожена инфлацијом већом од два процента, што је контролу инфлаторних тенденција уврстило у приоритетне задатке ЕЦБ. Препоруке упућене ЕЦБ, после моделираних прорачунавања, своде се на упозорења да се већ у првој половини 1999. године мора водити чврста монетарна политика, како би се избегло могуће повећање цена у последњој години миленијума које је веће од два процента поена. Због искуства које је јасно и говори да се снижавање камата у периоду привредног просперитета

[10] Погледати: Deutschland, Euro komt, br. 1/99, Frankfurt, 1999, стр. 31-35.

касније скупо плаћа, ЕЦБ је у обавези да пронађе меру у политици каматних стопа, како би се избегли диспаритети. Конкретно, садашње четири-посто кредитирање тромесечних полога (у Немачкој, на пример), не кореспондира са односима у неким периферним регионима ЕУ.[11] Превазилажење стварних и могућих разлика у инфлационим ратама је, како изгледа, основно питање европске финансијске свакодневице.

Пример победе над инфлацијом, што се може сматрати немачким доприносом европском уједињењу, је доказ цивилизацијског напретка и основа стварања уређених друштава и држава. Одатле је ово питање веома важно и са аспекта финансијске психологије за ЕУ. Примери високе инфлације који су се, у Грчкој и Португалији на пример, појављивали у готово непрекинутом редовном временском следу, нису уливали поверење осталим чланицама ЕУ са стабилнијим и дисциплинованијим привредним системима. То је, чини се, и основни разлог за чињеницу да је независност ЕЦБ подигнута на уставни национални ниво свих чланица, као пресудни гарант за стабилност читавог система.

6. Еуро као конкурент долару

Након последње драстичне кризе руског финансијског тржишта у августу 1998. године, сви важнији актери интернационалног финансијског тржишта покушавају да организују систем контроле светске монетарне утакмице тако да се предупреде изненађења.[12] То, практично, значи да су све заинтересоване стране за што јачи и стабилнији еуро, као једно од тзв. сидара светског финансијског тржишта, јер се и емпиријски доказало да једино његова вредност није била угрожена, упркос огромним кредитима које су водеће чланице ЕУ прошле и претпрошле године одобриле Русији, што није био случај са инвестицијама из САД и Канаде. Ако се тако може рећи, ред вожње који је планиран за увођење и стабилизацију еура, а предвиђено је да траје три године, требало би да нову светску валуту учврсти као главног конкурента долару у областима улагања и трансакција капитала, као и у погледу формирања националних девизних резерви са свим елементима стабилизационог монетарног сидра.

Сматра се да је еуро до сада испунио организационе претпоставке за таква очекивања: доказана европска стабилизациона монетарна политика учврстила је поверење иностраних поверилаца у заједничку европску монету. Истовремено, постојање јединственог европског тржишта капитала, са уверљивим знацима ефицијенције, ликвидности и

[11] Focus, Nr. 1/99, стр. 62-65.

[12] На састанку министара финансија Групе 7 и Русије у Бриселу фебруара 1999-те, на предлог председника Bundesbank-е почели су конкретни преговори о заједничким корективним и стабилизационим механизмима (ближе Spiegel, Nr. 8/99).

озбиљности, гарантује исти квалитет производа и чак мање трошкове финансијских трансакција него на америчким или азијским берзама. Озбиљан приступ увођењу еура у свакодневни живот допринео је уклањању предрасуда о ЕУ као инфлаторној заједници, иначе раније јако присутан код прекоокеанских партнера.[13] Међутим, глобални интерес тржишта је превладао парцијалне кроз схватање да је најбољи гарант стабилности тржишта заправо стабилност вредности капитала на тржишту. Тако се, упркос почетном скептицизму, појавила парадигма Еуроленда: Италијани, Шпанци, Португалци и Грци желе еуро јер желе стабилну валуту и вредност, коју до сада нису имали или је, бар, нису имали у европски прихватљивом стандарду. Зато је разумљив посебан интерес јужноевропских држава-чланица ЕУ да се без остатка прихвате понуђени оквири преструктурирања њихових националних привредних система, јер су лако уочљиви резултати постигнути последњих неколико година на том плану потпуно уверили домаће привредне субјекте у исправност основних линија супра економске политике ЕУ. У тим државама се већ може говорити о националном опредељењу за што потпуније уређење укупних привредних односа кроз национални до европског нивоа. Наравно, постоје и бројни други, конкретнији, разлози који су утицали на овакво опредељење слабије развијених европских региона, али се не може спорити факт да су и ове националне привреде, као уосталом и развијеније, спремне за еуро.

7. Одговор на изазов глобализације

Формирањем ЕЦБ ЕУ је добила практични инструмент за реализацију сопствене монетарне политике, како на домицилном подручју тако и *erga omnes*. Кроз њену монетарну политику биће фаворизовани како просперитетни процеси у привредно слабијим европским регионима, тако и у Немачкој и Француској чија привредна веза представља више од половине привредног европског темеља. Јединственом монетом ће структурни дефицити неједнаких националних привредних потенцијала у многоме бити "покривени", јер ти процеси теку упоредо и налазе се у објективној и разумљивој узрочно-последичној вези. Дерегулациони процеси би требало да буду ограничени деловањем слободних финансијских капитала представљених јединственом монетом, као што је и до сада био случај са националним новцем у свим подручјима Европе која учествују у структурним променама, с тим што би сада компаративне

[13] Сумњу у европске инфлаторне тенденције изазвали су седамдесетих и осамдесетих година XX века, водећи амерички финансијски теоретичари, Милтон Фридман код републиканаца и Џон Кенет Галбрајт код демократа. Погледати Galbreith, K. J.: Новац, одакле је дошао, камо је отишао, Стварност, Загреб, 1977.

предности еура као јединствене монете требало да дођу до пуног изражаја. Јер, независност ЕЦБ би требало да се огледа управо у томе да привредни успех европских економија не зависи од политичке воље њихових влада нити идеологије. Дакле, насупрот националних фискалних и структурних политика стоји једна јединствена монетарна политика која ће неминовно изазвати прилагођавање прве две поменуте. Једноставно због тога што еуро уноси транспарентност код свих основних елемената економске политике: цена тржишта рада, пореза, социјалних давања и задовољавања широке лепезе јавних потреба, чиме, бар тренутно, монетарно односи примат над фискалним у европским финансијама.

7.1. Деведесете године XX века донеле су тако брзе и неочекиване промене, које није предвиђала ранија "капиталистичка" теорија.[14] О глобализацији је, тако, писано само са аспекта политичке економије, са незнатним примесама економско-политичког и финансијског.[15] Глобализација је, дакле, посматрана не као светски, већ као процес оштро поларизованих политичких полова.[16] Западна, капиталистичка, теорија говорила је о идеалном циљу названом "држава благостања", источна, комунистичка, теорија о "држави равноправних".

И данас се појму глобализације прилази са социјалног становишта, али оно више није претежно. Постоје и други углови осветљавања овог изазова, с тим што је у људској природи да све углове посматрања мери према рангу задовољавања индивидуалних потреба, за које постоје и научни докази да су неутаживе. Зато се у савременом свету проблем глобализације своди на однос између тржишта рада и тржишта капитала, односно на просту резултанту тих односа: да би постојала потрошња адекватна захтеву за развојем и напретком[17] мора постојати одговарајућа запосленост.[18] За очекивати је да ће еуро, на средње стазе, стабилизовати европско тржиште рада, и као монетарно сидро и као конкурент долару.

8. Државе у транзицији и европске институције

ЕЦБ је последња у низу новоформираних институција ЕУ према којој су државе у транзицији готово принуђене да формирају сасвим одређен

[14] Ближе код Sause, G.: Новац, банкарство и економска зависност, Научна књига, Београд 1972, Голијанин, Н.: Банке, Службени лист СФРЈ, Београд, 1980.
[15] Samuelson, P.: Економија - уводна анализа, Савремена администрација, Београд, 1969, стр. 202-209.
[16] Упоредити: Musgravc, R.: Теорија јавних финансија, Научна књига, Београд, 1973.
[17] За свој трактат о развојним половима који воде цивилизацијском напретку француски економиста Francois Peroux добио је 1972. године Нобелову награду.
[18] Погледати Кејнзову теорију о пуној запослености

став. Ово питање је, по својој садржини, мање монетарно а више финансијско-политичко, па је, по мом мишљењу, потребно нагласити неколико битних елемената.

8.1. Однос ЕУ према транзиционим државама је троструk: политички, економски и развојни. Политички се најтранспарентније огледа кроз поделу на три групе: државе које су прихватиле стриктне препоруке у вези са прилагођавањем њихових привредних система, државе које су на путу да то ураде и државе у којима није започео транзициони процес. Од припадности једној од ових група зависе економски и развојни односи ЕУ према њима. У први групу можемо сврстати Пољску, Чешку, Мађарску, Словенију и Литву, у другу Румунију, Бугарску, Словачку, Летонију, Естонију, Хрватску, Македонију и Украјину, у трећу БиХ и Државну заједницу Србија и Црна Гора.

8.2. Све три групе држава, према томе, налазе се на различитим нивоима односа са ЕУ, мање или више удаљени од њених институција које делују према стриктно утврђеним правилима. Из тог разлога би државама у транзицији требало да буде приоритетно економско повезивање са ЕУ. Основни везивни пунктови ове везе су монетарне и фискалне реформе ради прилагођавања европским захтевима.

8.3. За сада нема дубљих теоретских анализа међу ауторима који прате транзиционе процесе, управо због тога што процеси нису заокружени и што процене не могу бити сигурне. Више је зато *ad hoc* мишљења у анализама тренутне ситуације на које је могуће ослонити се у грубим оценама положаја појединих држава.[19] Према свим показатељима, већ сада је могуће фокусирати општи закључак да је степен монетарне дисциплине један од угаоних каменова приближавања европској заједници.

8.4. Садашња ситуација је дакле следећа: ЕЦБ ће бити у ситуацији да битно утиче на однос ЕУ према државама у транзицији због чињенице да располаже империјумом контроле над токовима новца у оквиру и ван Уније. С обзиром на незаобилазни чињеницу да је независност ЕЦБ утврђена као највиши критеријум стабилности ЕУ, тешко је претпоставити да државе у транзицији могу рачунати са чисто политичким разлозима за погоршање или побољшање односа се ЕУ, без обзира на политичке (не)симпатије према појединим чланицама. Другим речима, будући

[19] Уз ове изворе могу се користити уобичајени статистички подаци као што су величина и раст БНП, доходак *per capita*, стопа фискалног оптерећења, стопа спољне и унутрашње задужености итд.

финансијски односи Уније са окружењем биће омеђени правилима која су у основи регулисана Мастрихтским уговором и у односу на досадашње навике у *ex*-комунистичким јако, јако строга. Ако не представља претеривање, оцена да су државе прве групе постојано прошле искушења европских прилагођавања, могла би ускоро да се покаже тачном на свих пет примера. Државе друге групе, иако не у појединачно истоветној, налазе се у много неизвеснијој ситуацији, а оцене о њиховом прилагођавању још увек више зависе од политичких него економских околности. О државама треће групе могуће је говорити у перспективи, за сада са негативним контекстом.

Закључак

Из изложене анализе релативно је лако донети закључак какве дискрепанце постоје између монетарног односа ЕУ и њеног окружења, а које се темеље на цивилизацијској предности коју је Европа уједињеног тржишта форсирала док су се садашње државе у транзицији налазиле пред решавањем националних, идеолошких и државотворних питања. Одатле и општи поглед на ствар који не може ићи даље од неминовности да се привредни, и у оквиру њих монетарни, системи окружења једноставно морају прилагодити европским захтевима уколико се рачуна на напредак и развој.

Са чисто монетарног аспекта, уколико се жели уопште и прићи утакмици између долара и еура, такође је неминовно у што већој мери прилагодити са правилима на којима почива организација и пословање ЕЦБ. Најисправније је, као што су то већ уочиле рационалније вођене транзиционе државе, обезбедити стварно гарантовану независност својој централној банци, дакле учинити је реално централном, емисионом. Такав напор јесте тежак, сигурно пре или касније неминован, али судећи према европском примеру - исплатив.

Predrag Stojanović, a full-time professor

TRANSITION AND FISCAL CONSEQUENCES

Based on the presented analysis, it is relatively easy to see what discrepancies exist between the monetary relations of the European Union and its surroundings, which are based on the civilisational advantage pressed for by the EC, while the countries now in transition were dealing with their position that the economic systems, and the monetary ones within them, of the countries in transition must adjust to European requirements, if they are counting on progress and development.

From the purely monetary aspect, if the countries in transition want to engage in the competition between the Dollar and Euro, it would be essential for them to abide to the largest possible extent by the rules underlying the organisation and operation of the European Central Bank. The best thing to do, as has already been realised by the best managed countries in transition, is to provide for a truly guaranteed independence of central banks, i.e., to make them really central, issuing ones. Although such an effort is a big one and inevitable sooner or later, it is worthwhile, judging by the EU example.

Др Свето Пурић,
редовни професор

***UDK**: 336.71/.76*

ПОЛОЖАЈ БАНКЕ НА ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ

Послови банака на финансијском тржишту

Особености односа који се одражавају на тржишта у реалном сектору економије једнако важе и за сегменте тржишта који функционишу у финансијској сфери. При томе и финансијско тржиште има своје особености које се испољавају како за простор, време и начин функционисања тако и за структуру тржишних материјала који се јављају као предмет купопродајних трансакција на финансијском тржишту. Финансијско тржиште је место обједињавања новчаних средстава из различитих извора, где се формира потенцијал понуде и тражње. Сваки део тог капитала тежи ка пласманима са највећим приносом и тиме се капитал лоцира тамо где може донети више и предузетницима и власницима капитала.

Једна од најзначајнијих функција финансијских тржишта је њихова трансферна функција. Трансферну функцију финансијско тржиште обавља као примарно тржиште, тј. тржиште где се врши креирање (емисија) финансијских инструмената. Трансферна функција је сликовито приказана на шеми која следи. Учесници на финансијском тржишту се јављају као посредници у процесу трансфера финансијских средстава. На финансијском тржишту се као учесници најчешће јављају: класични финансијски посредници (банке) и институционални инвеститори (осигуравајуће организације и пензиони фондови). На финансијском тржишту је могуће успоставити и непосредни однос између емитената (продавца хартија од вредности) и купца. Тада је реч о процесу дезинтермедијације.

Новчано тржиште је део финансијског тржишта на коме се траже и нуде краткорочна новчана средства и хартије од вредности, те самим тим оно омогућује имаоцу слободног новца да трансформише свој новац у новчане – тржишне финансијске инструменте који се могу брзо заменити за новац или за друга ликвидна средства. Ово тржиште се састоји од више специјализованих тржишта:

- тржиште краткорочног жиралног новца – купују се или продају депозити и жирални новац,

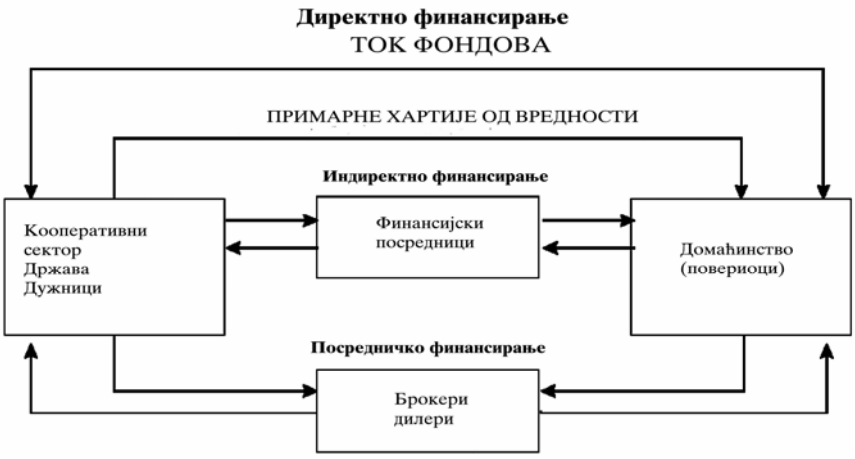
- кредитно тржиште – на коме се реализује пласман краткорочних кредита,

- есконтно тржиште – и тржиште ефеката тргује се комерцијалним меницама и управља меничним портфељом,

- ломбардно тржиште – тргује се хартијама од вредности и другим ломбардним материјалом,

- примарно и секундарно тржиште – краткорочних хартија од вредности – на коме се емитују ХОВ и секундарно тргује већ примарно продатом хартијом од вредности,

- тржиште злата и племенитих материјала



Трансферна улога финансијског тржишта

Најважнији финансијски елементи којима се тргује на новчаном тржишту су следећи:

- државне хартије од вредности
- банкарски депозити
- благајнички записи банака
- цертификати о депозиту
- комерцијални запис

На тржишту новчаног капитала и хартија од вредности предмет купопродајних трансакција је искључиво капитал, односно новчана средства дугорочног карактера при чему се под капиталом сматра укупан новчани износ средстава за инвентарисање који се ставља на располагање на рок дужи од једне године. Тржиште капитала чине:

- кредитно – зајмовно и депозитно инвестиционо тржиште на коме се тргује дугорочним инвестиционим кредитима, зајмовима и депозитима,

- хипотекарно тржиште – тргује се хипотекарним кредитима, заложницама и другим хипотекарним материјалом,

- тржиште капиталних учешћа – тргује се капиталом уложеним као оснивачки капитал у привредне субјекте неакционарског типа,

- тржиште акција и зајмовних ефеката односно тржиште дугорочних хартија од вредности – као о бим берзанског промета који се остварује на службеном делу берзе и ванберзанског промета.

Девизно тржиште представља финансијско тржиште на коме се купују и продају страна средства плаћања, усклађује понуда и тражња, утврђује девизни курс у оквиру интервенционалистичких тачака и управља девизним националним резервама.

Оно као такво у себи обједињује:

- девизно кредитно – зајмовни о депозитно тржиште – сусрећу се понуда и потражња са девизним кредитима, зајмовима и девизним депозитима,

- валутно тржиште – на коме се сусрећу понуда и потражња за ефективом – валутом, односно важећим новчаницама страних и централних банака,

- девизно тржиште – на коме се сусрећу понуда и потражња једне националне економије од друге исказана у страним средствима плаћања, а која се налази на рачунима страних субјеката у иностранству,

- примарно и секундарно тржиште девизних хартија од вредности – на коме се емитују и секундарно продају емитоване хартије од вредности које гласе на страна средства плаћања.

У погледу временског оквира све трансакције се могу обавити као: **промптне и терминске.** Промптне трансакције се обављају у кратком и реалном временском року док се терминске трансакције пословно закључују према условима рока који је уговорен.

Карактеристика терминског тржишта је да се обавезе данас уговорене, извршавају на одређен термин, те се њима зарађује управо на разлици између постојеће прометне и будуће терминске цене. Као типична терминска тржишта јављају се:

- тржиште опција,
- тржиште фјучерса,
- тржиште свопа.

Сагласно чињеници да предмет трансакције на финансијском тржишту чине новчани инструменти, то учеснике на овом тржишту управо и чине **институције које тргују новцем и сурогатима новца.** Самим тим субјекти на новчаном тржишту су:

- централна банка,
- држава и њени органи,
- пословне банкарске институције,

- пословне фирме и друга правна лица,
- брокерске, дилерске, есконтне, дисконтне, и друге помоћне и специјализоване финансијске организације.

БАНКЕ НА ТРЖИШТУ НОВЦА

Тржиште новца као сегмент финансијског тржишта представља високо специјализовани облик операција куповине и продаје новца, осталих ликвидних средстава и краткорочних хартија од вредности. Међубанкарско тржиште жиралног новца и краткорочних хартија од вредности представља најзначајнији део новчаног тржишта у оквиру једне националне економије при чему се, у новчано тржиште сем споменутог дела убраја и краткорочно кредитно тржиште, есконтно или ломбардно тржиште. Тржиште новца у себи садржи:

1) Трговање новцем и краткорочним хартијама од вредности,

2) Институције које осигуравају краткорочна средства (депозите), односно краткорочне кредите (комерцијалне банке, депозитне банке, берзе за краткорочне хартије од вредности, есконтне или дисконтне организације и др.),

3) Инструменте тржишта новца.

Циљеви тако дефинисаног тржишта новца су многобројни од којих као најважније треба споменути:

- обезбеђење и одржавање оптималне ликвидности монетарног и кредитног система земље,
- задовољавање тражње за новчаним средствима актера тржишта,
- остваривање допунских прихода банака и других учесника на њему.

Тржиште новца као део финансијског тржишта има значајну улогу у вођењу пословне политике предузећа, банака и других финансијских организација. Без тржишта новца централна банка не би могла да спроводи ефикасно монетарно – кредитну политику. Тржиште новца омогућава успешно регулисање односа понуде и тражње новца краткорочних хартија од вредности, одржавања оптималне ликвидности свих субјеката и банака, бржу циркулацију финансијских средстава, остваривање циљева монетарне и девизне политике, успешно спровођење кредитне политике банака, функционисање јавног дуга и политика кредитирања државе, одвијање без тешкоћа и застоја привредне активности на монетарном плану. Томе се може додати и остваривање оптималне стопе привредног раста и стабилности понуде, односно цене.

Тржиште новца омогућава да укупан банкарски систем (централна банка и пословне банке) делују на понуду и тражњу новца – укупно и по секторима, одлике новца, брзину плаћања и др. Тиме монетарна политика и централна банка могу да осигуравају динамичан и стабилан економски раст, уз задржавање стабилности новца и ликвидности привреде.

Регулишући понуду и тражњу новца, као и цену новца (камату) централна банка у основи регулише привредну коњуктуру.

На тржишту новца се врше банкарске операције дневним и терминским новцем. Исто тако операције се врше на примарном и секундарном тржишту краткорочних хартија од вредности. На дневном и терминском тржишту новца јављају се пословне банке и централна банка преко својих дилера. На овом тржишту се јављају дилери који траже новац и дилери који у име банака нуде вишкове новца.

Посебну функцију на тржишту новца има централна банка. Главна монетарна институција одређеним инструментима монетарно-кредитне политике утиче на понуду и тражњу новца и краткорочних хартија од вредности, чиме директно утиче на ликвидност банкарског система и привреде у целини. Куповином и продајом обвезница централне банке врши се повећање или смањење новца у оптицају управо преко тржишта новца.

У савременим привредама појављују се три основна облика организације тржишта новца. То су:

1) Институцијализовано тржиште новца којег представља посебна посредничка финансијска институција која се појављује под различитим називима (“тржиште новца”, “берза новца”),

2) Неинституцијализовано тржиште новца,

3) Тржиште новца које се појављује као комбинација институцијализованих и неинституцијализованих облика трговања ликвидним новчаним средствима.

Значајне одлуке централне банке које се на тржишту новца изражавају као услови и “оквири” пословања, јесу следећа:

- Одлуке о висини есконтне и дисконтне стопе чиме се делује на цену употребе новца,
- Одлуке о повећању или смањењу новчаних контигената чиме се делује на обим понуде новца,
- Одлуке о повећању или смањењу обавезних резерви,
- Одлуке о куповини или продаји државних обвезница и благајничких записа чиме се делује на обим јавног дуга и на количину новца у оптицају.

На тржишту новца налазе се хартије од вредности емитоване од стране централне банке или других субјеката који су добили сагласност од ове монетарне институције да могу бити на том тржишту предмет куповине и продаје.

На тржишту новца у развијеним привредама користе се многобројни инструменти трговине новцем и краткорочним хартијама од вредности. Најзначајнији инструменти су:

1) Међубанкарска купопродаја новца,

2) Краткорочне хартије од вредности:

- Државне обвезнице,

- Обвезнице централне банке,
- Благајнички записи централне банке,
- Државни благајнички записи,
- Комерцијални записи,
- Банкарска потврда о депозиту (депозитни цертификат),
- Банкарски акцепти,
- Комерцијални бонови.

3) Међубанкарска трговина вишковима обавезних резерви.

Новац који се позајмљује ради осигурања свакодневне ликвидности банака и других финансијских институција обично се назива дневни новац или ноћни новац. Новац који се посуђује ради осигурања ликвидности у одређеном временском термину (од једног до три месеца, а најдуже до годину дана) називамо термински новац. С тим у вези можемо разликовати послове, односно купопродаје дневног новца и послове, односно купопродаје терминског новца. Под дневним жиралним новцем, који је предмет трговања на тржишту новца, подразумевамо вишак потраживања, односно тренутни вишак ликвидних средстава које пословна банка, као учесник тржишта новца, понуди другим банкама.

Централна банка обавља контролу рада новчаног тржишта путем дисконтне стопе и операцијама на отвореном тржишту. Овим инструментима централна банка одржава потребну равнотежу понуде и тражње на новчаном тржишту регулишући обављање трансакција висином каматне стопе, односно куповином и продајом вредносних папира.

БАНКЕ НА ТРЖИШТУ КАПИТАЛА И ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ

Са развојем финансијског система у југословенском привредном систему јавља се потреба шире употребе хартија од вредности. На основу релевантних закона, уредби, одлуке Народне банке Југославије и правила Комисије за хартије од вредности створени су сви институционални услови за оснивање и рад берзи и берзанских послова, формирање потребних организационих делова у пословима банака и др. Финансијским организацијама за обављање брокерских и дилерских послова. На југословенском финансијском тржишту могу се користити следећи инструменти:

- менице,
- акције-деонице,
- обвезнице,
- благајнички записи,
- комерцијални записи,
- државни записи,
- цертификат о депозиту и
- финансијски деривати.

Поред квантитативних промена, процесом својинске трансформације предузећа и банака, остварују се значајне квалитативне промене којима се обезбеђује повећање ефикасности пословања домаће акумулације и штедње, профитабилности и техничке способности, квалитета производа, прилив стварног капитала и др.

За функцију тржишта капитала и дугорочних хартија од вредности од значаја је и формирање новчаних берзи као посебних институција које се баве трговањем на секундарном тржишту тржишним материјалом, као и дугорочним хартијама од вредности.

Посебна врста финансијских инструмената је берза. За разлику од интермедијарних финансијских организација оне не креирају своје финансијске инструменте, већ су организована места за њихов промет. Берза се дефинише као организовани простор, у физичком и пословном смислу, на којем се строго утврђеним правилима, тргује хартијама од вредности, новцем и страним средствима плаћања. На берзама нема примарне продаје већ само секундарне купопродаје финансијских инструмената путем посредничких институција. У Закону о берзама (чл. 7) уређено је да се берза оснива као акционарско друштво, а акционари могу да буду: банке, Поштанска штедионица и осигуравајућа друштва. По основу својих улога добијају акције на име које акционарима не доноси дивиденду, већ се остварена добит користи за унапређење берзанског пословања.

Да би банке постале чланови берзе морају добити сагласност Народне банке Југославије и за то је потребно да доставе одговарајућу документацију којом треба да докажу да ће организовати посебан организациони део за обављање посредничких послова и да ће обезбедити посебну евиденцију у пословним књигама о пословању тог организационог дела. Да би банка добила ову сагласност мора да има најмање два брокера који су положили стручни испит у складу са законом.

Клијенти банке-брокера могу бити: појединци, мала и велика предузећа, осигуравајућа друштва, пензијски фондови и остали који купују хартије од вредности ради инвестирања, или правна лица према закону могу да емитују одређене хартије од вредности.

Берзанска трговина има својих предности у односу на ванберзанску трговину. Ово се пре свега односи на следеће:

- продајом хартија од вредности, односно акција на берзи обезбеђује се да се хартије продају по тржишним критеријумима,
- продаја се обавља на утврђен начин, који је прописан Правилима берзе,
- хартије од вредности које се котирају мање су ризичне,
- на тржишту су доступне све информације које су битне за цену хартија од вредности,
- лакше се реализује продаја нових емисија хартија од вредности,

- обезбеђује се бржи развој предузећа,
- нижи су трошкови прибављања капитала.

СЕКУНДАРНА ТРГОВИНА – КУПОПРОДАЈА - ДЕТАЉИСТИ					
Регуларна берзанска продаја			Регуларна берзанска купопродаја		
САД	ГБ	ЕУ	САД	ГБ	ЕУ
Берзанска тржишта	Берзанска тржишта	Званична берз. трж.	Агенцијска тржишта	Агенцијска тржишта	Слободна тржишта сваког појединачног емитента банке или агента
Ванберзанска регулисана тржишта	Ванберзанска регулисана тржишта	Регулисана берзанска тржишта	Шалтерска тржишта	Шалтерска тржишта	
Ванберзанска нерегулисана тржишта	Ванберзанска нерегулисана тржишта	Међубанкарска берза тржишта	Интернет тржишта	Интернет тржишта	
Ванберзанска нова тржишта	Ванберзанска нова	Нова берзанска тржишта	Слободна тржишта	Слободна тржишта	
Директна тржишта	Директна тржишта	Директна тржишта			

Закон о банкама и другим финансијским организацијама банкарско законодавство је у највећој могућој мери усклађено са савременим прописима у тржишним привредама. Данас се у целом свету ниво развијености привреде често мери обимом и развијеношћу финансијског тржишта. Циљ финансијског тржишта је да се у одређеној привреди финансијска штедња ефикасно усмери крајњим корисницима, било ради инвестирања, или за обезбеђење континуираног процеса привредне активности. Поред краткорочних финансијских инструмената приступ финансијском тржишту, могућ је и коришћењем различитих дугорочних финансијских инструмената, као што су:

- све врсте дугорочних ХОВ које су предмет секундарног промета на тржишту,
- капитал – новчана средства која су предмет трговања на дуже рокове, по правилу од једне, две и више године,
- зајмовне хартије од вредности – чијом емисијом њен емитент практично доноси одлуку да се задужи на финансијском тржишту. Као надокнаду за уложена средства у куповину ових хартија од вредности емитент обезбеђује купцима ових хартија од вредности уредно враћање уложених средстава и плаћа камату, која представља надокнаду за позајмљена средства, а чија се висина одређује одлуком о емисији.
- Акције – које спадају у групу власничких хартија од вредности, чијим емитовањем акционарско друштво прикупља слободан капитал, ради повећања акционарског капитала друштва.

Сем традиционалних банкарских послова, у члану 22. Закона о банкама наведени су и остали послови којима се банке могу бавити:

- посредовање у трговини хартијама од вредности,
- куповање и наплата потраживања и
- пружање других финансијских услуга.

Из овога се види да је већ у Закону о банкама и другим финансијским организацијама предвиђено да се банке баве не само емисијом хартија од вредности него и посредовањем у њиховој трговини. Законски прописи који су касније донесени детаљније су разрадили и проширили ову врсту пословања банака. Према Закону о хартијама од вредности, у којем се утврђују: врста, услови и начин издавања хартија од вредности које се емитују у серији, трговина тим хартијама од вредности и надзор над пословањем хартијама од вредности, банке се појављују као елементи и као учесници у трговању свим хартијама од вредности.

Вишеструка улога у којој се банке могу наћи у финансијско-тржишном пословању посебно је дошла до изражаја приликом регулисања берзанског и ванберзанског пословања у Закону о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима и у пратећим подзаконским актима.

Банке као акционарска друштва и према Закону о хартијама од вредности могу емитовати најшири спектар хартија од вредности и то: акције, које представљају власничке хартије од вредности, благајничке записе, цертификате и обвезнице, које представљају дужничке хартије од вредности, али не и комерцијалне записе које могу да емитују само предузећа.

У својински сређеном амбијенту акција је за банку најважнија хартијама од вредности, јер има двоструку улогу. Прва улога је изражена код емитовања дужничких хартија од вредности, прикупљање средстава и повећање потенцијала банке. Друга улога састоји се у томе да се посредством њих конституише управљачка структура банке и формирају односи у расподели добити и сношењу ризика у банчином пословању.

У домицилној акцији прва улога акција девалвира се тиме што су акционари истовремено вишеструки корисници кредита, при чему се акције по правилу уплаћују као услов за добијање кредита од банке. То указује да акције банке не играју ону улогу какву имају у развијеним финансијско-тржишним системима: оне у југословенској стварности нису финансијски инструмент прикупљања новчане акумулације на отвореном тржишту. У погледу друге услуге акција банке, ради формирања управљачке структуре, та функција се остварује.

Улога банака на примарним финансијским тржиштима поред емитовања и продаје својих хартија од вредности или куповине туђих хартија од вредности, могу да обављају и финансијско-посредничке послове. Реч је о дилерско-брокерским пословима у примарној фази финансијских тржишта, тј. о првој емитованој продаји и својинских и дужничких хартија од вредности других банака, предузећа и правних лица.

Осим улоге као емитената, односно инвеститора на примарном финансијском тржишту, и улоге банака у обављању посредничких послова, банке могу имати интересе да својим комитентима пружају услуге које немају карактер финансијског посредовања. Банке су сада у прилици да побољшања траже у свим доменима свог пословања. Ако се укаже потреба предузећа за докапитализацијом, банка може пружити различите консултативне услуге, као што су: анализа могућности продаје хартија од вредности и прикупљања додатног капитала, емитовања и продаје одређених хартија од вредности, вођење деоничке књиге. Куповина и продаја акција са становишта законских прописа препознатљива је под термином **трговање акцијама**. Акцијама се може трговати на примарном и секундарном тржишту на берзи и ван берзе. Ове облике трговине карактерише моменат када се она обавља и субјекти који учествују у купопродајним трансакцијама.

Начин куповине и продаје акција, како на примарном, тако и на секундарном тржишту уређен је многобројним прописима, где се посебно указује на Закон о предузећима, Закон о хартијама од вредности и Закон о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима. У суштини куповина и продаја акција на развијеним тржиштима по свом обиму укључује велики број учесника, како на страни понуде (продавци) тако и на страни тражње (купци). Индивидуални инвеститори – купци акција овом послу прилазе из различитих разлога. Једни ради тога што искључиво желе да остваре брзу зараду и купују само оне акције за које очекују да ће им цена убрзо драстично скочити и када дође тај тренутак врше њихову продају да би тако добијена средства даље уложила у нови посао, који такође по њиховој процени треба да донесе добру зараду (капитални добитак). Друга група инвеститора купује акције, не због шпекулативних циљева, већ жели да постојећи капитал уложи у сигурно предузеће које је стабилно и у дужем периоду времена одбацује добит, која као приход у одређеном проценту припада и акционарима-власницима акција (дивиденда).

Основни мотив куповине акција одређене фирме састоји се у заради која се очекује од тих улагања. Капитална добит, односно профит који се остварује од продаје акција, по цени која је виша од цене по којој су акције купљене, један је од елемената који опредељује инвеститоре да улажу средства у куповину акција конкретног акционарског друштва.

КАРАКТЕРИСТИКЕ ФУНКЦИОНИСАЊА МЕЂУНАРОДНОГ ФИНАНСИЈСКОГ ТРЖИШТА

Финансијско тржиште представља део финансијске инфраструктуре у оквиру које се сучељавају односи понуде и тражње новчаних средстава, у чему учествују банкарски и други финансијски посредници. Развој тог

амбијента, послова и пословних инструмената који се на њему одвијају у уској су међусобној зависности, и то од настанка финансијског тржишта до данас, када се финансијско тржиште све више осамостаљује, интернационализује и диверсификује.

У анализи функционисања овог тржишта битно је навести главна обележја, сличности и разлике између националног и међународног финансијског тржишта, да би се могла објаснити суштина финансијских трансакција и настанка спољног финансијског тржишта. Финансијско тржиште изражава структуру и односе многобројних различитих али, истовремено, међусобно повезаних специјализованих тржишта новца, девиза и капитала. Ширина овог појма упућује да се оно не може свести, као што је то случај, на тржиште капитала односно дугорочних финансијских послова. У том случају тржиште краткорочних послова било би монетарно тржиште или тржиште новца. Развој финансијских односа и инструмената на том тржишту даје све разноврсније могућности избора начина и облика прибављања и пласирања средстава и њиховог рочног, каматног и сигурносног одређења. Са развојем финансијског тржишта све је више неконвенционалних облика финансијских односа и инструмената у којима класични кредитни послови представљају само почетну фазу.

Пословни ризици, као последица промена у тржишној, новчаној, доходној и социјалној сфери, и тежња да се постижу што повољнији финансијски резултати, јесу основни мотиви за непрекидно комбиновање и спекулативно размишљање како најбоље уложити и оплодити финансијску имовину. Тако долази до непрекидног преливања финансијске имовине из једног у други облик и њеног све већег раслојавања. Власници финансијске имовине настоје да обезбеде такав састав средстава који ће им омогућити да што брже и што сигурније трансформишу средства, или да прибаве додатна средства под најповољнијим условима.

Брзи развој нових односа и инструмената на финансијском тржишту, уз већ дуготрајан и изразит процес давања слободе том тржишту од стране државних законодавних органа, довео је до брисања границе између краткорочних и дугорочних односа и послова на овом тржишту. Губи се граница између тржишта новца и тржишта капитала, па се оба подводе под појам финансијског тржишта, док се изрази тржиште новца и тржиште капитала све више користе за истицање различитих али међузависних и неодвојивих сегмената јединственог финансијског тржишта.

Детерминанта рочности средстава основа је за распознавање тржишта новца и тржишта капитала. У развијеном финансијском тржишту све се више говори о тржиштима појединих финансијских инструмената. Данас на савременом финансијском тржишту већ постоји тржиште обвезница, *roll over* тржиште кредита, тржиште облигација и тржиште деоница.

Бројни финансијски инструменти емитују се на примарним тржиштима новца и капитала. Осим тога, њихов знатан део кружи на посебним секундарним тржиштима, на којима се даље претварају и трансформишу. Берзе представљају само један сегмент секундарног тржишта, а постоје и други делови на којима се обавља негоцирање и промет великог дела хартија од вредности и финансијских инструмената најразличитијих обележја.

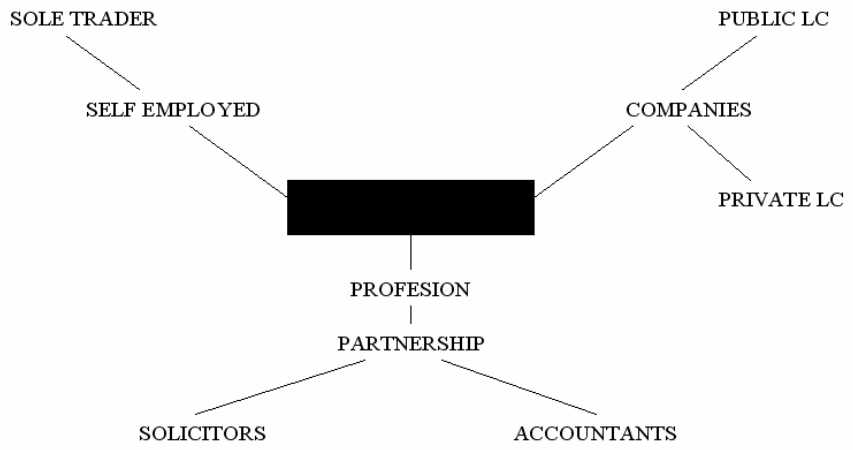
Треба свакако имати у виду постојање класичног банкарског кредитног тржишта, које представљају основу на коју се надограђују специјализована тржишта разних некредитних облика. Класично тржиште такође је укључено у свеопшти процес диврсификације, о чему сведоче његова најуочљивија обележја, као што су: издавање бројних сертификата о депозиту, банкарских нота и облигација, банкарских акцепата.

Финансијско тржиште је одређена финансијска инфраструктура бројних специјализованих тржишта и склоп установа, механизама и инструмената помоћу којих се стално трансформишу облици финансијске имовине великог броја субјеката и финансијских односа међу њима.

Светско финансијско тржиште изражава целокупност бројних, мањих или већих међународних тржишта новца и новчаног капитала, при чему је међународно само оно финансијско тржиште које је доступно сваком учеснику, независно из ког простора и какве све финансијске потребе има. Према томе, светско финансијско тржиште је збирни израз укупне понуде и тражње новчаног капитала, укључујући и његове разноврсне сегменте који настају између појединих националних финансијских тржишта и интерактивно утичу на функционисање домицилних финансијских тржишта. Полазећи од обима и врсте финансијских послова који се обављају и врсте финансијских послова који се обављају на појединим тржиштима, може бити реч о мање или више развијеним националним финансијским тржиштима. На основу њиховог промета са иностранством могу се поделити на: велика, развијена и мала, релативно неразвијена међународна финансијска тржишта.

Југословенско национално финансијско тржиште не спада у развијена финансијска тржишта. О његовој неразвијености говори чињеница да су банкарски кредит и банкарски депозит практично једини облици прибављања и пласмана средстава на финансијском тржишту у земљи.

Шема учесника на финансијском тржишту



Новчано девизне берзе представљају места на којима се одвија знатан део финансијских трансакција које припадају организованом секундарном тржишту капитала. У збивањима на берзама укључене су банке, и то не само инвестиционе и мешовите него и комерцијалне банке. Берза представља целокупност организованих и неорганизованих секундарних тржишта деоница, облигација и свих тзв. хибридних облика мобилизације и пласмана новчаног капитала. Берзу чини укупност бројних тржишта капитала:

1) **организоване берзе** које често носе име града у којем имају седишта (New York Stock Exchange, London Stock Exchange),

2) **сва тржишта** на којима се обављају трансакције хартијама од вредности које се не котирају на берзи а којима се негоцирање обавља непосредном погодбом између купца и продавца,

3) Тржишта на којима се обављају трансакције нечланова берзе хартијама од вредности **које се котирају на берзама,**

4) **Неорганизовано тржиште** на коме се послови обављају непосредно између предузећа и великих индивидуалних инвеститора,

5) **Многобројна међународна секундарна тржишта** хартија од вредности за која услугу пружају посебне клириншке куће или поједине берзе.

Овим указивањем наведени су само неки облици који се јављају на тржишту капитала, тј. нису обухваћени остали елементи банкарских потенцијала (разноврсни новчани које банке прикупљају, такође средњорочни и дугорочни кредити које оне пласирају). Нису обухваћени ни разни инвестициони фондови, наменски фондови, специјализоване установе (пензијски фондови, осигуравајућа друштва, стамбене банке). Сви ти облици располажу знатним средствима и превазилазе своје уске

пословне зоне, појављујући се на тржишту капитала, а у неким случајевима и у међународним оквирима.

Међународне деонице, настале су после либерализовања прописа о извозу капитала, уз постојање жеље имаоца тог капитала да прошири портфељ међународних хартија од вредности које су већ чиниле облигације и ноте. Тај процес је најуочљивији у великим корпорацијама улагача из Велике Британије и САД. Развојем привредне структуре у појединим земљама структура финансијских тржишта временом постаје све сложенија и различитија. Зато су све тежа јасна разграничавања на поједине тржишне сегменте, што отежава и међунационална поређења. Све су мање уочљиве разлике између примарних, емисионих и секундарних (прометних) трансакција на савременим финансијским тржиштима, а не само на класичном емисионом примарном тржишту хартија од вредности.

Статистички приказ појава на финансијском тржишту није задовољавајући, јер се и даље у већини случајева (укључујући ту и домицилну праксу) заснива на традиционалном. Због тога често нису могућа међународна поређења, јер се у развијеним земљама покушава да се обухватно прате новостворени финансијски инструменти и односи. На основу таквих, званично објављиваних података тешко је тачно утврдити структуру појединих финансијских тржишта, тј. онемогућено је рашчлањивање основних трансакционих компоненти, што се односи како на институционализована тржишта, тако и на слабо прегледна неформална тржишта. На институционализованим секундарним тржиштима подацима су обухваћени само такозвани горњи слојеви (берзе хартија од вредности, *over-the-counter* тржишта и организована посебна тржишта, као што су секундарна тржишта банкарских акцепата, комерцијалних папира, негоцијабилних цертификата о депозиту, различитих хипотека, државних хартија од вредности и др.).

Кад је реч о важнијим светским финансијским тржиштима као што су, на пример: САД, Јапан или Велика Британија, једно од питања које се само по себи намеће јесте утврђивање њихове релативне величине према конкурентским тржиштима. Међутим, готово да је немогуће прецизно извести таква поређења. Пре свега, изузетно су велике разлике у саставу појединих националних финансијских тржишта, оне нису смањене ни после најновије снажне интернационализације и дерегулације светских финансијских токова. Чак и када би се из назива финансијских установа или кредитних или других финансијских облика могло закључити да је могуће поређење, постоје знатне разлике од земље до земље. Осим институционализованих, изражене су, и функционалне разлике. То се односи како на развијеност непосредних финансијских веза међу субјектима, тако и на обим и домет хартија од вредности, њихово емитовање, упис пласмана и на кретање на секундарним тржиштима.

Различитости прилика, традиције и искуства у појединим земљама условиле су и различите финансијске системе, другачије концепције његовог развоја и отуд проистеклу различиту државну регулативу. На финансијске токове веома утичу и особеност положаја централне банке и спровођење мера монетарно-кредитне политике. Уз то, различита је политика према јавном дугу као важном одређујућем елементу новчаних односа и новчаног тржишта. У многим земљама су национални и интернационални елементи финансијског тржишта толико испреплетени да то додатно отежава њихово раздвајање ради поређења. Зато би за поређење појединих националних финансијских тржишта било неопходно располагати великим бројем показатеља и одговарајућих пондера, што веома компликује постављени задатак и ставља под знак питања добијене резултате. Да би се добила оријентациона, груба слика, може се користити неколико глобалних величина, као што су: орочени депозити или средства банака, банкарски кредити и сл. Укрштањем тих података са величином друштвеног производа, као показатељем релативних односа економских снага, долази се до разних нелогичности на које упућују нека досадашња истраживања.

Истраживања која су полазила од средстава депозитних банака такође упућују на непоузданост поређења, пре свега јер се тиме не обухватају сва средства и сви финансијски посредници. Теоријски посматрано, најпоузданије мерило за поређење била би стопа раста појединих кредитних облика.

Sveto Purić, a full-time professor

THE POSITION OF A BANK ON THE FINANCIAL MARKET

When a bank defines its mission and goals, it should have a clear view where it is heading. While choosing the best direction in achieving its goals, the bank selects the best strategy of allocating its resources in order to achieve the planned growth and development in deregulated environment. The bank can opt for an intensive, integrating or diversified growth. In order to achieve one of the strategies, it has to participate in money making, perform the basic function of money taking and giving, represent a significant financial basis for the realization of basic goals and tasks of the development policy and participate in the advancement of the payment flow and acceleration of money circulation.

The cash and securities market must be open for foreign partners which could earn profit by selling their instruments on this market, transferring them into the foreign currency and taking them back to their respective countries. Banks should do the same which would allow establishing of closer links with foreign cash and securities markets.

The capital markets in Serbia register a larger demand which cannot be met. In most of the countries, the social security and pension funds are rarely used for profit gain, and their limited scope and dispersion are the result of basic streams at European financial markets. In order to allow an investor to realize his money transfers under the most favorable conditions (the most favorable market and the most favorable mediator), these markets should be integrated. Such a unified market could include a great number of various private and public companies maximizing the effects of their synergy.

Др Нада Тодоровић,
доцент

***UDK**: 336.76*

ПРАВНО-ЕКОНОМСКИ АСПЕКТ ТРЖИШНИХ ОДНОСА УЧЕСНИКА НА ТРЖИШТУ КАПИТАЛА

Модерна тржишта капитала карактерише укључивање различитих учесника који имају читав низ мотивација за обављање послова на овом тржишту. Учесници укључују појединце, банке и друге финансијске институције, осигуравајуће и пензионе фондове, мултинационалне корпорације, локалне и централне владе и међународне институције као што су Европска инвестициона банка, Светска банка и др. Релативни значај појединих учесника може да варира од једног до другог националног тржишта капитала, али је задњих година изражено повећано присуство институционалних инвеститора. Овај процес је на глобалном плану познат као институционализација тржишта капитала.

Систем функционисања тржишта капитала немогуће је разумети без анализе положаја учесника на њему. Односи међу учесницима су пре свега, партнерски, тржишни односи у чијој основи је економски интерес, а законска регулатива доприноси остваривању тог интереса, свођењу пословне неизвесности на минимум, ограничењу и подели пословног ризика.

У стручној и научној јавности данас влада велико интересовање за берзу као институцију тржишта капитала, као и за учесницима у берзанским пословима. Услед вишедеценијског одсуства финансијских тржишта код нас, сазнање о правој природи берзанских послова споро продире у свест привредника на нашим просторима. Берза и пословање на њој поистовећује се са шпекулативним пословима који имају карактер игре и опкладе. Међутим, у овој «игри» учествују «овлашћени играчи», а опклада постаје опклада за упућене.

Према томе, шпекулативни послови су уобичајени на савремено организованом тржишту капитала и њих не треба доводити у везу са берзом као финансијском институцијом, која се с правом сматра барометром привредног живота земље у којој се налази. Развијена законска регулатива, допуњена аутономним берзанским правом уз коришћење савремене електронске технологије, довела је пословање на

берзи скоро до савршенства и свела пословну неизвесност за учеснике на минимум.

У складу са оваквом организацијом тржишта капитала и берзи, наступиле су промене у погледу структуре и улоге учесника на њима. Појављују се нове институције и нови субјекти у трансакцијама на тржишту капитала, који са више овлашћења, одговорности, стручног и пословног искуства обављају све сложеније операције.

Учесници на тржишту капитала су један од битних елемената постојања и функционисања овог тржишта, посебно тржишта хартија од вредности. Сваки облик тржишта састоји се од две стране тржишних односа, од понуде и потражње. На тржишту капитала јављају се две бројне групе учесника; једни су сврстани на страни понуде, а други на страни тражње капитала. Предмет размене између ових учесника је специфична роба, тржишни материјал посебне врсте, дугорочна финансијска актива, односно дугорочне хартије од вредности. Учесници на страни понуде и тражње на тржишту капитала могу се сусретати непосредно, што најчешће није случај на развијеним тржиштима.

На тржишту капитала појављује се једна врло бројна група финансијских посредника, која има задатак да омогући несметан трансфер дугорочних новчаних средстава од оних субјеката са вишком тих средстава, ка субјектима који имају потребу за тим средствима и налазе се на страни тражње капитала.

У савременој економској и правној литератури, термини финансијске институције и финансијски посредници користе се наизменично, мада између њих постоје разлике, које су до извесне мере ипак, техничке природе. Сам појам финансијска институција је шири од појма финансијски посредник јер обухвата не само оне институције које су укључене у функцију посредништва, већ и оне које се појављују на тржишту капитала као представници, финансијски агенти који доводе у везу купце и продавце, пружајући им при томе, своје олакшице и погодности.

Осигуравајуће компаније које продају само осигурање на рок без елемената штедње, представљају финансијске институције, али оне не функционишу као финансијски посредници у правом смислу речи, мада се премије осигурања могу инвестирати у акције, обвезнице и хипотеке. Ипак, тешко је у једној финансијској институцији разграничити функцију посредовања од осталих функција. Поједини аутори[1] одређују једну финансијску институцију као посредника под условом да је:

а) њена примарна улога, функција посредовања,

[1] Dougall E.H., Gaumnitz E. J., Capital Markets and Institutions, Prentice Hall INC., Englewood Cliffs, New Jersey, 1980. стр. 10-11.

б) ако је институција важан фактор у погледу укупних ресурса, који се поверавају процесу посредовања.

О значају финансијских посредника на тржишту капитала уверљиво говори теоретичар Кузнец: «Финансијски посредници уклањају потребу да свака група штедиша тражи и бира између веома разноврсних корисника капитала и обрнуто, да свака група корисника капитала тражи и бира између веома разноврсних штедиша.».[2] Према томе, од развијености мреже финансијских посредника зависи стабилност, ликвидност, капацитет и развијеност тржишта капитала.

Тржиште капитала је један институционализован, устаљен и правно уређен процес размене финансијских новчаних средстава, где се у оквиру понуде и тражње капитала формира његова цена. То значи, да се ради о једном врло организованом и уређеном тржишту, на коме за све учеснике важе одређене норме понашања. Те норме су једним добрим делом правни прописи. Дакле, односи учесника на тржишту капитала обухваћени су правном, законском регулативом.

На развијеним светским тржиштима капитала владе појединих држава регулишу промет нових емисија хартија од вредности и учеснике у тој продаји (примарно тржиште), као и промет, продају и куповину хартија од вредности на секундарном тржишту капитала.

У САД савезна влада свеобухватније регулише токове на тржишту капитала, нормативно уређује целокупну емисију хартија од вредности.

Тако, Закон о хартијама од вредности из 1933. године, регулише продају нових хартија од вредности и садржи императив да се инвеститорима пруже све потребне информације. Такође, Закон о берзама хартија од вредности из 1934. године, нормативно уређује секундарно тржиште, и на основу њега је основана Комисија за хартије од вредности и берзе (SEC) да спроводи у пракси ова два законска акта.[3] Поред продаје нових емисија акција ова комисија (SEC) регулише и продају, промет хартија од вредности на секундарном тржишту капитала. Она добија у надлежност да регулише делатност берзе, незванично ванберзанско тржиште (*over the-counter market*), инвестиционе банкаре, брокере, Народно удружење дилера хартија од вредности и инвестиционе компаније. Високи службеници, директори и велики акционари имају законску обавезу да достављају месечне извештаје о унутрашњим, купопродајним трансакцијама акција.

На тај начин ова комисија настоји да спречи праксу манипулисања коју често користе инвестициони дилери, виши службеници и директори

[2] Kuznets S., Capital in the American Economy: Its Formation and Financing, Princenton, NJ University Press, 1961. стр. 31.

[3] Van Horne C. J., Wachovicz M. J., Fundamentals of Financial Management, Prentice-Hall, New Jersy, 1955. стр. 534.

компанија, а која се практикује унутар компаније у трансакцијама у којима се налазе акције компаније, да онемогући преваре било које стране и да сузбије друге злоупотребе на штету инвеститорске јавности.[4]

Већина држава које имају развијено тржиште капитала, формирале су своје националне Комисије за хартије од вредности, које регулишу понуду нових и продају хартија од вредности на тржишту капитала. Оваква законска регулатива са извесним модалитетима заступљена је и изван америчког тржишта капитала, на другим развијеним светским тржиштима.

Мање развијена тржишта капитала, карактеристична за земље транзиторних привреда, правно регулишу понуду и промет хартија од вредности и учеснике у промету на тржишту капитала. Разлика је у томе што законска регулатива у овој области код ових земаља, није примерена односима промета на тржишту капитала и отуда она не доприноси институционализацији економских услова у којима тржиште капитала треба и може да се развија.

Претходна излагања имала су за циљ изношење чињеница о томе да су односи понуде и тражње учесника на тржишту капитала једним добрим делом правно регулисани. То је само једна страна њихових односа.

Други аспект, не мање значајан за нашу анализу и уопште за изучавање ове проблематике, јесте економска тржишна проблематика ових односа. Њихова суштина је у томе да су овде по среди различити економски интереси две стране у пословима на тржишту капитала. На једној страни, страни понуде, налазе се власници капитала (дугорочне финансијске активе) која је предмет размене на овом тржишту, који имају вишак капитала и имају интерес да продају ову специфичну робу на тржишту и остваре приходе по основу власништва над њом (капиталом). На другој страни, страни тражње, налазе се они који имају потребу за капиталом (мањак дугорочне финансијске активе) и имају интерес да прибаве недостајући капитал по цени која се формира на тржишту и која је за њих прихватљива. На први поглед супротстављени интереси (једни да купе, а други да продају капитал) по што повољнијој цени, на тржишту капитала се усаглашавају на основу деловања законитости понуде и тражње. Као резултат тог усаглашавања формира се цена капитала која је прихватљива и за инвеститоре и за кориснике капитала.

Поред ових основних учесника на тржишту капитала постоји још читава мрежа других учесника познатих у литератури и пракси као финансијске институције и финансијски посредници. Постојање ове посебне категорије учесника условљено је специфичном структуром и природом овог тржишта. Наиме, предмет размене на овом тржишту је роба

[4] Fabozzi F. J., Modigliani F., Capital Markets Institutions and Instrumenst, Prentice Hall, New Jersy, 2003. стр. 97.

специфичне улоге, облика намене и карактера. Та роба која се размењује у ствари је тржишни материјал, одређена дугорочна финансијска актива, власнички и дужнички финансијски инструменти, хипотекарни или инвестициони дугорочни кредити и промет се одвија великом брзином и заснива се на компјутерско информационом систему. Брзо одвијање трансакција најчешће не подразумева директан контакт власника капитала (инвеститора) и предузетника (купаца капитала). Пословање са новцем и капиталом разликује се од пословања на неким другим тржиштима као што су тржиште роба и тржиште радне снаге.

Трансакције са капиталом захтевају посебно обучене учеснике који су организационо техничко-технолошки и кадровски оспособљени за трговину са овим специфичним финансијским инструментима. Управо због тога се на тржишту капитала појављује једна значајна група посредника која најопштије речено, има задатак да повезује учеснике на страни понуде и тражње и да омогући брзи трансфер капитала по одговарајућој тржишној цени.

Развој финансијских институција и финансијских посредника је одредио далеко ефикасније коришћење штедње и већу ликвидност емисија капитала, као и трансфер већ емитованих инструмената. Финансијски посредници добијају новчана средства од суфицитних јединица, плаћају им камату на новчана средства остављена у депозит, и дају новчана средства дефицитним јединицама (корисницима), одређујући им вишу камату. На овај начин посредници ослобађају тржиште од примарних хартија од вредности, хипотека, обвезница и акција које су емитовали дефицитни корисници капитала и замењују их својим сопственим индиректним хартијама од вредности или финансијским средствима, као што су на пример, потврде (сертификати о штедњи) чија сигурност и ликвидност обезбеђује нижу каматну стопу.

Разлика у цени између приноса плаћених на примарне хартије од вредности и оних који су плаћени на индиректне хартије од вредности представља накнаду посредницима за услуге које обављају.[5] Овако схваћена улога финансијских посредника на тржишту капитала, указује на чињеницу да и ова група има јасно изражен економски интерес, а то је остваривање што веће зараде, односно профита. Међутим, овај испољен интерес за профитом посредника има другачију природу од економског интереса купаца и продаваца капитала.

Зарада ових учесника на тржишту капитала је накнада за њихове услуге посредовања, јер брокерске фирме купују од емитената акције по великопродајним ценама и продају их инвеститорској јавности по малопродајним ценама. Остварена зарада базира се на разлици у цени

[5] Dougall E. H., Gaumnitz E. J., исто стр. 11.

финансијске активе. Овој заради може се приписати карактер добити стечене шпекулацијом, али она је резултат деловања посредника који поседују природни таленат, висока економска и финансијска знања, добру обученост, велико пословно искуство, вештину и сналажење.

Развијена тржишта капитала имају врло разгранату мрежу финансијских институција и финансијских посредника. Између њих постоји изражена конкуренција, јер они немају подједнаке могућности наступа на тржишту капитала, па самим тим ни исту могућност за стицање профита.

Осим ових група учесника на тржишту капитала може се говорити и о држави као учеснику. Њена улога је регулаторна и надзорна, али се у крајњој инстанци и њено учешће на овом тржишту може свести на одређен економски интерес, пре свега, оличен у значају функционисања тржишта капитала за економски и финансијски систем једне државе.

Из претходних излагања о учесницима на тржишту капитала произилази закључак да су односи између њих, пре свега, тржишни односи, да је економски интерес основни мотив њиховог наступа на овом тржишту, али да су то истовремено и односи који имају одређен нормативни оквир, регулисани су правним прописима па и моралним нормама. Отуда се може прихватити схватање ових односа у економској и правној литератури као тржишних, партнерских односа заснованих на међусобном поверењу и обостраној користи свих учесника на тржишту капитала.[6]

ЗАКЉУЧАК

Модерна тржишта капитала карактерише укључивање различитих учесника који имају читав низ мотивација за обављање послова на овом тржишту. То су пре свега, учесници на страни понуде капитала (инвеститори), као и учесници на страни тражње капитала (корисници капитала). Поред ових главних учесника појављују се и финансијски посредници који имају задатак да омогуће несметан трансфер капитала од субјеката са вишком тих средстава, ка субјектима који имају потребу за тим средствима и налазе се на страни тражње капитала. На крају и држава преко својих надзорних и регулаторних тела усмерава финансијске токове на овом тржишту.

Односи међу учесницима су пре свега, партнерски, тржишни односи у чијој основи је економски интерес, а законска регулатива доприноси

[6] Ристић Ж. Тржиште капитала – Теорија и пракса, «Привредни преглед», Београд 1990. стр. 90.

остваривању тог интереса, свођењу пословне неизвесности на минимум, ограничењу и подели пословног ризика.

Nada Todorović, a docent

LEGAL AND ECONOMIC ASPECT OF THE MARKET RELATIONS BETWEEN THOSE PARTICIPATING AT THE CAPITAL MARKET

One of the characteristics of the modern capital market is the participation of different subjects who have all kind of motivation to perform their activities on this market. They are, before all, the participants on the side of the capital offer (investors) and on the side of the capital demand (capital beneficiaries). Besides these two major groups, there are also financial mediators whose task is to enable an easy transfer of capital from the subjects with the excess of the means to the subjects who have the needs for these means. Finally, the state also participates at the capital market through its regulatory bodies and directs its financial flows.

The relations developed between these subjects are mostly partnership-based, that is market relations guided by the economic interests where the legal regulations contribute to the realization of these interests by minimizing the level of uncertainty and limiting and sharing the business risks.

Јасмина Лабудовић,
асистент-приправник

UDK: *368.025.1*

ПОЈАМ, ЕЛЕМЕНТИ И РАСПОДЕЛА ПРЕМИЈЕ КАО ЦЕНЕ ОСИГУРАЊА

Појам премије

Основна обавеза уговарача осигурања, односно осигураника по основу закљученог уговора о осигурању је плаћање премије. То је истовремено и битан елеменат уговора о осигурању.[1]

У литератури постоје два схватања речи премија. Према једном, премија потиче од латинске речи *praemium* што значи *награда*, а према другом основа речи је *primum* што значи *први,* јер уговарач осигурања (осигураник) први испуњава своју обавезу из закљученог уговора о осигурању. Од тренутка када је премија плаћена (материјални почетак дејства осигурања)[2] за осигуравача настаје обавеза да носи ризик.

У пракси је уврежено становиште да се премија плаћа унапред, с тим што се може уговорити да буде плаћена и уназад за одређени период. Тада осигураник дугује и камату, а уколико задоцни са испуњењем обавезе плаћа и затезну камату.[3]

Врло често се као синоним за премију користи назив *цена ризика* и *цена осигурања.* Ове појмове треба ближе објаснити.

Једна од основних детерминанти премије (а можда и најважнија) је ризик. Премија је пропорционална величини ризика. За већи ризик плаћа се већа премија, односно ако је ризик мањи, мања је и премија. Међутим, стављање знака једнакости између премије и ризика, не би било исправно с обзиром да премија не зависи само од њега, већ и од низа других фактора као што су: трајање осигурања, сума осигурања, трошкови, каматна стопа, рокови плаћања премије и сл. Зато је исправније рећи да је

---

[1] Више о томе: проф. др Слободан Перовић, Коментар Закона о облигационим односима, књига II, Савремена администрација, Београд, 1995, чл. 902, стр. 1473.
[2] Постоји и формалан почетак који се везује за моменат закључења уговора о осигурању.
[3] Види: Коментар ЗОО, чл. 912, стр. 1488.

премија *цена осиīурања* него цена ризика, премда има аутора који користе и један и други назив.

Тако, Сања Андријашевић и Владимир Петрановић кажу: "Цијена осигурања или бруто премија је износ што га осигураник исплаћује осигуравачу за склопљено осигурање."[4] Антоније Тасић, премију дефинише као цену ризика. Сматра да постоји уска веза између ризика и премије. На основу статистичких података се одређује величина (вредност) ризика па тако и премије.[5] И Хемард констатује да је премија награда коју осигуравач прима од осигураника "у замену за обећану престацију: одштету или осигурану суму, она је цена уз коју осигуравач узима терет ризика."[6]

По Н. Николићу, премија је улог, односно допринос осигураника за организовање заштите од ризика.[7] John Birds и Norma J. Hird премију дефинишу као одређено плаћање од стране осигураника у замену за осигуравачево преузимање и ношење ризика.[8]

Правно посматрано, уговор о осигурању је теретан и двострано обавезујући уговор. Зато премија представља противчинидбу осигураника у односу на обавезу осигуравача. Из овога следи да је премија "свота новца коју је осигураник, односно уговарач осигурања дужан да плати као накнаду за извршење обавезе осигуравача из осигурања."[9] Опширнију дефиницију премије даје Владимир Јовановић који у њу укључује следеће елементе: начин плаћања, време плаћања и основ настанка обавезе плаћања премије. По њему, то је свота новца коју осигураник или уговарач осигурања плаћа осигуравачу на основу уговора или закона сукцесивно или одједном, приликом закључења, или одмах по заснивању односа осигурања.[10] Премија која се плаћа одједном (једнократно) назива се *миза,* а она која се плаћа сукцесивно *īекућа īремија.*

Коментар Закона о осигурању имовине и лица садржи дефиницију по којој је премија (цена осигурања) износ новца коју плаћа осигураник и

---

[4] Сања Андријашевић и Владимир Петрановић: "Економика осигурања", Алфа, Загреб, 1999. стр. 204.

[5] Види: Антоније Тасић, Основи осигурања, Привредно финансијски водич, Београд, 1976, стр. 27.

[6] Hemard: Theorie et pratique des Assurances terrestres, Paris, 1924. Слично схватање има и Weyer P.: La Prime d`assurance, Paris, 1932. Према: Никола Николић, Уговор о осигурању, Београд, 1957. стр. 136.

[7] Ibidem.

[8] John Birds and Norma J. Hird, Bird`s Modern Insurance Law, Sweet&Maxwell, London, 2001, chapter 8, p. 158.

[9] Предраг Шулејић: "Право осигурања", Службени лист, Београд, 1980, стр. 104-105.

[10] Ibidem.

који покрива његов удео штете и трошкова пословања осигуравача.[11] Текст поменутог закона у чл. 50. садржи дефиницију премије осигурања живота као садашњу вредност будућих обавеза уговарача осигурања.

Приручник о осигурању за премију каже следеће: "Под премијом осигурања подразумевамо суму коју осигураник, односно уговарач осигурања уплаћује осигуравајућем заводу, сукцесивно у одређеним временским размацима док траје однос осигурања (или док код неких личних осигурања, не достигне одређени износ), односно који исплаћује одједном приликом заснивања односа осигурања."[12]

Сваки производ, било материјални (роба) било нематеријални (услуга) има своју цену па тако и услуга осигурања. Елемент који опредељује сваку цену је трошак. Код цене услуга осигурања то су: аквизициони, инкасо и управни трошкови. Ипак, треба истаћи да у овој области укупни трошкови често нису унапред познати, већ тек касније. Зато се овде цена често базира на претпоставкама (о трошковима, губицима) па је то, између осталог, *diferentia specifica* ове категорије у односу на цене осталих производа и услуга.[13]

Цена осигурања може се анализирати са економског, правног и математичког (актуарског) аспекта. Економски посматрано, цена осигурања утиче на прерасподелу националног дохотка, а представља гаранцију да ће осигуравач бити финансијски способан да испуни своју обавезу када наступи осигурани случај.[14] С правног аспекта, цена осигурања представља обавезу осигураника на подлози чега настаје и обавеза осигуравача да носи ризик. С математичког аспекта, то је периодично плаћање осигураника осигуравачу.

Премије и доприноси (сличности и разлике)

Једна у низу класификација осигурања у теорији је и класификација према начину организовања осигурања. Према овом критеријуму разликује се премијско (*purchasing insurance*) и узајамно осигурање (*mutual or property indemnity insurance*). У хрватској литератури,

[11] Види: проф. др Предраг Шулејић, проф. др Ивица Јанковец, Добросав Огризовић, Бранко Рајичић, Закон о осигурању имовине и лица - Коментар, Дунав превинг, Београд, 1996, стр. 89.

[12] Проф. др Владимир Јовановић, проф. др Никола Николић, проф. др Ивица Јанковец, Д. Јанковић, В. Јововић, Д. Данчула: "Приручник о осигурању", Информатор, Загреб, 1965, стр. 24.

[13] Види: Emmett Vaughan, Therese Vaughan, Управљање ризицима - основи осигурања, Мате, Загреб, 2000, стр. 109.

[14] Види: В. В. Шахов, Введение в страхование, Финанси и статистика, Москва, 1999, стр. 215.

критеријум начина покрића ризика[15] је меродаван за поделу на: премијско, узајамно и социјално осигурање (*social insurance*). Указаћемо на неке њихове особености.

1) Иако је узајамно осигурање претходило премијском, премијско је данас преовлађујући облик осигуравајуће заштите.

2) За премијско осигурање је карактеристично да се средства за покривање ризика формирају унапред. Премија се одмерава у зависности од тежине ризика. Она представља цену осигурања када је реч о овом осигурању. Обично се плаћа унапред (на почетку) за текући период трајања осигурања. Обавезе осигураника су фиксне.

Премија се може плаћати сукцесивно (у оброцима) а може и једнократно (тзв. миза). Од правила да се премија плаћа унапред појављује се изузетак. Некада се може уговорити да се она плаћа уназад. У таквом случају уговарач осигурања (осигураник) дугује и редовну камату, а уколико закасни са плаћањем дугује и законску затезну камату. Овакво схватање је прихваћено код нас.[16] Уговорне стране се могу споразумети о оваквом начину плаћања, а и одредбе општих услова осигурања наших осигуравајућих организација предвиђају овакву солуцију.

Код узајамног осигурања, цена коју осигураници плаћају за заштиту која им се пружа назива се *допринос*. Специфичност овог начина организовања заштите од опасности је да се коначна висина доприноса, односно укупне обавезе осигураника утврђује тек на крају уговореног периода осигурања када је познат укупан износ свих насталих штета. Ово значи да осигураници уплаћују унапред само извесне аконтације при том не знајући колико ће њихова обавеза износити у потпуности. Приликом одмеравања доприноса које треба уплатити, настоји се одредити неки минимални износ како би се привукао што већи број осигураника. То значи да тежина ризика за процењивање висине доприноса нема исти онај значај као код премијског осигурања. Често се висина минималног доприноса одмерава према висини основног капитала у моменту оснивања друштва за узајамно осигурање.[17] Из оваквог модела заштите од опасности рађа се још једна. Она је везана за случај да средства која се прикупљају од осигураника нису довољна за накнаду штете. Зато се може десити да се исплата накнаде умањи за износ неуплаћеног дела доприноса.[18] Међутим, решење новог Закона о осигурању елиминише ову опасност чињеницом да је висина основног капитала за друштва за узајамно осигурање иста као и за акционарска друштва за осигурање.[19]

---

[15] Види: Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, Економика осигурања, стр. 95.
[16] Види: Коментар ЗОО, С. Перовић, чл. 912, стр. 1488.
[17] Види: Коментар закона о осигурању имовине и лица, стр. 67.
[18] Види: Закон о осигурању имовине и лица (Сл. лист СРЈ, бр. 30/96; 57/98; 53/99; 55/99)
[19] Закон о осигурању чл. 64. и 28. (Службени гласник Републике Србије, бр. 55/2004)

Доприноси чланова (осигураника) могу бити неограничени и ограничени. Уколико се друштво за осигурање оснива као друштво за узајамно осигурање са неограниченим доприносима (чл. 63. Закона о осигурању) то значи да осигураници на крају пословне године могу бити позвани да уплате додатне доприносе који су већи од претходно уплаћених за случај да су штете и трошкови већи од првобитно уплаћеног доприноса. Када је реч о друштву за узајамно осигурање са ограниченим доприносима, осигураници (чланови) имају обавезу да уплате додатни допринос али највише до висине претходно уплаћеног у целини из исте пословне године, ако су штете и остали расходи већи од претходно уплаћеног доприноса и осталих прихода друштва. Ако се друштво за узајамно осигурање оснива са намером да обавља више врста осигурања, статутом се може предвидети плаћање додатног доприноса одвојено за сваку врсту осигурања.[20]

Због непредвидивих и изузетно великих обавеза које могу настати код друштва за узајамно осигурање са неограниченим доприносима, у свету постоји тенденција да се неограничени доприноси елиминишу из праксе. Допринос, као цена осигурања, требало би да буде у потпуности обрачунат у зависности од тежине ризика који се покрива, у време закључења уговора. Захтев за уплату додатних доприноса треба да се односи само на ону пословну годину у којој је осигурање настало, у којој је осигураник осигуран.

У социјалном осигурању средства се прикупљају доприносом који се одмерава у зависности од висине примања осигураника, а не у зависности од тежине ризика.

Законодавство САД познаје развијен систем друштава за узајамно осигурање.

3) Премије осигурања се плаћају осигуравајућој организацији (осигуравачу) који се бави професионално и у виду занимања осигурањем, непосредно или посредно заступнику осигуравача.[21]

Код узајамног осигурања нема никаквог посредника из простог разлога што су осигураници истовремено и осигуравачи. Чланови друштва из својих улога образују фонд за исплату одштета.

4) Организације за осигурање основане у форми друштава за узајамно осигурање су, по правилу непрофитне организације за разлику од осигуравајућих организација основаних у облику акционарског друштва чији је циљ остваривање добити. Она послују искључиво на тржишно-комерцијалној основи. Капитал се улаже ради остваривања што веће

[20] Види: чл. 63. Закона о осигурању, Сл. гласник, бр. 55/2004.

[21] Закон о осигурању у чл. 97. предвиђа да друштво за заступање у осигурању, односно заступник врши наплату премије осигурања.

добити. Оваква тенденција оснивача води и повећању (поскупљењу) цене осигурања.

Чињеница да на тржишту осигурања има и непрофитних и често добротворних друштава, утицала је на повлашћен третман друштава за узајамно осигурање у САД-у.[22]

Осигураници у акционарском друштву не могу своја права остваривати у скупштини, за разлику од осигураника у друштвима за узајамно осигурање, који остварују своје интересе управо кроз чланство.

5) Пошто друштвима за узајамно осигурање није намера остваривање добити, углавном је у упоредном праву, а и код нас, присутан став да таква друштва немају карактер трговачких друштава, већ грађанско – правни карактер.[23] Улози чланова друштва немају карактер акционарских улога и не дају право на дивиденду.

«Само осигурање уз премију представља трговачку професију».[24] Остварени вишкови се расподељују осигураницима (члановима) сразмерно висини уплаћених доприноса, мада законодавства многих земаља познају и друге критеријуме као што је: категорија ризика, професионална група, територијални принцип и сл.

Остварени вишак се расподељује на следећи начин:

1. покриће губитака;
2. издвајање у резерве;
3. за друге намене утврђене статутом друштва.[25]

Претходни закон је полазио од прецизније расподеле вишка, односно добити. Тако се вишак расподељује на: део за покриће губитака, повраћај вишка доприноса члановима, издвајање у резерве сигурности, повраћај оснивачких улога са одговарајућом каматом и обезбеђење учешћа запослених у вишку. Добит се код акционарског друштва за осигурање расподељује нешто другачије: покриће губитака, дивиденде и др. накнаде акционарима, издвајање у резерве сигурности, издвајање у друге фондове организације за осигурање (фонд превентиве, средства за заједничку потрошњу), учешће запослених у добити.

Дакле, без обзира на непрофитни карактер друштва за узајамно осигурање, један део добити (вишка) остаје у самом друштву јер друштво мора да води рачуна о солвентности, сигурности и ликвидности, па с тим у вези мора стварати резерве за случај губитка.

---

[22] Види: Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, op. cit, стр. 182.

[23] M. Picard, A. Besson, Les assurances terrestres en droit francais, 1965, стр. 38. Према: П. Шулејић, И. Јанковец, Д. Огризовић, Б. Рајачић, Закон о осигурању имовине и лица – коментар, Дунав превинг, 1996, стр. 54.

[24] Ibidem.

[25] Ово је расподела нераспоређене добити (вишка) према новом Закону о осигурању, чл. 130. (Сл. гласник бр. 55/2004.)

6) Из непрофитног (нелукративног) карактера друштва за узајамно осигурање произилази још једна важна особеност. Она се огледа у чињеници да се на овај начин *ствара препрека формирању монопола на тржишту осигурања* од стране осигуравајућих организација основаних у форми акционарских друштава (која послују у циљу максимирања добити) и тако обезбеђује јевтиније осигурање.[26]

7) Разлика између премијског и узајамног осигурања огледа се и кроз редослед за покриће губитака. Акционарско друштво за осигурање покрива губитак из: нераспоређене добити, односно вишка; резерви; основног капитала. Међутим, друштво за узајамно осигурање, пре почетка коришћења основног капитала, покрива мањак из додатног доприноса чланова (осигураника) или сразмерним умањењем накнаде штета свим члановима (осигураницима), односно истовремено из додатног доприноса и сразмерног умањења накнаде штете.[27]

8) Због све веће конкуренције, у погледу висине премија и доприноса готово да нема разлике у свету. Износи су прилично уједначени.

9) Чланови друштва за узајамно осигурање су истовремено осигураници. Престанак уговора о осигурању повлачи и престанак чланства. С тим у вези, чланови не могу компензовати своја потраживања из уговора о осигурању са доприносима. Право на накнаду не ослобађа их обавезе плаћања доприноса.[28] Преузимање уговора повлачи стицање својства члана друштва од стране прибавиоца.

10) Једна од особености друштва за узајамно осигурање је и једнакост чланова друштва. Не би смело да буде дискриминације те стога сви имају право на накнаду штете под одређеним условима, обавезу плаћања доприноса и право на повраћај вишка сразмерно висини њихових доприноса. У законском тексту се каже да плаћање доприноса и распоређивање вишка морају бити под једнаким условима за све чланове друштва за узајамно осигурање.[29] Једнакост чланова може да се обезбеди и у односу на одређену врсту осигурања.[30] Међутим, према нашем новом законском решењу, друштва за осигурање су специјализована.

11) Карактеристика друштава за узајамно осигурање је и то што због релативно малих фондова којима располажу не могу се бавити пословима активног реосигурања. У неким законодавствима то је изузетно допуштено уз неке додатне услове.

---

[26] Види: Јован Славнић, Модели предузећа за осигурање имовине и лица у новом Закону о осигурању, Осигурање удруженог рада, бр. 2/89, стр. 21.
[27] Чл. 131. Закона о осигурању (Сл. гласник, бр. 55/2004)
[28] Види: Цитирани Закон о осигурању имовине и лица – коментар, стр. 58.
[29] Види: Закон о осигурању (Сл. гласник Републике Србије, бр. 55/2004, чл. 69)
[30] Види: Коментар Закона о осигурању имовине и лица, стр. 59.

12) У друштвима за узајамно осигурање накнада лицу које управља фондом је унапред одређена и не може зависити од обима пословања датог друштва.[31] Ово је још једна потврда да друштва за узајамно осигурање не послују ради остваривања добити.

Елементи премије (општи осврт)

За цене, па и за цену осигурања можемо рећи да је функција информисаности и оскудности.

У зависности од тога колико је осигуравач обавештен, односно информисан о факторима који утичу на одмеравање цене услуге осигурања, то ће цена коју формира бити прецизније одређена, смањиће се вероватноћа грешака у калкулацији и моћи ће да у зависности од тежине ризика, врсте осигурања, категорије осигураника спроведе политику диференцирања цена. Тако ће и сама услуга бити квалитетнија. С друге стране, једно од правила економије гласи да само ретки (оскудни) фактори производње имају своју цену. Они којих има у изобиљу, могу се бесплатно користити. Ово правило се односи и на рад, као фактор који највећим делом утиче на "производњу" услуге осигурања и чини овај сектор привреде радноинтензивним.

Произилази да је структура премије одређена компромисом између цене и квалитета основних података с једне стране, и компромисом између "административних трошкова и конкурентних бенефиција од коришћења поменутих података,"[32] с друге стране. Правилно утврђена структура премије мора полазити од: трошкова, система тарифирања и расположивих информација.

Са становишта осигураника, цена коју плаћа за заштиту коју добија по основу закљученог уговора о осигурању представља јединствену категорију. То је тзв. бруто премија осигурања. Структура бруто премије неживотних осигурања у САД изгледа овако: 65-80% бруто премије чине штете, 14-20% чине провизије, 12-18% трошкови управљања. Код животних осигурања структура изгледа овако: 2-5% чине камате, 30% чине провизије, а 15% трошкови управљања.[33]

Према некадашњем Закону о осигуравајућим организацијама из 1965. било је тачно предвиђено из којих се елемената састоји премија као и намена сваког њеног дела посебно. Тако, функционална премија је требало да буде довољна за исплату накнаде, односно уговореног износа ако наступи догађај од кога је извршено осигурање (техничка премија) као и за

[31] Види: П. Шулејић, Право осигурања, Мисао, Нови Сад, 1992, стр. 71.
[32] Види: Dohetry Neil, "Insurance pricing and loss prevention", Hants, England Lexington, USA, 1976. Према: Добросав Огризовић, Економика осигурања, 1985, стр. 70.
[33] Види: Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, op. cit, стр. 219.

формирање средстава за спровођење мера за спречавање таквих догађаја (превентивне мере). Режијски додатак је морао да буде довољан за покриће трошкова пословања.[34] Такође је било предвиђено да се из текуће техничке премије издваја део за реосигурање.

Према, до скоро важећем Закону о осигурању имовине и лица (чл. 47), премија се састоји од функционалне премије и режијског додатка. И нов Закон о осигурању предвиђа исту структуру бруто премије.[35] Укупна премија или бруто премија назива се још и комерцијална или тарифна премија.[36] Такву структуру предвиђа и Правилник Компаније Дунав о распоређивању премије осигурања.[37]

Функционална премија се састоји из техничке премије и доприноса за превентиву. Техничка премија обухвата ризико премију и додатак за сигурност. Ризико премија је пропорционална величини ризика који осигуравач носи. Техничка премија служи измиривању обавеза по основу закљученог уговора о осигурању (за плаћање штета, уговорених сума осигурања и др. намене). Она има своје синониме: нето премија, цена ризика, чиста ризичност.

Допринос за превентиву служи спровођењу мера ради спречавања и сузбијања ризика. Служи, између осталог и за формирање фонда превентиве.

Коначно, режијски додатак је у функцији покривања трошкова спровођења осигурања. Максималну стопу режијског додатка утврђује орган одређен статутом осигуравајуће организације.

Нешто прецизнији у одређивању структуре премије осигурања био је Закон о осигурању имовине и лица из 1996. него сада важећи Закон о осигурању из 2004. Наиме, сада важећи текст закона предвиђа се да функционална премија састоји од техничке премије, а *може* садржати и допринос за превентиву ако је урачунат у премију осигурања (чл. 106). Закон о осигурању имовине и лица је прецизирао да допринос за

[34] Др В. Бучић: "Је ли оправдано да трошкови спорова из осигурања и трошкови извида и процјена штете терете режијски додатак завода", Осигурање и привреда, бр. 4/1965, стр. 41.
[35] Сл. гласник Републике Србије, бр. 55/2004, чл. 106.
[36] Види: Јелена Кочовић, Предраг Шулејић, "Осигурање", Чугура принт, Економски факултет, Београд, 2001. стр. 69.
[37] Службени лист Компаније Дунав, д.д. бр. 1/1990.

превентиву *представља део* функционалне премије, док премија осигурања живота и премија за осигурање депозита грађана не мора садржати допринос за превентиву. О томе се у новом закону ништа не каже. Ако се допринос за превентиву издваја, нејасан је (као и претходни закон) критеријум за његово издвајање.

Различите злоупотребе у пракси довеле су до потребе да Закон о осигурању имовине и лица из 1996. прецизира намену техничке премије и режијског додатка. Нов закон то не чини.

У осигурању живота, техничка премија се састоји од ризико и штедне премије. Док се ризико премија користи за просторно изравнање ризика, штедна премија служи за временско изравнање ризика. Састоји се од премије сигурности и математичке премије. Премија сигурности је намењена формирању резерви сигурности која је у функцији обезбеђења накнаде евентуалних катастрофалних штета, односно обезбеђује солвентност друштва. Из математичке премије се формира математичка резерва осигурања живота. Овај штедни део је предмет договора између осигуравача и осигураника.

Техничка премија

Техничка премија представља најважнији део бруто премије осигурања. Намењена је измирењу обавеза осигуравача проистеклих из закљученог уговора о осигурању. Да би пословање осигуравача било успешно, неопходно је да се испоштује принцип који налаже обезбеђење равнотеже између штета и премија. То је у ствари и један од основних задатака техничке организације осигурања (равнотежа осигуравајућег фонда). Стога, техничка премија, односно онај њен део који се назива ризико премија мора бити довољан за покриће ризика. Други део техничке премије назива се додатак за сигурност. Структура цене осигурања је различита у осигурању имовине и осигурању лица. У осигурању имовине она се састоји од ризико премије и додатка за сигурност. У осигурању живота, као што смо то већ рекли, она се састоји од ризико и штедне премије.

Ризико премија

Ризико премија (чиста нето премија)[38] је онај део техничке премије који тачно одговара ризику. Она се рачуна тако да буде довољна да покрије штете за одговарајући период за који се плаћа премија. Дакле, она

[38] Види: В. В. Шахов, Введение в страхование, Финанси и статистика, Москва, 1999, стр. 217.

је пропорционална (еквивалентна) величини ризика чијем покрићу служи. Образује се према начелима актуарске математике. Изузетак од овога представљају животна осигурања код којих је првих година ризик мањи, а касније већи. То би значило да се у млађим годинама плаћа нижа премија, а у познијим већа. До тога не долази већ се плаћа упросечена премија - премија која је иста за све време трајања осигурања. Овај вишак у првим годинама, када је ризик мањи, служи образовању математичке резерве. У осигурању живота ризико премија зависи од година живота, пола потенцијалних осигураника, здравственог стања, вероватноће смртности, камате на пласмане.

Ризико премија зависи од премијске стопе и суме осигурања. Премијска стопа се израчунава као производ просечне учесталости штета и просечне висине штете за сваку ризичну скупину посебно.

p - премијска стопа **p = v×š**
v - просечна учесталост штета
š - просечна висина штете

Очекиване штете се утврђују за сваки индивидуални ризик посебно или пак за више осигураних опасности у истој врсти осигурања. Збир очекиваних штета представља (одређује) потребну величину ризико премије за ту врсту осигурања.[39] Овде треба водити рачуна о портфељу осигурања. Не би било добро уколико је број осигурања сувише велики, али и ако је мали, обрачун неће бити правилан. Премали портфељ је веома непоуздан за обрачун ризико премије. Процењивање висине премије за одређени ризик требало би да се базира на објективним факторима (предмет који се осигурава, вредност предмета који се осигурава, учесталост штете, трајање покрића) које треба да уважавају сви осигуравачи на одређеном подручју. У супротном, дошло би до дисторзија и антиселекције ризика.

С обзиром да обавеза осигуравача да накнади штету доспева тек у неком будућем тренутку (присутан је временски раскорак између уплаћене премије и настале штете) и с обзиром на правило да динар данас и динар јуче немају исту вредност, у ризико премију се мора укалкулисати и каматна стопа. Уважавајући временску вредност новца, ради упоређивања садашње вредности обавеза уговарача осигурања и обавеза осигуравача примењује се дисконтна стопа, а то је обично стопа просечног приноса на улагања. Тако би ризико премија била садашња вредност очекиваних штета.

Основна једначина за израчунавање величине премије би била следећа.

[39] Види: Сања Андријашевић, Владимир Петрановић, op. cit, стр. 219.

P= q *č *(E +L +f +y)[40]

P - премија
q - вероватноћа настајања штете
č - просечно исплатив износ од остварења догађаја
E - додатак за опште трошкове и аквизицију
L - додатак за превентиву
f - додатак за флуктуацију штета
y - додатак за добит акционара

Камата која се урачунава у ризико премију односи се само на техничке резерве, али не и на нетехничке резерве и камате на властити (сопствени) капитал.[41]

Додатак за сигурност

Други део техничке премије назива се додатак за сигурност. Овај додатак је у функцији флуктуације штета. Другим речима, намењен је покривању разлике између очекиваних штета и стварних штета (када су ове потоње веће). Наиме, ризико премија се одмерава према просечној величини штета, односно просечном одштетном захтеву (просечан број штета и просечна висина штета) и према вероватноћи настанка штете. У случају да стварне штете буду веће од тог просека, вишак штета као обавеза осигуравача се мора покрити из овог додатка.

Додатак за сигурност је у директној вези са резервама сигурности. Ако је додатак већи, веће су и резерве сигурности.[42] Повећане резерве сигурности дозвољавају осигуравачу да послује са мањим додатком за сигурност.

Додатак за сигурност се може повећати на два начина: директно (изричито) и индиректно (прећутно). Први начин подразумева зарачунавање номинално већег додатка (додавањем једног фактора за покриће очекиваних промена код настајања одштетних захтева). Други начин се односи на "прећутну примену конзервативних претпоставки код калкулације ризико премије"[43] (нпр. коришћењем старијих морталитетних таблица). Тако се увећава ризик, премија и коначно потребан додатак за сигурност.

---

[40] Закон о осигурању имовине и лица – Коментар, стр. 90.
[41] Види: Сања Андријашевић, op. cit, стр. 220.
[42] Види: Коментар Закона о осигурању имовине и лица, op. cit, стр. 97.
[43] Види: Огризовић, op. cit, стр. 655.

Фондови (резерве)

Једна од законских обавеза осигуравача који послује по трошковним начелима тржишне економије јесте образовање фондова. То су: почетни фонд сигурности, премије осигурања, техничке резерве, резерве сигурности, математичка резерва, фонд превентиве и др.

Сваки од ових фондова има своју намену и изворе из којих се образује. У стручној литератури ови фондови се најчешће класификују у две веће скупине.

Слободне резерве (нетехничке резерве) које се добијају као разлика збира почетног фонда сигурности, резерви сигурности, задржане добити и добити из текуће године која се расподељује на капитал и резерве с једне стране, и збира губитка из претходне године, сопствених акција и уписаног а неуплаћеног капитала с друге стране. Ова средства служе као гарант солвентности осигуравајућег друштва. Споменимо још и то да ова средства нису везана за специфичне обавезе према осигуранику.[44] Наш законодавац предвиђа да се слободне резерве формирају као разлика између укупних средстава техничких резерви и доспелих обавеза из тих средстава.[45]

Техничке резерве обухватају преносне премије, резервисане штете, резерве за масовне и катастрофалне штете, резерве неистеклог ризика, резерве за изравнање штета и сл. Ове резерве су намењене за покриће обавеза према осигураницима. Важећи закон предвиђа две врсте техничких резерви. Код осигурања живота чине их преносне премије, резервисане штете, резерве за учешће у добити и математичка резерва осигурања живота. Код неживотних осигурања то би биле: преносне премије, резервисане штете и резерве за изравнање ризика. Резерве за учешће у добити представљају новину. Иза овога отвара се пут за злоупотребе. Осигураници, по природи ствари, имају право на добит од пословања осигуравајућег друштва. Није неопходно наглашавати да ће то право имати само уколико прихвате да учествују у ризику депоновања и улагања средстава техничких резерви.[46]

У земљама чланицама ЕУ техничке резерве обухватају: преносне премије (*unearned premium reserves*), резерве за неистекли ризик (*unexpired premium reserves*) као резерве које се користе када због раста штета у једној години или инфлације преносне премије нису довољне за покриће обавеза, резерве штета (*outstanding reserves*), резерве за настале и још непријављене штете (*IBNR reserves*), резерве за катастрофалне штете

[44] Види: Сања Андријашевић, op. cit, стр. 240.
[45] Закон о осигурању (Сл. гласник Републике Србије бр. 55/2004), чл. 113.
[46] Закон о осигурању (Сл. гласник Републике Србије бр. 55/2004), чл. 110.

(*catastrophe reserves*), резерве за изједначавање штета (*claims equalization reserves*).[47]

Висина техничких резерви зависи од величине и структуре портфеља, као и висине будућих обавеза. Добро одмерити величину резерви је важно превасходно из два разлога. Прво, да би се одговорило будућим обавезама и друго, да би се обезбедила усклађеност рокова доспећа између пласираних средстава и обавеза које произилазе из закљученог осигурања.

Преносне премије

Једна од резерви која се образује је и резерва преносних премија.

Истек закљученог уговора о осигурању се, по правилу, не поклапа са календарском годином. Из тог разлога се један део из текуће техничке премије издваја и преноси у наредну годину а назива се *преносна премија.* У употреби је и назив незарађена премија јер је осигуравач заиста није зарадио у текућој години пошто се ризик преноси у наредну годину.[48]

Из годишње премије се издвајају трошкови настали у вези са прибављањем осигурања и део премије намењен за пренос у реосигурање. Ови трошкови не треба да терете преносну премију.

Обрачун преносних премија може се вршити на различите начине. Постоје три основне методе: *pro rata temporis* (према времену трајања осигурања), *40% метода* и *метод двадесетчетвртина.*

Резерве штета

Осигуравач се често сусреће са проблемом нерешених штета. Наиме, неке штете су пријављене али нису исплаћене, док су друге штете настале али нису пријављене (*IBNR - Insured but not reported reserves*). Узроци овога могу бити различити: вођење поступка, нерешена винкулација полисе и сл. Да би се ове обавезе измириле, осигуравач мора да обезбеди резерве за покриће ових штета.[49]

Када је реч о резервама за пријављене а неисплаћене штете, препорука ЕУ је да се обрачунавају индивидуално за сваки појединачни случај. У принципу постоје два метода обрачуна. Један је, као што смо поменули, заснован на индивидуалној процени сваког појединачног случаја посебно. При том, процењена висина штете се умањује за износ ликвидираних штета. Збир тако појединачно утврђених резерви штета представља

[47] Види: Сања Андријашевић, op. cit, стр. 240.
[48] Види: George E. Rejda, Principles of Risk Management and Insurance, eighth edition, Addison Wesley, 2002, p. 557.
[49] Види: George E. Rejda, Principles og Risk Management and Insurance, Addison Wesley, 2002, p. 558.

укупну резерву. Други метод полази опет од појединачног случаја, али подразумева примену корективног фактора. Корективни фактор представља однос између резерве штета у претходном периоду и стварне исплате штете.

Резерве за настале а непријављене штете (IBNR) утврђују се на основу прошлих искустава и вероватноће настанка штетних догађаја. Трошкови ликвидирања штета не терете текућу премију већ су укључени у резерве штета. Штете које носи реосигуравач нису укључене у резерве штета. Обрачун ових резерви врши се у одређеном проценту од одређене основице (фактурисане премије или броја пријављених штета или индивидуално утврђених резерви штета) или пак према броју остварених штета (штете које су пријављене у току године, а које се односе на меродавну премију).[50] Меродавна премија је фактурисана премија у текућој години увећана за преносне премије из претходне године и умањена за преносне премије које се издвајају крајем године за наредну годину, као и део премије за пасивно реосигурање.

Одређивање резерви за настале а непријављене штете на основу процента од одређене основице предвиђа и Тарбелова метода.[51] Основица за обрачун резерви у једној години (нпр. 2004) је укупан износ штета насталих до краја претходне године (2003) а пријављених до године у којој се обрачунава резерва (2004). Овај број се коригује у зависности од: промена броја пријављених штета у текућој години у односу на претходну, кретања просечних трошкова по штети, накнада по штетама које су пријављене у периоду дужем од 12 месеци од дана настанка штете.

Резервисане штете, њихов обрачун и основицу за обрачун предвиђају и интерни акти наших организација за осигурање. Када је реч о пријављеним а неисплаћеним штетама, обрачунавају се тако што се број пријављених штета помножи са просечним износом ликвидираних штета. При том се води рачуна да се посебно образују за животна, а посебно за неживотна осигурања. Обрачун ових резерви може се вршити годишње, а може и за периоде краће од годину дана. Ове резерве се коригују за стопу инфлације[52], а осигуравач их често умањује за камате које ће та средства донети даном њихове исплате.

IBNR се обрачунавају множењем броја насталих а непријављених штета за последње 3 године са просечним износом збира исплаћених и резервисаних пријављених штета за последње 3 године. Недостатак овог метода је у томе што просечан износ исплаћених и резервисаних пријављених штета може да се односи и на неку изузетно велику штету у

[50] Види: Сања Андријашевић, op. cit, стр. 250.
[51] Tarbell, T.F: "Incurred But Not Reported Claim Reserves", Proceedings Casualty Actuarial Society, 1971. Према: Сања Андријашевић, op. cit, стр. 250.
[52] Op. cit., стр. 249.

једној години која даје већи просек, а што у крајњем утиче на реалну величину добити, односно губитка.[53] Друга алтернатива за обрачун је коришћење посебних актуарских метода.

Резерве за масовне и катастрофалне штете

Премда то нов закон не предвиђа, из техничке премије се издваја, између осталог и део за образовање резерви за масовне и катастрофалне штете. Оне спадају у категорију техничких резерви. Тако се третирају у свим земљама[54], па и у земљама ЕУ. Због огромних штета које настају услед природних катастрофа, једно време сматрало се да само држава може да носи терет овако великих ризика. Међутим, данас осигуравачи могу да носе и овакве ризике због повећаног самопридржаја.

Из тог разлога предвиђа се да се један део техничке премије издвоји на име резерви за масовне и катастрофалне штете. У теорији је чак било критика на овај рачун јер се сматрало да осигуравач у ствари нема фонд за масовне и катастрофалне штете. Он само издваја део премије из текуће на име катастрофалних штета што представља приход у следећој години. То би значило да ове резерве у суштини не постоје као посебан фонд и не могу се пласирати у режиму различитом од режима пласмана осталих средстава.[55] Међутим, законодавац је предвиђањем ових резерви настојао да реалније прикаже финансијски резултат.[56]

Заштита од масовних и катастрофалних штета не остварује се само кроз образовање оваквог једног фонда, већ и кроз реосигурање.

На лондонском тржишту, случајеви катастрофалних штета су прецизирани на начин да се недвосмислено схвати шта чини масовну и катастрофалну штету. Као критеријум за дефинисање ових појмова узето је време трајања ових догађаја и географски лимит, односно тзв. "часовне клаузуле".[57]

Начин обрачуна ових резерви регулише се интерним актима организација за осигурање. Према Правилнику о начину утврђивања и резервацији средстава за масовне и катастрофалне штете Компаније Дунав[58] масовне и катастрофалне штете се дефинишу као "неочекивани број штета које услед великог обима (један осигурани ризик се остварује на великом броју предмета, односно лица), односно интензитета деловања

[53] Види: Коментар ЗОИЛ, стр. 149.
[54] Види: Коментар ЗОСОИЛ, стр. 137.
[55] Марин Кружичевић: "Критички осврт на ЗОСОИЛ", Привреда и право, бр. 7-8/1990, стр. 542.
[56] Види: Коментар ЗОСОИЛ, стр. 140.
[57] Op. cit. стр. 138.
[58] Службени лист Компаније Дунав, а.д. бр. 5/2000.

ризика могу довести до појаве изузетно високих износа накнада штета за Компанију." Резервације ових штета врше се у зависности од:

1. пословног резултата,
2. врсте осигурања,
3. величине и структуре портфеља,
4. вишегодишње стопе раста портфеља,
5. висине резерви сигурности,
6. статистичких података и искуства о испољавању ризика,
7. уговореног реосигуравајућег покрића.

Резервација за масовне и катастрофалне штете утврђује се у износу од 5% од износа ликвидираних штета у одређеном обрачунском периоду, по одбитку учешћа саосигуравача и реосигуравача. Овај проценат важи за све врсте осигурања на нивоу Компаније.

Математичка резерва осигурања живота

Опште је познато да је осигурање живота по много чему специфично у односу на осигурање имовине (неживотна осигурања). Једна од тих специфичности је *математичка резерва осигурања живота.* Наиме, осигурање живота је по правилу дугорочан посао. Техничка премија се у осигурању живота састоји од ризико и штедне премије. Висина ризико премије утврђује се у зависности пре свега од старости осигураника. Под претпоставком да се смртни случајеви реализују према динамици која је предвиђена таблицама смртности, ризико (природна) премија би требало да буде довољна за исплату осигураних сума у току једне године. Дакле, овај део техничке премије одговара величини ризика у одређеном временском периоду и служи покрићу ризика у текућој години (просторно изравнање ризика).

Штедна премија служи временском изравнању ризика будући да покрива ризике у наредном годинама, а формира се из вишка преко стварне потребне ризико премије.[59] Ово би значило да би због повећања ризика смрти из године у годину и премија требало да буде виша. Међутим, то се не дешава. Полази се од претпоставке да осигураници у познијим годинама не могу да остваре веће приходе због умањене радне способности и да због тога треба да плате нижу премију. Супротно, у ранијим годинама ризик је мањи, али је већа и радна способност па стога осигураник плаћа већу цену (премију).

Из претходних разлога осигураници плаћају просечне премије. Упросечене премије су веће од оних које одговарају ризику у ранијим

[59] Види: George E. Rejda, Principles of Risk Management and Insurance, Addison Wesley, 2002, p. 561.

годинама, а мање од оних које би се платиле у познијим годинама. Значи, у тим првим годинама осигуравачу остаје вишак који он уноси у пасиву биланса. Тај вишак се зове математичка резерва осигурања живота или премијска резерва.

Да би осигуравач могао да исплати осигурану суму у годинама када је просечна премија мања од оне која одговара стварној цени ризика (у познијим годинама ризик је већи па би и цена требало да буде већа) из штедне премије се образује математичка резерва осигурања живота. Произилази да пошто је ризико премија довољна за покриће ризика у текућој години, а штедна служи за формирање математичке резерве то значи да осигуравач не носи цео ризик осигуране суме на коју је осигурање закључено, већ само на разлику између осигуране суме и штедне премије. Ова разлика се назива ризико осигурани капитал.

Да нагласимо још да средства математичке резерве осигуравајуће друштво не сме да третира као свој приход, већ је дужно да ову резерву користи само за исплату осигураних сума у годинама када уплате нису довољне за подмирење тих потреба.[60] Да би спречио изношење девизних средстава, наш законодавац не дозвољава код закључења реосигурања живота, изношење математичке резерве (штедне премије). То је старо правило још из 1934. према решењу Министарства за финансије, а које је присутно и у међународној пракси реосигурања.[61]

Овде треба указати и на основну разлику између математичке резерве осигуравајућих друштава и резерви које се формирају у индустријским и трговачким предузећима. Када је реч о резервама трговачких и индустријских предузећа, по правилу, оне се формирају из неутрошене (нераспоређене) добити и користе се за повећање финансијске сигурности, јачање економских позиција и избегавање као и "одбрану" од негативних трендова у привреди (висока инфлација, рецесија). С друге стране, математичка резерва није део чистог добитка, већ представља део средстава примљених од осигураника који служи искључиво за испуњавање обавеза према осигураним лицима и корисницима осигурања.

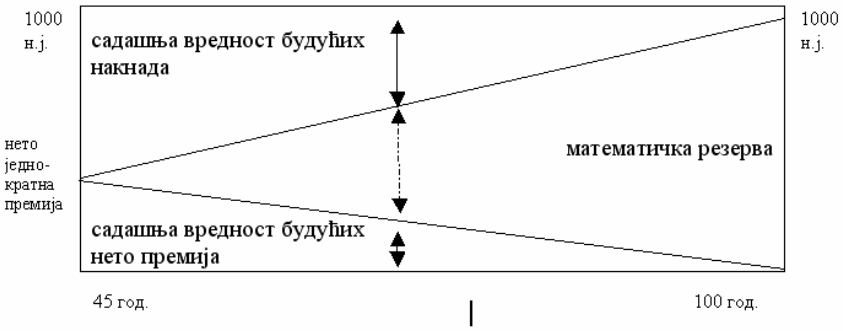
Због значаја који имају, средства математичке резерве се воде на посебном рачуну и не смеју се користити за покривање обавеза из других врста осигурања, односно реосигурања нити могу бити предмет принудне наплате (чл. 51. Закона о осигурању имовине и лица). Математичка резерва се израчунава и исказује у пословним књигама на крају сваке календарске године за сваку врсту осигурања живота посебно (чл. 56. ЗОИЛ-а) применом правила актуарске математике. По новом закону о

[60] Види: др Рајко Лалевић, Финансијска и актуарска математика, Београд, 1975.
[61] R. L. Carter: "Reinsurance", Brentford, 1983, стр. 483-485. Према: Коментар ЗОИЛ, стр. 114.

осигурању (чл. 111), математичка резерва осигурања живота се израчунава посебно за сваки уговор о осигурању живота.

Код осигурања од последица несрећног случаја математичка резерва се не формира. По правилу, она захтева дугорочност. Образује се код осигурања закључених на цео живот. Једна од основних функција математичке резерве је та што служи као основа за обрачун откупне вредности полисе и предујма. Обрачунава се на различите начине.

*Проспективна метода*_обрачуна математичке резерве подразумева да се обрачун врши као разлика између садашње вредности будућих обавеза осигуравача дисконтованих на дан обрачуна и садашње вредности будућих обавеза осигураника дисконтованих на дан обрачуна резерве.[62] Другачије речено, добија се као разлика између осигуране суме и будућих годишњих премија.



Извор: George E. Rejda, Principles of Risk Management and Insurance, eighth edition, Addison Wesley, 2002., p. 562.

Нето једнократна премија је једнака садашњој вредности будућих накнада. Временом се она повећава јер је време доспећа обавезе све ближе, а садашња вредност будућих нето премија опада јер су износи премије које још треба платити све мањи.

*Ретроспективна метода*_подразумева обрачун математичке резерве као разлике између износа примљених премија и износа исплаћеног на име осигураних сума по вредности у време процене математичке резерве.[63] Дакле, математичка резерва је разлика збира свих укапиталисаних уплата и укапиталисаних исплата од дана закључења осигурања до дана када се образује премијска (математичка) резерва. Ова метода се користи

[62] Садашња вредност будућих обавеза (S) добиће се када се тај износ помножи са дисконтним фактором. $S*1/(1+i)^n$. Види: James C. Van Horne, John M. Wachowicz, Jr., Основе финансијског менаџмента, Мате, Загреб, 2000, стр. 44.
[63] Види: Коментар ЗОИЛ, стр. 98.

најчешће за: обично осигурање за случај смрти уз доживотно плаћање или привремено плаћање премије, мешовито и осигурање за случај доживљења.

У много широј употреби је проспективна метода. Она је простија за коришћење. Предност јој је и то што узима у обзир очекивања у погледу временске вредности новца.

Када говоримо о методама обрачуна, треба указати на то да за разлику од нето метода, бруто методе обрачуна премијске резерве воде рачуна о трошковима спровођења осигурања (аквизиција, инкасо и административни трошкови). Код нето метода, уколико додатак на премију за трошкове (режијски додатак) није довољан за покриће трошкова онда осигуравач те трошкове покрива из осталих прихода. Покриће се из добити, што иде на штету акционара и оних осигураника који учествују у добити. Наиме, трошкови спровођења дугорочних осигурања су највиши у прве 2-3 године[64] (аквизициони трошкови). После њиховог подмирења остају једино инкасо и административни трошкови.

Бруто метод, поред камате и таблица смртности као техничких основа нето метода укључује и трећу основицу - трошкове. Трошкови постоје и плаћају се за све време плаћања премије. Аквизициони трошкови могу бити веома високи што доводи у незгодан положај новооснована друштва и стара која приступају брзој експанзији осигурања живота. Зато је бруто метод од великог значаја за њих јер обезбеђује покриће ових трошкова. Они се одузимају од математичке резерве.

Правилник "Дунава" предвиђа обе методе, док ЗОИЛ само проспективну што је недостатак јер не води рачуна о новооснованим друштвима и старим код којих постоји брза експанзија осигурања живота.

Важно је указати на то и да математичка резерва није исто што и вредност полисе из простог разлога што се математичка резерва мора умањити за износ трошкова (садашњу вредност недоспелог дела премије који служи покрићу свих трошкова) па се тако умањена вредност назива *откупна.*[65]

На постојању математичке резерве се заснива право осигураника на откуп и предујам.[66] Право на откуп припада осигуранику ако је платио најмање три годишње премије осигурања јер се сматра да ће се у овом периоду накупити довољно средстава за исплату исте и подмирење трошкова осигуравача. Вредност откупа је, као што смо поменули, нешто нижа од математичке резерве за износ трошкова, а по некима не само трошкова прибављања и осталих трошкова који произилазе из осигурања,

[64] Види: Сања Андријашевић, op. cit, стр. 245.
[65] Ibidem.
[66] Види: Коментар Закона о облигационим односима, стр. 1560-1563.

већ и трошкова на име штете коју осигуравач трпи због одласка најбољих ризика.[67] Поред висине математичке резерве, на откупну вредност утиче и висина осигуране суме, врста осигурања живота, приступна доб осигураника и дужина уговореног трајања осигурања. Право откупа је лично право уговарача осигурања, али изузетно то право припада и заложном повериоцу уколико његово потраживање није о доспелости намирено. Корисник осигурања може да се користи правом откупа само ако је његово одређивање неопозиво.

Разлог за откуп могу бити неке ванредне околности на страни осигураника. Врло често то могу бити тешкоће економске природе (нпр. смањење његових прихода). Код осигуравача бројни откупи могу пореметити равнотежу осигуравајућег фонда и довести до антиселекције ризика, односно могу утицати на смањење стабилности портфеља осигурања. Једино откуп код осигурања са малим осигураним сумама и премијама може имати значаја за осигуравача јер се он тако ослобађа малих осигурања "која за њега представљају баласт, а то опет придоноси стабилизацији портфеља."[68] Код осигурања са високим осигураним сумама и премијама осигурања до тога врло ретко долази.

Када је реч о предујму, осигуравач је у обавези да исплати откупну вредност само уколико уговарач осигурања не врати предујам.

Исплата математичке резерве предвиђа се и у случају самоубиства осигураника, намерног убиства и смрти услед ратних операција под условом да је осигурање трајало довољно да се накупи математичка резерва.[69] Ова резерва се исплаћује, по нашем праву кориснику, а по француском уговарачу осигурања. Такође, уколико уговарач осигурања престане са уплатом премија, осигуравач ће му исплатити математичку резерву. Наиме, неиспуњење уговорне обавезе једне стране код осигурања живота не представља разлог за раскид уговора као што је иначе правило. У оваквом случају долази само до редуковања (смањења) осигуране суме. Уколико су средства прикупљена довољна за исплату математичке резерве, осигуравач ће је исплатити. У супротном, ако је премала неће ништа исплатити због трошкова које треба покрити. Да би се ово правило остварило, неопходно је да осигуравач претходно позове уговарача осигурања да плати премију. Ако он то не учини у року од месец дана, осигурана сума се редукује до износа откупне вредности.

---

[67] L. Sicot - H. Marget, "Preesic de la Loi sur le contrat d`assurances, 1962. Према: Коментар Закона о облигационим односима, стр. 1561.

[68] П. Топић и Б. Шкандро: "Откуп код осигурања живота", Осигурање и привреда, бр. 10/1963, стр. 21.

[69] Види: Закон о облигационим односима, чл. 950. и 952.

Пажњу математичкој резерви осигурања живота придаје и најновија Директива ЕУ о осигурању живота из 2002.[70] која замењује све претходне донете у овој области. Приликом њеног обрачунавања узимају се у обзир трошкови, провизија уз увећање за премију која доспева у будућности. Ако је дозвољен откуп, износ математичке резерве по уговору мора бити најмање као и откупна вредност полисе у време откупа.

Резерве сигурности

Ради трајног обезбеђења извршавања обавеза према осигураницима ЗОИЛ је предвиђао, поред почетног фонда сигурности који се мора обезбедити приликом оснивања осигуравајућег друштва, и резерве сигурности.

Другачије речено, резерве сигурности се појављују као гарант солвентности осигуравајућег друштва. Образују се из техничког вишка (када су штете мање од очекиваних), камате на пласирана средства, смањених трошкова. За разлику од почетног фонда чија средства обезбеђују оснивачи куповином акција (својим улозима), резерве сигурности се образују из премија осигураника.

Резерве сигурности су у функцији покривања обавеза осигуравача када су стварне штете веће од очекиваних. Оне обухватају: почетни фонд сигурности, математичку резерву осигурања живота и техничке резерве (преносне премије, резерве штета, резерве за масовне и катастрофалне штете).[71] У осигурању живота резерве сигурности се састоје од почетног фонда, гарантне резерве у висини од 3% математичке резерве код осигурања код којих се математичка резерва формира, а код осталих код којих се не формира математичка резерва 5% бруто премије осигурања умањене за учешће саосигурања и реосигурања.

Основна разлика између резерви сигурности и математичке резерве је у томе што прве служе обезбеђењу за случај неповољних одступања, а математичка резерва је предвиђена за покриће нормалних и очекиваних догађаја.

Висина резерви сигурности зависи од структуре портфеља осигурања и стабилности тог портфеља.[72] Уколико су у портфељу осигуравајуће организације осигуране суме уједначене, потреба за резервама сигурности се смањује, па тако и релативан однос између резерви и премија.

---

[70] Official Journal of the European Communities 19.12.2002.

[71] Више о томе: мр Јован Рашета, Резерве сигурности у осигурању, Финансије, бр. 5-6/1997, стр. 414.

[72] Op. cit. 415.

Максимална резерва сигурности се добија као разлика између највеће суме осигурања која се губи настанком осигураних случајева и математичког очекивања губитка суме осигурања (ризико премија).[73]

Интересантан је податак да без обзира на обавезу из до скоро важећег ЗОИЛ у чл. 49. о образовању резерве сигурности у износу од 50% од бруто премије остварене у задње две године, рачунајући и годину у којој се врши распоређивање остварене добити, фактичко стање је другачије. Ниједна осигуравајућа кућа није имала предвиђену висину ових резерви. Према подацима из 1998. она износи тек 3,62% остварене бруто премије, односно 7,54% ако се рачуна и резерва на терет расхода.[74] Поводом овога у пракси је било много дилема у смислу да ли су одредбе чл. 49. ЗОИЛ императивног или циљног карактера из чега даље произилази висина ових резерви.

Једно је сасвим сигурно тачно, а то је да држање сувише великих резерви значи нерентабилно пословати, неостваривати камату као приход од пласмана што може довести до финансијске несигурности осигуравајућег друштва. С друге стране, сигурно извршавање обавеза према осигураницима не обезбеђује се само преко резерви сигурности већ и преко установе саосигурања и реосигурања. Осигуравач превише ризикује уколико не води рачуна о сигурности и стабилности свог пословања и ако су му резерве испод дозвољеног минимума.

Веће резерве сигурности повећавају солвентност, али и самопридржај осигуравача што утиче на смањење одлива премија за реосигурање.

Резерве за изравнање ризика су категорија коју нов закон везује само за неживотна осигурања.

Допринос за превентиву

Један од елемената функционалне премије представља и допринос за превентиву.

У циљу обезбеђења несметаног одвијања репродукционог процеса развоја привреде, спречавања уништавања материјалних добара, средстава за производњу и стварања услова за повећање националног дохотка произилази потреба за превентивним мерама. Штете које настају не морају бити само директне (нпр. уништење машина) већ и индиректне (незапосленост, застој у производњи) што може имати далекосежне последице. Превентиву управо оправдавају економски разлози. Трошкови

[73] Op. cit. 418.

[74] Средства резерве сигурности организација за осигурање, Привредник, бр. 83/2000, стр. 39.

превентивних мера су по правилу нижи од оних који би били потребни за поправку оштећених објеката, односно изградњу нових.[75]

Произилази да је добро вођена превентивна политика у спрези са остваривањем већег профита (добити) осигуравача. Ако штете буду мањег интензитета или их не буде, биће и мања обавеза осигуравача. Како се увећавају трошкови осигурања па тако и цена осигурања ако се не спроводи ефикасна пословна политика, најбоље илуструје следећи податак. "За сваких 10 фунти које се потроше на планирање превентивних мера у фази модификације, потрошиће се 1000 фунти ако се исте мере превентиве спроведу после изградње постројења. Ако се пак те мере не спроведу у наведеним фазама, после евентуалног настанка штетног догађаја само за рашчишћавање би се потрошило 20000 фунти."[76]

Форсирање осигураника да се ангажује око спречавања и ублажавања штетних последица одражава се и на премије које се плаћају. Мањи обим штета у претходној години осигурања може довести и до извесних попуста, односно бонификација у години која следи. У супротном, уколико осигураник не предузима мере за ублажавање или спречавање штетних догађаја, његово понашање ће бити санкционисано кроз доплатке на премију. Економски подстицаји за ангажовање на превентивним мерама могу имати и следеће модалитете: ослобођење од пореза или његово смањење, одобравање кредита и сл. Франшизе такође представљају начин подстицања осигураника за предузимање превентивних мера јер снижавају премију.

За спровођење превентивних мера предвиђају се извесни бонуси, односно попусти. Уколико до штета не дође, део уплаћених средстава, после издвајања резерви, трошкова и добити, може да се врати осигуранику или да се користи као премија за обнову осигурања.

Коришћење средстава фонда превентиве треба да буде наменско. Ова средства се могу одобрити као кредити преко пословних банака. Правилником о превентиви, као интерном акту осигуравајућих друштава, предвиђају се рокови враћања и каматна стопа. Изузетно, ова средства се могу одобрити бесповратно (научно-истраживачки рад, набавка опреме, обука кадрова, стручна литература) и то највише до 20% годишње премије. О коришћењу средстава фонда превентиве мора се сачинити посебан уговор.[77]

Фонд превентиве, сходно Правилнику, образује се из средстава премије осигурања, добити друштва, камате на пласирана и депонована средства фонда превентиве.

---

[75] Види: Божо Пуховски, Превентива у осигурању, Осигурање и привреда, бр. 1-2/64, стр. 3.
[76] "Enlightened self - interest", Post Magazine, br. 35/88, стр. 12.
[77] Чл. 19. Правилника о превентиви (Сл. лист Компаније Дунав бр. 2/1991)

Средства овог фонда служе и за покриће губитака осигуравајућег друштва.

У теорији осигурања је спорно да ли издвајање овог дела техничке премије представља обавезу за осигуравача или он о томе може сам да одлучи.

Против обавезног карактера доприноса за превентиву истиче се да он није компатибилан са тржишном привредом и да се превентивна функција остварује кроз пласман техничких резерви.[78]

Режијски додатак

Други део бруто премије, режијски додатак, намењен је покрићу трошкова. Трошкови се у осигурању, као што је то и уобичајено, могу поделити на фиксне и варијабилне (зависе од обима посла и величине премије).

Код тек основаних осигуравајућих друштава трошкови су веома високи. Осигуравајућа друштва са мањим бројем осигурања имају сразмерно премији веће трошкове него друштва са већим бројем осигурања. У прве три године од оснивања, осигуравајућа друштва послују са губитком.

Трошкови су онај део цене осигурања преко којих се остварује конкурентност на тржишту осигурања. Они се могу смањивати. Међутим, снижавање дела премије који служи покрићу ризика није дозвољено и представља акт нелојалне конкуренције.

Уобичајена подела трошкова у осигурању изгледа овако[79]:

1. "α" трошкови (аквизициони). То су једнократни трошкови прибављања осигурања као што су: провизије агената, трошкови лекарског прегледа, реклама, пропаганда, трошкови издавања полисе. Они су пропорционални величини осигуране своте и надокнађују се у првој години трајања осигурања. Код неких врста осигурања, као нпр. осигурање робе у транспорту ови трошкови су већи од премије која се наплаћује.

2. "β" трошкови (инкасо). То су трошкови који настају наплатом премије. Пропорционални су бруто премији и надокнађују се током трајања осигурања.

[78] Види: Јоже Бонцељ, Средства осигурања, реферат за Комисију Савезне скупштине за ревизију закона из области имовинских осигурања, маја 1970. (необјављено). Према: Предраг Ж. Шулејић, Право осигурања, Мисао, Нови Сад, 1992. стр. 95.

[79] Реч је о класификацији која се користи у Немачкој.

3. "γ" трошкови (управни или административни). Пропорционални су осигураној суми а плаћају се све време трајања осигурања. Односе се на: плате радника, телефон, грејање, осветљење.

У Великој Британији је присутна нешто другачија подела ових трошкова. Тако, постоје[80]:

1. почетни трошкови (трошкови приликом склапања уговора). Покривају се у одређеном проценту од прве премије.

2. Трошкови обнове осигурања (јављају се током целог периода трајања осигурања). Ови трошкови се покривају из сваке следеће премије која се наплати.

3. Трошкови у вези са исплатом осигуране суме. Висина ових трошкова утврђује се коначно у тренутку исплате накнада, односно осигураних свота и зависе од висине накнаде, односно осигуране суме.

Класификација ових трошкова у САД изгледа овако[81]:

1. *production expenses* (трошкови који настају пре издавања полисе - штампање полисе, лекарски преглед),

2. *distribution expenses* (провизије, пропаганда),

3. *maintenance expenses* (трошкови након издавања полисе - обнова осигурања, трошкови убирања премије).

У економији је уобичајена подела трошкова на варијабилне и фиксне. Варијабилни трошкови зависе од обима производње, а фиксни не. Подела је релевантна само са гледишта кратког рока, док су дугорочно сви трошкови варијабилни. У осигурању се одштете, односно осигуране суме код осигурања живота и провизије третирају као варијабилни трошак. Трошкови плата, пореза и закупнина представљају фиксне трошкове. Са повећањем обима производње фиксни трошкови опадају. Ови трошкови постоје чак и кад се производња потпуно обустави.[82] 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 промена у укупним трошковима производње и маркетинга додајне јединице производа.[83] То су трошкови задње произведене јединице. Тачка у којој се секу маргинални и

[80] Види: Сања Андријашевић, op. cit, стр. 225.
[81] Ibidem.
[82] Види: Радослав Сенић, Маркетинг менаџмент, Призма, Крагујевац, 2000, III издање, стр. 451.
[83] Op. cit, стр. 452.

просечни укупни трошкови представља тачку најнижих трошкова.[84] У тој тачки се остварује оптимални ниво производње. После тога, производња сваке додајне јединице производа (услуге) увећава просечне укупне трошкове. Разлог томе је што брже расту просечни варијабилни трошкови него просечни фиксни трошкови.

Уобичајено понашање трошкова приказано је на графицима који следе.[85] Први график показује понашање трошкова у маси, а други по јединици производа (услуге).

Tu - укупни трошкови
Tv - варијабилни трошкови
Tm - маргинални трошкови
Tf - фиксни трошкови
O - обим производње

P1,2,3 - преломне тачке у динамици трошкова
tp - просечни трошкови по јединици
tv - варијабилни трошкови
tm - маргинални трошкови
tf - фиксни трошкови

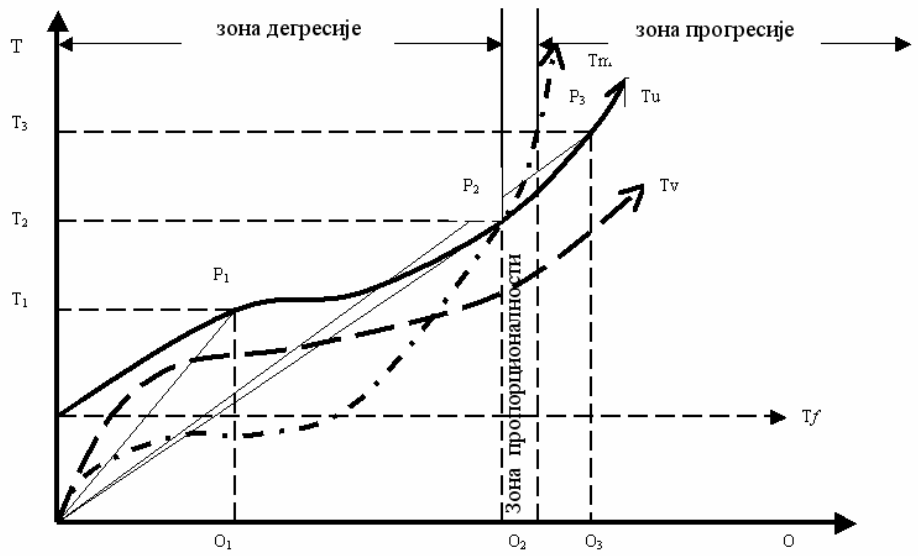


График 1

[84] Види: E. Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschafslehre, 1. band, Die Produktion, Berlin-Heidelberg-New York, 1971, стр. 344. Према: др Војислав Коларић, Теорије динамике трошкова, Рад, Београд, 1975, стр. 166.
[85] Op. cit. стр. 190.

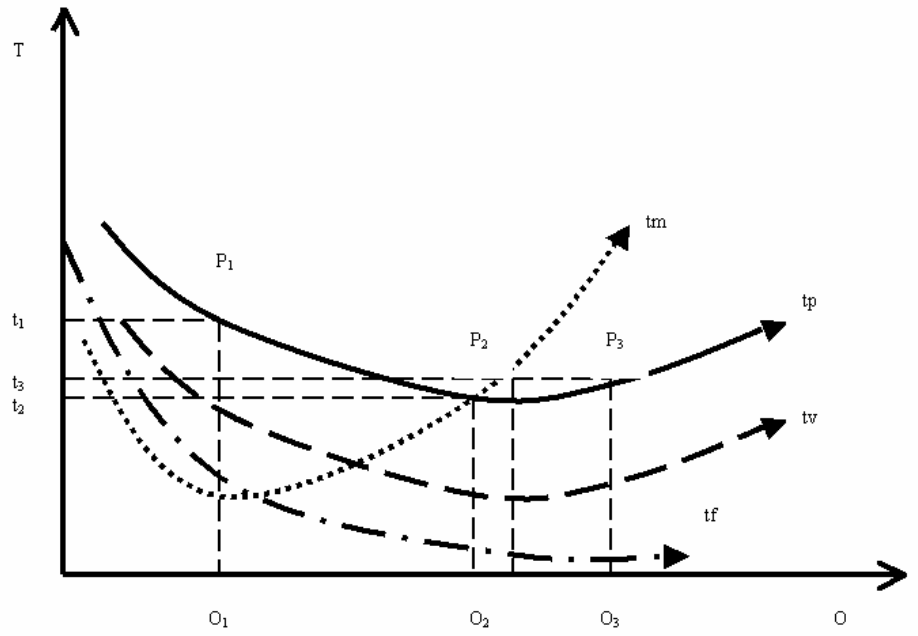


График 2

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 укупним трошковима.[86] 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. 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. 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 то треба да буде сигнал осигуравајућем друштву да предузме мере ка рационалнијем и јефтинијем пословању. Суштина рационалисања са трошковима је снижавање цене, односно у нашем случају премије осигурања. У зависности од односа трошкова према *outputu* (премији или броју полиса) осигуравајуће друштво ће дефинисати своју пословну политику, приступити закључењу нових осигурања, преузети нове ризике и сл.

[86] Види: Цитирани Огризовић, стр. 660.

Уколико са повећањем обима производње трошкови падају говоримо о *економији обима.* У осигурању, она произилази из закона великих бројева. С друге стране ако су трошкови "производње" *outputa* нижи када "производњу" организује један осигуравач него два или више, реч је о *економији заједничке производње у осигурању.*[87] Ово значи да они субјекти који производе различите производе имају предност у погледу трошкова у односу на субјекте који производе само један. Економија заједничке производње у осигурању се манифестује када више производа користи исту дистрибутивну мрежу.

На крају остаје да кажемо следеће. Трошкови представљају доњу границу висине цена. Та граница може да иде и ниже ако је држава спремна да финансира разлику. Горњу границу, бар теоретски, представља спремност потрошача (корисника услуге) да плати производ (услугу), односно његова куповна моћ. Међутим, у осигурању цена није флексибилна па је њена висина независна од платежне способности.

О односу трошкова и величине осигуравача не само што нема довољно података, већ и они који постоје су недовољно поуздани. Претпоставља се да се трошкови не мењају пропорционално са растом величине осигуравача. Напротив, смањују се са растом осигуравача.[88] Проблем за истраживање економије обима и економије заједничке производње односи се и на то шта узети као меру *output*-а.

Формирање цена испод нивоа који покрива трошкове могуће је једино краткорочно. Дугорочно, то би значио губитак за друштво. Основно је правило да цене дугорочно осцилирају око својих трошкова.

Закључак

Образовање цена представља комплексан задатак сваког привредног субјекта који се бави производном (услужном) делатношћу. Приликом њеног образовања тешко је помирити захтеве осигуравача као привредног субјекта, друштва (економије) и појединца са становишта оптималности. Ниво цена са њихових аспеката оптималности може бити различит.

Свака цена, па и цена осигурања, функција је оскудности и информисаности. Боља информисаност осигуравача утицаће на прецизније одређивање цена, мању вероватноћу грешака и сл.

Цена осигурања је са становишта осигураника јединствена категорија, али са становишта осигуравача има тачно утврђену структуру. С друге стране, сваки од елемената премије има своју намену. Премија је извор за образовање разноврсних фондова осигуравача о чему се мора посебно

[87] Види: Сања Андријашевић, op. cit, стр. 234.
[88] Види: Сања Андријашевић, op. cit, стр. 235.

водити рачуна јер су они гарант, односно "крајњи амортизер" солвентности осигуравача.

Посебно место међу овим фондовима припада математичкој резерви осигурања живота. Њена улога у осигурању живота је вишеструка.

Фондови у осигурању представљају важан извор инвестиција, што осигуравачу пружа могућност да оствари приносе од улагања, а привреди обезбеђује раст и развој. Тако осигурање служи преусмеравању средстава од потрошње ка штедњи и инвестицијама.

Зато је за осигуравача важно да води такву ценовну политику која ће успети да одговори захтевима на микро и макро нивоу.

Jasmina Labudović, an assistant beginner

CONCEPT, ELEMENTS AND DISTRIBUTION OF PREMIUM AS THE PRICE OF INSURANCE

Establishing of the insurance price represents a complex task for all firms in production or service businesses since it is difficult to match all the requirements coming from insurance companies, social (economic) community and the individuals and reach an optimal balance. They all have different stands related to the aspect of optimality.

Each price, including the price of insurance, depends on the lack or abundance of information. If an insurer is well-informed, he will be able to determine the price more precisely, that is, there is a small possibility of making an error.

The price of insurance is a unique category for a beneficiary, however, for an insurer its structure is precisely established. On the other hand, each of the premium elements has its particular purpose. The premium is a source of different funds established by an insurer, and they are of particular importance since they represent an assurance, that is a final "buffer" of the insurer's solvency.

Among these funds, a special place is given to, so called, "mathematical reserve" of life insurance. It plays a multiple role in life insurance.

The insurance funds represent an important source of investments which allow the insurer to gain investment profits and enable economic growth and development. Such insurance serves to redirect the means from spending to saving and investing.

Hence, it is very important for the insurer to adopt the price policy which will meet the requirements of both micro and macro economy.

Одељак VI

ОСТВАРИВАЊЕ СЛОБОДА УДРУЖИВАЊА ГРАЂАНА

Др Ненад Ђурђевић,
редовни професор

***UDK**: 342.727/.728(094.5)*

МОДЕЛ ЗАКОНА О УДРУЖЕЊИМА

Устав Републике Србије и Повеља о људским и мањинским правима Државне заједница Србија и Црна Гора гарантују грађанима слободу удруживања. Начин остваривања те слободе уређен је у Републици Србији Законом о друштвеним организацијама и удружењима грађана. Наведени закон донет је 1982. године у складу са уставним уређењем тадашње Социјалистичке Републике Србије. Закон је у више наврата новелиран, с тим што последње измене и допуне датирају из 1989. године, након чега су мењани само новчани износи у казненим одредбама. Његова решења су у највећем делу у несагласности са важећим уставно-правним поретком Републике Србије, али и са одредбама Европске конвенције о људским правима и основним слободама и Уставном повељом Државне заједнице Србија и Црна Гора. Иако је Влада Републике Србије још децембра месеца 2001. године утврдила Предлог закона о удружењима, до жељених промена није дошло. Након републичких избора с краја 2003. године тај Предлог је повучен из скупштинске процедуре, а нови текст предлога закона још није сачињен. Средином 2004. године у оквиру Министарства за државну управу припремљена је радна верзија новог закона о удружењима, али до тренутка писања овог рада (почетак октобра) није преточена у нацрт закона који би био упућен у процедуру Владе за утврђивања предлога закона. Како је аутор овог рада био главни координатор радне групе која је стручно припремила Предлог из 2001. године и припремио радну верзију закона из 2004. године, у раду је дат текст Модела закона о удружењима који одражава гледиште аутора у погледу питања законског уређења слободе грађана на удруживање. У датом Моделу закона о удружењима узета су у обзир различита гледишта која су се последњих година јавила по том питању у домаћој стручној јавности и из реда представника невладиних организација, као и сугестије ОЕБС-а и Савета Европе дате при припреми Предлога из 2001. године. У обзир су, такође, узета и решења из новијих европских закона о удружењима, посебно аустријског Закона о удружењима из 2002. године, као и Основни принципи статуса невладиних организација у Европи из 2002. године (Савет Европе). Како се предвиђа могућност да удружење

непосредно обавља и привредне делатности, без уписа у регистар привредних субјеката, у датом Моделу је посебно посвећена пажња уношењу оних одредби које би требале да, с једне стране, очувају правну сигурност у правном промету, а да, с друге стране, спрече могуће злоупотребе коришћења правне форме удружења за остваривање циљева који су супротни самом смислу постојања удружења (грађана).

СТРУКТУРА ЗАКОНА

I. ОСНОВНЕ ОДРЕДБЕ
II. ОСНИВАЊЕ И НАЗИВ
III. ЧЛАНСТВО И ОРГАНИ
IV. УПИС У РЕГИСТАР
V. ИМОВИНА И ОБАВЉАЊЕ АКТИВНОСТИ
VI. СТАТУСНЕ ПРОМЕНЕ И ПРОМЕНЕ ПРАВНОГ ОБЛИКА
VII. ПРЕСТАНАК
VIII. УДРУЖЕЊА ОД ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА
IX. СТРАНА УДРУЖЕЊА
X. НАДЗОР
XI. КАЗНЕНЕ ОДРЕДБЕ
XII. ПРЕЛАЗНЕ И ЗАВРШНЕ ОДРЕДБЕ

I. ОСНОВНЕ ОДРЕДБЕ

Члан 1.

Овим законом уређују се оснивање и правни положај удружења, упис и брисање из регистра, чланство и органи, статусне промене и престанак рада, као и друга питања значајна за рад удружења.

Члан 2.

Удружење, у смислу овог закона, јесте добровољна и невладина непрофитна организација заснована на слободи удруживања више физичких или правних лица, основана ради остваривања и унапређивања одређеног културног, хуманитарног, информацијског, еколошког, спортског, струковног, професионалног, социјалног, научног, образовног, здравственог, истраживачког, развојног, филантропског и другог заједничког или јавног, односно општег циља и интереса.

Одредбе овог закона не примењују се на политичке странке, пословна удружења и удружења организована ради бављења привредним и другим делатностима у циљу стицања добити, верске заједнице и спонтана привремена повезивања више лица, ако законом није друкчије одређено.

На међусобна права и обавезе чланова удружења која немају статус правног лица и однос према трећим лицима сходно се примењују прописи, односно правна правила о ортаклуку.

На удружења чији је рад уређен посебним законом примењују се одредбе овог закона у питањима која нису уређена тим законом.

Члан 3.

Удружење се оснива и организује слободно и самостално је у остваривању својих циљева.

Циљеви и деловање удружења не могу бити усмерени на насилно мењање уставног поретка, нарушавање територијалне целокупности Републике Србије и Државне заједнице Србија и Црна Гора, кршење уставом зајемчених слобода и права човека и грађанина, изазивање и подстицање националне, расне и верске нетрпељивости и мржње.

Члан 4.

Удружење стиче статус правног лица даном уписа у регистар.

Удружење је правно лице приватног права.

Упис у регистар удружења је добровољан.

Члан 5.

Удружење се оснива на неодређено или одређено време.

Ако у акту о оснивању није друкчије одређено, сматра се да је удружење основано на неодређено време.

Члан 6.

Удружење се може повезивати и учлањавати у асоцијације удружења и других лица (савези, друштва, федерације, конфедерације, покрети и сл.), у земљи и иностранству.

На асоцијације из става 1. овог члана сходно се примењују одредбе овог закона.

Део удружења (секција, група, клуб, огранак, подружница и др.) може имати својство правног лица ако је то предвиђено статутом удружења.

Међусобна права и обавезе чланова асоцијације и саме асоцијације, односно дела удружења и самог удружења, укључујући и право управљања, уређују се статутом асоцијације, односно удружења.

Члан 7.

Удружење се може сјединити са другим удружењем или поделити на више њих, у складу са овим законом.

Удружење може променити правни облик у акционарско друштво, у складу са овим законом.

Члан 8.

Удружење се може слободно бавити истраживањима, едукацијом, публиковањем, критиком или пропагирањем поводом сваке, укључујући и политичке, теме од јавног интереса.

Удружење не може прикупљати средства за политичке странке, коалиције и њихове кандидате или финансирати њихов рад.

Члан 9.

Удружење остварује активности у складу са законом, статутом и другим својим општим актима, и правилима асоцијације чији је члан.

Део удружења са својством правног лица обавља активности у складу са статутом удружења.

Рад удружења је јаван.

Члан 10.

Удружење може стећи статус удружења од јавног интереса, у складу са овим законом.

II. ОСНИВАЊЕ И НАЗИВ

Члан 11.

Удружење могу основати правна лица и пословно способно физичка лица.

Малолетно лице са навршених 14 година живота може бити оснивач удружења уз писмену сагласност његовог законског заступника у складу са законом.

Удружење може основати и једно правно лице.

Члан 12.

Удружење се оснива усвајањем и потписивањем оснивачког акта и статута.

Оснивачки акт удружења има форму уговора о оснивању и сачињава се у писменој форми.

Оснивачки акт садржи: лична имена односно називе оснивача и њихове адресе односно седишта; сагласност о оснивању удружења и прихватању статута удружења; именовање лица овлашћеног за заступање удружења; одлуку да се удружење упише или не упише у надлежни регистар, потписе оснивача; датум усвајања.

Статут је саставни део оснивачког акта.

Оснивачки акт удружења може утврдити забрану промене циљева, назива или седишта удружења.

Правно лице као оснивач потписује се тако што његов законски заступник уз назив правног лица додаје свој потпис и печат правног лица.

Члан 13.

Општи акти удружења су: статут, правилник и одлука којом се на општи начин уређују одређена питања.

Статут је основни општи акт удружења.

Статутом се обавезно уређује: назив и седиште удружења; циљеви, област и садржај активности на остваривању циљева; органи, њихова овлашћења, начин избора и опозива, трајање мандата и начин одлучивања; начин учествовања у раду удружења и доношењу одлука органа удружења од стране дела удружења са статусом правног лица; поступак за измене и допуне статута; заступање удружења; остваривање јавности рада; услови и начин учлањивања и престанка чланства; права, обавезе и одговорност чланова, посебно малолетних лица; начин стицања средстава за остваривање циљева и располагање средствима; начин одлучивања о удруживању у асоцијације; начин одлучивања о статусним променама; поступање са имовином удружења у случају престанка рада; начин на који скупштина одобрава финансијске и друге извештаје; друга питања утврђена законом.

Сваки члан удружења има право да добије примерак статута удружења.

Други општи акти удружења морају бити у сагласности са статутом.

Појединачни акти које доносе органи и овлашћена лица у удружењу морају бити у складу с општим актом удружења.

Члан 14.

Одредбе општег акта удружења које су супротне закону и одредбе другог општег акта удружења које су супротне статуту, ништаве су.

Ако општи акт удружења садржи одредбе које су незаконите, или су одредбе другог општег акта удружења супротне статуту удружења, било који члан удружења, орган удружења, орган надлежан за вршење надзора над радом удружења или министарство надлежно за област у којој се остварују основни циљеви удружења може подићи тужбу за утврђивање њихове ништавости.

На утврђивање ништавост из става 2. овог члана сходно се примењују одредбе закона којим се регулишу облигациони односи везане за ништавост правних послова.

Утврђивање ништавости нема правно дејство на правне послове удружења с трећим савесним лицима.

Надлежни суд доставља регистарском органу без одлагања правоснажну одлуку о ништавости одредбе статута. Ако су на основу ништаве одредбе статута извршени одређени уписи у регистар, регистарски орган ће извршити брисање одговарајућих података из регистра.

Удружење је обавезно да у року од 30 дана од дана уручења правоснажне одлуке о утврђивању ништавости донесе одлуку о одговарајућим изменама статута и у законском року поднесе пријаву за упис у регистар.

Одредбе ст. 4 - 6. овог члана сходно се примењују и у случајевима из чл. 27. овог закона.

Члан 15.

За обавезе везане за оснивање и обављање активности удружења које оснивачи преузму за удружење до дана уписа у регистар, одговарају оснивачи удружења солидарно, с тим да удружење од тренутка уписа у регистар преузима те обавезе без сагласности поверилаца или органа удружења.

Члан 16.

Удружење има назив и седиште.

Назив удружења мора бити на српском језику односно српском језику и језицима који су у службеној употреби на територији на којој се налази његово седиште.

Назив удружења може бити и на једном страном језику или више њих, ако је то предвиђено статутом. Назив на страном језику се уписује у регистар и исписује после назива на српском језику односно језицима који су у службеној употреби.

Удружење може имати и скраћени назив, који се одређује статутом. Скраћени назив уписује се у регистар.

Уколико је удружење учлањено у асоцијацију удружења са истим основним називом, асоцијација је носилац права на заједнички назив.

Седиште удружења мора бити на територији Републике Србије, с тим да се као седиште одређује она јединица локалне самоуправе на чијој територији се налази управа удружења.

Члан 17.

Назив и скраћени назив удружења употребљавају се у правном саобраћају у облику у коме су уписани у регистар.

Део удружења који има својство правног лица иступа под називом удружења и својим називом.

Члан 18.

Назив новооснованог удружења мора се јасно разликовати од назива других удружења која су уписана или уредно пријављена за упис у регистар код истог органа.

Назив удружења мора упућивати на циљеве удружења, односно не сме доводити у заблуду у погледу циљева удружења или о томе о каквој се врсти правног лица ради.

Уколико назив удружења може довести до замене са удружењем са истим називом и са истим или сличним циљевима, уписаним у регистар код другог регистарског органа, назив удружења мора садржати и седиште удружења.

Члан 19.

Удружење које има оправдани интерес може пред регистарским органом покренути поступак брисања назива одређеног удружења, односно тражити заштити регистрованог назива од другог удружења с истим или сличним називом, доцније пријављеног за регистрацију.

Регистарски орган ће донети одлуку о брисању назива удружења из регистра ако нађе да је захтев оправдан.

Право на подношење захтева за заштиту назива престаје по истеку шест месеци од дана уписа у регистар назива против кога се захтева заштита.

Члан 20.

Назив Републике Србије може се унети у назив удружења само на основу дозволе министарства надлежног за послове управе, а назив аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе на основу дозволе њеног надлежног органа.

Име или део имена неког лица може се унети у назив удружења уз пристанак тог лица, а ако је то лице умрло – уз пристанак његових сродника до трећег степена сродства у правој линији.

На захтев органа и лица из ст. 1. и 2. овог члана и члана 16. став 5. овог закона, орган који води регистар брисаће из назива удружења назив Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, односно име личности ако оцени да је активностима удружења доведен у питање њихов углед или оправдане интересе.

Назив удружења не може садржати назив стране државе.

Члан 21.

Удружење коме је брисан назив из регистра на основу одлуке из члана 19. став. 2. и члана 20. став 3. овог закона обавезно је да регистарском органу поднесе пријаву са новим називом у року од два месеца од дана када му је уручена правоснажна одлука о брисању назива из регистра.

Ако не поступи на начин из став 1. овог члана, удружење престаје.

Члан 22.

Удружење може имати свој знак, логотип и друге симболе, у складу са статутом.

Симболи визуелног идентитета удружења морају се јасно разликовати од симбола других удружења и не смеју доводити у заблуду у погледу циљева удружења и његовог идентитета.

III. ЧЛАНСТВО И ОРГАНИ

Члан 23.

Чланови удружења су оснивачи и лица која накнадно приступе удружењу у складу са његовим статутом.

Физичко лице може бити члан удружења независно од година старости, у складу са законом и статутом.

Удружење може, у складу са статутом, имати различите категорије чланова, са различитим правима и обавезама, с тим да се чланови исте категорије морају третирати на једнак начин.

Изјаву о приступању, односно учлањењу у удружење за малолетно лице до 7 година старости даје његов законски заступник, а ако је у питању малолетник између 7 и 14 година старости изјаву даје сам малолетник уз писмену сагласност његовог законског заступника.

Члан 24.

Свако лице може под једнаким условима утврђеним статутом да постане члан удружења.

Удружење које бројем окупљених чланова, друштвеним положајем или другим околностима има фактички монопол над обављањем активности у одређеној области или на други начин има доминантан положај у одређеној области, дужно је да прими у чланство лице које испуњава услове одређене статутом за пријем у чланство.

Члан удружења има право да у свако доба иступи из удружења, али се статутом удружења може прописати да је иступање дозвољено само по истеку одређеног примереног отказног рока.

Члан удружења не може једнострано да иступи из удружења у случају када се уговором обавезао да ће остати члан до одређеног рока, све док тај рок не истекне, осим ако је одлуком суда, арбитраже или органа асоцијације коме удружење припада утврђено да удружење није испунило своје уговорне обавезе.

Члан удружења може бити искључен из удружења из разлога и по поступку утврђеном статутом.

Члану удружења се могу изрећи дисциплинске санкције у складу са законом, статутом и општим актима удружења.

Чланство у удружењу не може се преносити нити наследити.

Члан 25.

Чланство у удружењу не може бити основ или разлог за дискриминацију лица приликом запошљавања, остваривања права из радног односа или других права, ако законом није другачије одређено.

Члан 26.

Удружење води евиденцију о својим члановима, укључујући и податке о томе који чланови имају у складу са статутом право да учествују у доношењу одлука органа удружења и у ком обиму.

Статутом удружења које окупља одређену специфичну категорију грађана (на пример, удружење зависних од дроге, алкохола, дувана, оболелих од одређених болести) може бити прописано посебно поступање са подацима о чланству, са циљем очувања анонимности тих података према лицима ван удружења.

Члан 27.

Одлуке органа, односно лица овлашћеног за заступање удружења су ништаве ако су донете супротно принудним прописима или општем акту удружења.

Тужбу за утврђивање ништавости из става 1. овог члана могу покренути управа и надзорни орган удружења, као и сваки члан удружења који је погођен одлуком из става 1. овог члана, ако скупштина, на њихов захтев, не покрене поступак у року од 60 дана од дана подношења захтева.

Тужбу из става 2. овог члана не може подићи члан који је на седници органа удружења или приликом гласања писаним путем гласао за предметну одлуку, осим ако је то учинио услед заблуде, претње, преваре или принуде.

Одредбе члана 35. ст. 3. до 8. овог закона сходно се примењују и на тужбу из става 2. овог члана.

Члан 28.

Чланови управљају удружењем непосредно или преко својих изабраних представника у органима удружења.

У удружењу коме је статутом предвиђено постојање надзорног органа удружења и у којем је запослено више од 20 лица, у надзорни орган се обавезно бира једно лице из реда запослених.

На сазивање и одржавање седница органа удружења на јавном простору, односно простору који је приступачан и погодан за окупљање лица чији број и идентитет нису унапред одређени сходно се примењују одредбе закона којим је уређено јавно окупљање грађана, с тим да се окупљање не може унапред забранити уколико је предмет скупа у оквирима циљева одређених статутом удружења.

Члан 29.

Скупштина је највиши орган удружења. Ако статутом није друкчије одређено, скупштину чине сви чланови удружења, са једнаким правом гласа.

Удружење има лице овлашћено за заступање удружења (у даљем тексту: заступник), изабрано односно именовано на начин утврђен статутом.

Члан 30.

Статутом се може утврдити другачији назив скупштине.

Скупштина удружења се сазива најмање једанпут у две године.

Скупштина удружења усваја статут удружења, одлучује о статусним променама и престанку удружења и другим питањима утврђеним законом и статутом удружења.

Одлука скупштине о промени статута, статусним променама и престанку удружења доноси се већином гласова од укупног броја чланова скупштине, ако статутом није утврђено да је за доношење одлуке потребан већи број гласова.

Сазивање скупштине удружења може тражити једна десетина чланова скупштине, или статутом одређен мањи број чланова, уз навођење дневног реда, а ако надлежни орган не сазове седницу скупштине, њу могу сазвати они чланови удружења који су тражили њено сазивање. Скупштина се мора сазвати најкасније у року од две недеље од момента подношења уредног захтева за одржавање скупштине удружења.

Члан 31.

Удружење са више од 15 чланова има управу, изабрану на начин одређен статутом.

Управа удружења (управни одбор, председништво, извршни одбор и др.) има најмање три члана.

Заступник удружења може бити члан управе удружења.

Статутом се могу предвидети и други органи удружења.

Свако удружење именује најмање једног независног и непристрасног контролора годишњег завршног рачуна удружења.

Лица која су осуђена за одређена кривична дела против привреде, имовине и службених дужности, не могу вршити функције заступника у удружењу, ликвидатора или чланова органа удружења.

Члан 32.

За заступника удружења може бити одређено само пословно способно физичко лице које има боравиште на територији Републике.

Заступник се стара и одговара за законитости рада удружења, организује и води активности и пословање удружења и има у односу на запослене и радно ангажована лица у удружењу положај пословодног органа, осима ако законом или статутом није другачије одређено.

Одредбе статута удружења које ограничавају овлашћења заступника немају правно дејство према трећим лицима.

Заступник удружења у односу на удружење које заступа дужан је да се придржава овлашћења одређених статутом и одлуком надлежног органа удружења.

Правни послови које заступник закључи у име и за рачун удружења обавезују удружење и ако нису у оквиру циљева и делатности удружења, осим ако удружење докаже да је треће лице знало да је тај посао изван циљева и делатности удружења или није могло да то не зна.

Заступник удружења обавезан је да обустави од извршења општи акт удружења за који сматра да је супротан закону или другом пропису и да о томе без одлагања обавести орган који је донео тај акт, а ако тај орган не усклади акт са законом у року од 30 дана од дана кад је примио обавештење о обустави извршења, заступник ће по истеку тог рока, у даљем року од осам дана, покренути поступак за оцену његове законитости.

До доношења одлуке органа удружења поводом обавештења из става 6. овог члана, односно до доношења одлуке надлежног органа акт из тог става се не примењује.

Члан 33.

Заступник удружења је обавезан да информише органе удружења о делатности удружења и његовом финансијском пословању.

Уколико статутом одређен број чланова удружења захтева, уз навођење разлога, добијање података из става 1. овог члана, заступник је

обавезан да им такве информације саопшти најкасније у року од две недеље од дана подношења захтева.

Члан 34.

Члан органа удружења нема право гласа у случају сукоба интереса, а посебно ако се одлука односи на закључење правног посла са њим или на то да се спор између њега и удружења поведе или оконча, или ако се одлучује о имовинским питањима која су повезана са његовим брачним другом или рођаком до другог степена сродства у правој линији или се односе на неко правно лице над којим он има контролу или економски интерес.

Правни посао закључен између члана органа удружења и удружења, као и правни посао закључен између удружења и другог лица, у коме послу члан органа удружења има интерес, може се закључити по одобрењу управе удружења или другог органа одређеног статутом.

Одредба става 1. овог члана односи се и на случајеве сукоба интереса између удружења и његовог заступника.

Члан 35.

Чланови органа удружења одговарају солидарно за штету коју својом одлуком проузрокују удружењу, ако је та одлука донесена грубом непажњом или с намером да се штета проузрокује, осим ако издвоје своје мишљење у записник.

Поступак за накнаду штете покреће се на основу одлуке управе удружења или статутом одређеног дела чланова удружења, који не може бити већи од једне десетине чланова, ако скупштина удружења, на њихов захтев, не покрене поступак у року од 30 дана од дана подношења захтева, а у хитним случајевима и без одлагања. Одлуком се може одредити посебни заступник удружења за поступак за накнаду штете.

Чланови удружења који покрену у име удружења поступак за накнаду штете обавештавају удружење о покренутом спору. Чланови удружења који успеју с тужбеним захтевом у целини или делимично имају правно на накнаду трошкова од удружења.

По тужби из става 1. овог члана надлежни суд може, поред накнаде штете, поништити оспорену одлуку, односно правни посао ако је могућа реституција или ако то не проузрокује штету трећем савесном лицу.

Удружење се не може одрећи захтева за накнаду штете нити закључити поравнање које у односу на висину штете представља у суштини одрицање од накнаде штете у већем делу, осим ако је одговорно лице презадужено или неспособно за плаћање.

Општим актима или одлукама органа удружења не може се условити нити забранити могућност подношења тужбе из става 1. овог члана.

Правно на подношење тужбе из става 1. овог члана застарева у року од 90 дана од дана сазнања за одлуку, а најдоцније у року од две године од доношења одлуке.

Поступак из става 1. овог члана је хитан.

Члан удружења може поднети индивидуалну тужбу за накнаду штете која му је непосредно причињена незаконитом одлуком органа удружења, с тим да се тужба подноси против удружења, односно чланова органа који су одлуку донели грубом непажњом или с намером да се штета проузрокује.

Одредбе ст. 1. до 9. овог члана сходно се примењују и на радње заступника удружења, чланове органа дела удружења са статусом правног лица и на ликвидатора.

Члан 36.

Чланови удружења и удружење могу се споразумети да решавање спорова између чланова удружења или између члана удружења и удружења насталих у вези остваривања циљева удружења и о правима којима могу слободно располагати, односно закључити поравнање, повере независној, непристрасној и стручној арбитражи.

Арбитража одлучује о споровима из става 1. овог члана ако странке уговоре њену надлежност.

Споразум (уговор) о арбитражи је пуноважно закључен и кад је одредба о надлежности арбитраже садржана у статуту удружења или је арбитражна клаузула садржана у приступници за пријем у чланство удружења.

На арбитражу из става 1. овог члана сходно се примењују одредбе о арбитражи (избраном суду) закона којим је уређен поступак пред арбитражом (избраним судом).

Статут удружење може предвидети и покушај решавања спорова унутар удружења путем посебног тела за посредовање.

IV. УПИС У РЕГИСТАР

Члан 37.

Регистар удружења води орган управе града, односно општине на чијој се територији налази седиште удружења (у даљем тексту: регистарски орган), као поверени посао.

Министарство надлежно за послове управе води јединствену евиденцију удружења за целу територију Републике.

Министар надлежан за послове управе ближе уређује садржину и образац пријаве, образац и начин вођења регистра и образац, садржину и

начин вођења јединствене евиденције удружења за целу територију Републике.

Актом из става 3. овог члана може се прописати и компјутерска обрада регистра, односно евиденције применом јединствених стандарда.

Министар надлежан за послове управе утврђује типичне области активности у којима се остварују циљеви удружења.

Министарство надлежно за послове управе обавештава надлежни регистарски орган и удружење о броју под којим је удружење уписано у јединствену евиденцију (јединствени евиденциони број).

Члан 38.

У регистар се уписују: назив, седиште и адресу удружења; област у којој се остварују активности на остваривању циљева удружења; датум настанка удружења; привредне и друге делатности које удружење непосредно обавља; име, пребивалиште, односно боравиште и функција заступника удружења, или дела удружења са својством правног лица, датум њеног почетка и статутом предвиђено време трајања; назив и седиште дела удружења са својством правног лица; чланство у асоцијацијама удружења; престанак рада и забрана рада удружења; време за које је удружење основано, ако је основано на одређено време; подаци о статусној промени; подаци везани за статус удружења од јавног интереса; подаци везани за ликвидацију и стечај удружења; број и датум доношења решења о упису у регистар; јединствени евиденциони број.

Члан 39.

Упис у регистар врши се на основу пријаве за упис.

Пријаву за упис подноси заступник удружења.

Уз пријаву се подносе акт о оснивању, два примерка статута и фотокопија личне исправе заступника удружења.

Ако је оснивач правно лице, уз пријаву се подносе подаци о лицу овлашћеном за заступање правног лица, одлука правног лица да приступа оснивању удружења и фотокопија извода из судског или другог регистра за правно лице.

Ако је оснивач физичко лице, уз пријаву се подноси и фотокопија личне исправе, а ако је оснивач малолетно лице уз пријаву се подноси и писмена сагласност његовог законског заступника.

Ако је назив Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе саставни део назива удружења, уз пријаву се подноси и дозвола надлежног органа да одговарајући званични назив буде унет у назив удружења.

Ако је име или део имена неког лица саставни део назива удружења, уз пријаву се подноси и пристанак тог лица, односно његовог сродника до

трећег степена сродства у правој линији ако је то лице умрло, да његово име или део имена буде унет у назив удружења.

Члан 40.

Регистарски орган позива подносиоца пријаве да у року од 30 дана отклони недостатке:

1) ако се назив удружења јасно не разликује од назива другог удружења које је уписано или уредно пријављено за упис у регистар код истог органа или ако назив удружења може довести у заблуду о циљевима удружења или о каквој се врсти правног лица ради;

2) ако уз пријаву нису поднете прописане исправе, донете у прописаном поступку и са прописаном садржином;

3) ако пријава не садрже све прописане податке или је није поднело овлашћено лице на прописаном обрасцу или није у складу са одредбама акта којим су утврђени подаци који се уписују у регистар.

Ако подносилац пријаве у остављеном року не отклони недостатке, регистарски орган закључком одбацује пријаву.

Регистарски орган решењем одбија пријаву за упис уколико она није поднета у прописаном року или је поднета од стране лица на које се не примењује овај закон.

Против закључка и решења из става 2. и 3. овог члана може се изјавити жалба министарству надлежном за послове управе, у року од осам дана од дана достављања закључка, односно решења.

Против одлуке министарства из става 4. овог члана може се покренути управни спор.

Члан 41.

Ако регистарски орган оцени да су циљеви удружења у супротности са одредбама члана 3. став 2. овог закона, закључком прекида поступак уписа у регистар и министарству надлежном за послове управе подноси иницијативу за забрану рада удружења.

Против закључка из става 1. овог члана допуштена је посебна жалба министарству надлежном за послове управе.

Члан 42.

Упис у регистар врши се у року од 15 дана од дана пријема уредне пријаве.

О упису се доноси решење које садржи: датум уписа, редни број из регистра под којим је упис извршен, назив, седиште и адресу удружења, област остваривања циљева и лично име и матични број лица овлашћеног за заступање.

Против решења о упису у регистар може се изјавити жалба министарству надлежном за послове управе, у року од осам дана од дана достављања.

Жалба против решења о упису у регистар не одлаже извршење решења.

Против одлуке министарства из става 4. овог члана може се покренути управни спор.

Ако регистарски орган не донесе решење у року из става 1. овог члана, сматраће се да је удружење уписано у регистар наредног дана након протека тог рока. У наредном року од седам дана, регистарски орган доставља том удружењу решење о упису. Ако регистарски орган не достави решење о упису ни у накнадном року, решења ће на захтев лица овлашћеног за заступање удружења издати органа надлежног за одлучивање по жалби на решење о упису.

Члан 43.

Примерак решења о упису доставља се министарству надлежном за послове управе и републичком органу надлежном за послове информатике и статистике, у року од три дана од дана доношења.

Републички орган надлежан за послове информатике и статистике врши разврставање удружења по делатностима, односно областима остваривања циљева, одређује матични број удружења уписом у Регистар јединица разврставања (правних лица) и примерак решења доставља министарству и удружењу.

Члан 44.

Удружење је дужно да регистарском органу пријави сваку промену података који се уписују у регистар, у року од 15 дана од дана настале промене.

Уз пријаву промене доставља се акт надлежног органа удружења којим је извршена промена и записник са седнице органа када је акт донет.

Акт којим је извршена промена чији се упис тражи у регистар мора бити донет од стране овлашћеног органа и у прописаном поступку.

На упис промена података у регистру сходно се примењују одредбе овог закона о упису удружења у регистар.

Исправе које се прилажу уз пријаву за упис у регистар подносе се у изворнику, односно препису или фотокопији коју је оверио орган надлежан за оверу, с тим да удружење може само оверити препис своје исправе.

Одлука о промени статута удружења која садржи измену података који су уписани у регистар може да се објаве тек по упису у регистар.

Члан 45.

Свако може да се поузда у тачност података уписаних у регистар. Удружење одговара за штету коју претрпи треће лице услед нетачности података уписаних у регистар, уколико је удружење криво за нетачност података, осим ако је треће лице знало или морало знати за нетачности.

Члан 46.

Регистар удружења је јаван.

По захтеву надлежног органа или заинтересованог физичког или правног лица, регистарски орган је дужан да саопшти тражене податке из регистра о одређеном удружењу, у складу са законом којим је уређен слободан приступ информацијама од јавног значаја.

V. ИМОВИНА И ОБАВЉАЊЕ АКТИВНОСТИ

Члан 47.

Удружење може стицати имовину од чланарине, добровољних прилога, донација и поклона (у новцу или натури), финансијских субвенција, оставина, камата на улоге, закупнине, дивиденди, услуга, спонзорства и других комерцијалних, маркентишких, пословних и привредних делатности и активности у складу са законом.

Члан 48.

Активисти удружења који прикупљају средства (фондове) дужни су, на захтев онога од кога се средства траже, да докажу да раде за регистровано удружење, јасно објасне разлоге за прикупљање средстава, прикажу однос средстава која њихово удружење троши на остваривање статутарних циљева и на сопствене потребе, као и да докажу да су овлашћени да у име удружење прикупљају средства.

Донатор има право на повраћај датих средстава заједно са затезном каматом од дана давања средстава у случају ненаменског трошења средстава од стране удружења.

Члан 49.

Удружење може да врши оне активности којима се остварују циљеви утврђени његовим статутом.

Удружење може да обавља и привредну, пословну или комерцијалну делатност којом се стиче добит, под следећим условима:

1) да је делатност у вези са његовим статутарним циљевима;

2) да је делатност предвиђена статутом;

3) да обавља делатност у простору који испуњава услови у погледу техничке опремљености и заштите на раду, и да испуњава друге прописане услове за обављање делатности.

Послови које удружење закључи супротно одредби става 1. и 2. овог члана правно су ваљани, осим ако је треће лице знало или је морало знати за прекорачење.

Испуњеност услова из става 2. тачка 3) овог члана утврђује надлежни орган у поступку редовног инспекцијског надзора.

Ако је законом прописано да се одређена делатност из става 2. овог члана може обављати по добијању претходне сагласности, дозволе или другог акта државног органа или институције, удружење је може обављати тек по добијању одговарајуће акта.

Удружење може ради обављања делатности из става 2. овог члана, укључујући и оне које нису у вези са његовим статутарним циљевима, основати или имати удео, односно акције предузећа и других правних лица, у складу са законом.

Члан 50.

Влада Републике Србије, надлежни републички орган, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе додељује удружењима од јавног интереса, на основу спроведеног јавног конкурса који се објављује у "Службеном гласнику Републике Србије", субвенције за реализовање пројеката и програма који су од јавног интереса и закључује уговоре о реализовању одобрених пројеката и програма, ако законом није другачије одређено.

Влада Републике Србије, надлежни републички орган, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе уређују ближе критеријуме, начела, услове, начин и поступак доделе удружењима субвенција за реализовање пројеката и програма који су од јавног интереса.

Влада Републике Србије, надлежни републички орган, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе објављују у "Службеном гласнику Републике Србије" годишњи извештај о реализовању одобрених програма и пројеката из става 1. овог члана.

Уговором из става 1. овог члана обавезно се утврђује: назив и седиште носиоца програма; врста и садржина програма; време реализације програма; очекивани резултати; обим и врста додељених средстава; временски план употребе средстава, начин надзора над наменским коришћењем средстава и одвијањем реализације програма; обавезе извођача програма у погледу наменског коришћења средстава и реализације програма.

Удружења која су из јавних средстава добила субвенције за реализовање пројеката и програма који су од јавног интереса најмање

једанпут годишње извештај о свом раду и о обиму и начину стицања и коришћења средстава чине доступним јавности (истичу на огласној табли у пословним просторијама удружења и стављају на увид средствима јавног информисања на њихов захтев), и тај извештај достављају даваоцу средстава.

Одредба става 5. овог члана сходно се примењује и на удружења која су у претходној години користила пореске и царинске олакшице.

Члан 51.

Удружење води пословне књиге и подноси финансијске извештаје у складу са прописима о рачуноводству.

Ревизију пословних књига и финансијских извештаја удружења може да врши само овлашћено лице које нема никакве везе са управом удружења.

Годишњи обрачуни и извештаји о активности удружења подносе се члановима удружења на начин утврђен статутом.

Члан 52.

За своје обавезе удружење одговара целокупном својом имовином.

Чланови удружења и органа удружења могу лично одговарати за обавезе удружења ако поступају са имовином удружења као да је у питању њихова имовина или злоупотребе удружење као форму за незаконите или преварне сврхе.

Члан 53.

Приликом сваког извештавања и контроле од стране даваоца средстава, везане за коришћење и управљање имовином удружења, мора се поштовати право удружења на заштиту пословне тајне.

Пословном тајном сматрају се информације о пословању за које је очигледно да би проузроковале знатну штету удружењу ако дођу у посед трећег лица без сагласности удружења.

Члан 54.

Имовина удружења може да се користи једино за остваривање његових статутарних циљева.

Имовина удружења не може се делити његовим члановима.

Делатност удружења се не сме обављати ради стицања добити за чланове удружења или трећа лица.

Вишак прихода над расходима, остварен обављањем делатности удружења користи се искључиво за остваривање статутарних циљева удружења.

Одредба ст. 1 - 4. овог члана не односи се на давање члановима пригодних примерених награда и накнада оправданих трошкова насталих остваривањем статутарних циљева удружења (путни трошкови, дневнице, трошкови преноћишта и сл.), уговорене теретне обавезе и исплату зарада запослених.

Члан 55.

За случај престанка удружења као прималац његове имовине статутом се може одредити само домаће непрофитно правно лице са истим или сличним циљевима.

За случај престанка удружења које користи друштвени капитал као прималац његове имовине статутом се може одредити само непрофитно правно лице са истим или сличним циљевима које користи друштвени или државни капитал.

Члан 56.

Ако се у тренутку престанка удружења не може поступити на начин одређен законом и статутом за расподелу имовине, или ако је правно лице одређено за примаоца имовине удружења с друштвеним капиталом променило облик својине или ако удружење престаје на основу одлуке о забрани рада, имовина припада јединици локалне самоуправе на чијој је територији било седиште удружења и има се употребити у сврхе које највише одговарају циљевима удружења или у социјалне сврхе.

Члан 57.

Располагање имовином удружења супротно одредбама овог закона ништаво је.

VI. СТАТУСНЕ ПРОМЕНЕ И ПРОМЕНЕ ПРАВНОГ ОБЛИКА

Члан 58.

Статусна промена удружења је промена у правном положају удружења услед које престаје да постоји, без ликвидације, ако овим законом није другачије одређено.

Статусном променом удружење преноси целу или део своје имовине на једно или више постојећих или нових удружења, као своје опште правне следбенике.

У истој статусној промени може да се комбинује припајање, спајање, подела и одвајање једног или више удружења, зависно од потреба удружења која учествују у статусно промени.

Свако удружење које учествује у статусној промени сачињава завршни рачун према стању на дан обрачуна сједињавања односно деобе у складу са законом којим се уређује рачуноводство.

Члан 59.

Два или више удружења могу се сјединити:

1) припајањем - преносом целе имовине и обавеза једног удружења (припојеник) на друго удружење (припојилац), на основу уговора о припајању;

2) спајањем - оснивањем новог удружења (ново удружење) на које прелази цела имовина и обавезе два или више удружења која се спајају (спојена удружења).

Члан 60.

Припајање једног или више удружења другом уписује се у регистар седишта удружења које је припојилац.

Решење о упису регистарски орган доставља и регистарском органу који је уписао оснивање припојеника.

Уписом припајања у регистар имовина припојеника, укључујући и сва права и обавезе, прелази на удружење припојиоца.

На упис припајања сходно се примењују одредбе овог закона о упису оснивања удружења.

Уписом припајања у надлежни регистар престају да постоје припојена удружења

Уписом припајања запослени и чланови припојеника постају запослени и чланови припојиоца. Чланови удружења који су се уговором обавезали остати у чланству припојеника одређено време, могу у року од 30 дана од дана уписа припајања у регистар једнострано раскинути уговор.

Уз пријаву за упис подносе се одлуке скупштина удружења која учествују у припајању о прихватању закључења уговора о припајању (у истоветном тексту), уговор о припајању, решење о упису у регистар удружења која се припајају, оглас у средству јавног информисања о намери припајања.

Члан 61.

Уговор о припајању садржи називе и седишта удружења, одредбе у вези преноса имовине и обавеза удружења које се припаја (тачан опис делова имовине и обавеза које се преносе, при чему је дозвољено упућивање на посебне исправе) и права чланова припојеног удружења.

Повериоци удружења која учествују у припајању могу у року од 30 дана од дана објављивања обавештења о покретању поступка припајања,

захтевати обезбеђење својих потраживања или њихову исплату. Довољним обезбеђењем поверилаца сматра се изјава управа удружења која учествују у припајању да ће се имовином тих удружења управљати одвојено до намирења поверилаца сваког удружења посебно. У противном надлежни регистарски орган може поништити припајање на захтев поверилаца.

Члан 62.

На спајање удружења сходно се примењују одредбе овог закона о припајању. Новоосновано удружење сматра се удружењем припојиоцем.

На оснивање новог удружења сходно се примењују одредбе овог закона о оснивању удружења.

Уписом новог удружења престају да постоје удружења која су се спојила.

Уписом новог удружења у регистар имовина спојених удружења, укључујући и сва права и обавезе, прелази на ново удружење.

Запослени и чланови удружења која су се спојила постају запослени и чланови новог удружења. Чланови удружења који су се уговором обавезали остати у чланству спојеног удружења одређено време, могу у року од 30 дана од дана уписа новог удружења у регистар једнострано раскинути уговор.

Члан 63.

Деоба удружења је статусна промена којом се удружење дели на више удружења (подела), чиме престаје, или се од њега одваја један део (одвајање), а удружење остаје као правно лице.

Одлука о подели удружења има правно дејство акта о оснивању.

Поделом удружење дели своју имовину на више делова, које преноси на више удружења, укључујући и са њима повезани део обавеза. У подели, делови имовине удружења које се дели могу да се: припоје постојећем удружењу; оснују као нова удружења спајањем са постојећим удружењем; оснују као нова удружења; неки припоје једном или више постојећих удружења, а други да се оснују као једно или више нових удружења, са или без спајања са постојећим удружењима.

Одвајањем удружење преноси један или више делова своје имовине на једно или више нових (одвајање оснивањем) или постојећих удружења (одвајање припајањем).

На деобу удружења се сходно примењују одредбе овог закона о оснивању, спајању и припајању удружења.

За обавезе подељеног удружења које су постојале пре уписа деобе у регистар, солидарно одговара свако учествујуће удружење, које постоји након уписа деобе.

Удружење стицалац, као општи правни следбеник, ступа у све правне односе подељеног удружења са трећим лицима у вези са пренесеним делом имовине.

Члан 64.

Удружења настала деобом уписују се у регистар после закључења уговора о разграничењу средстава, права и обавеза (деобни биланс). Деобним билансом се регулишу и питања везана за статус чланова и запослених подељеног удружења у удружењима стицаоцима.

Заступници подељеног удружења и сваког удружења стицаоца подносе пријаву за упис деобе, уз ознаку да ли је подносилац удружење дељеник, ново удружење или припојилац.

Ако је покренут судски поступак побијања одлуке о деби или уговора о деобном билансу, регистар не прекида поступак уписа ако оцени да преовлађује интерес за хитним одлучивањем и да су испуњени остали услови за упис деобе у регистар.

Подељено удружење престаје уписом деобе у регистар у који је уписано, без спровођења поступка ликвидације. Изузетно од овога, подељено удружење не престаје одвајањем једног дела већ мења статут ради усклађивања са променама које су у вези с одвајањем.

Члан 65.

Удружење може издвојити свој организациони део и тако што ће основати предузећа и на њега пренети део своје имовине и одређена права и обавезе, у складу са законом и статутом удружења.

Предузеће из става 1. овог члана солидарно одговара за обавезе удружења оснивача, настале пре оснивања предузећа.

Члан 66.

Удружење може променити правни облик у акционарско друштво, уколико је таква могућност предвиђена статутом.

Акционарско друштво из става 1. овог члана је правни следбеник удружења чијом променом облика је настало, те преузима сва права и обавезе удружења из ког је трансформацијом настало, укључујући и запослене.

Одлуку о промени облика удружења доноси скупштина удружења 2/3 већином од укупног броја чланова скупштине.

На промену облика удружења у акционарско друштво сходно се примењују прописи којима је уређено оснивање акционарског друштва јавним путем, односно путем јавног позива за упис акција.

Удружење пре доношења одлуке о промени облика проценом утврђује вредност укупног капитала и процењени капитал исказује у акцијама. На процену капитала спортске организације као удружења сходно се примењују прописи о процени државног капитала.

Уписом акционарског друштва у надлежни регистар лице овлашћено за заступање удружења подноси пријаву за брисање из надлежног регистра. Пријава се подноси у року од седам дана од дана када је акционарско друштво уписано у надлежни регистар, а надлежни орган брише удружење из регистра, с даном уписа у регистар акционарског друштва.

Одлука о промени облика удружења садржи и одлуку о: оснивачком акту акционарског друштва; номиналном износу и броју акција; јавном позиву за упис акција; препуштању оснивачкој скупштини да бира прве органе акционарског друштва и другим питањима од значаја за организовање удружења у акционарско друштво.

Јавни позив за упис акција мора се јавно објавити најмање 30 дана а највише 60 дана од дана усвајања оснивачког акта акционарског друштва, с тим да рок за упис акција не може бити дужи од 30 дана.

За пуноважна потраживања од удружења, повериоци могу уписати акције акционарског друштва у висини својих потраживања.

VII. ПРЕСТАНАК

Члан 67.

Удружење престаје:

1) ако се број чланова смањи испод броја потребног за оснивање, осим код удружења са специфичним затвореним чланством (удружење солунаца, и сл.) код којих се брисање из регистра врши ако се број чланова смањи испод два;

2) истеком времена на које је удружење основано;

3) ако надлежни орган удружења донесе одлуку о престанку рада;

4) статусно променом;

5) ако се утврди да удружење дуже од годину дана није организовано у складу са статутом или је протекло двоструко више времена од времена утврђеног статутом за одржавање седнице скупштине, а она није одржана;

6) ако је удружењу забрањен рад;

7) стечајем;

Регистарски орган решењем утврђује чињенице из става 1. тачка 5. овог члана на предлог органа који врши надзор над радом удружења или лица које има правни интерес. Против решења регистарског органа може се поднети жалба министарству надлежном за послове управе, у року од петнаест дана од дана достављања.

Удружење престаје да постоји као правно лице брисањем из регистра.

У случајевима из став 1. тач. 1 – 3. и 5 - 6. овог члана спроводи се поступак ликвидације удружења, ако законом није другачије одређено.

О брисању из регистра доноси се решење које је коначно у управном поступку. Против решења о брисању из регистра може се покренути управни спор.

Члан 68.

Одлуку о забрани рада удружења чији су циљеви или делатности супротни одредби члана 3. став 2. овог закона доноси Врховни суд Србије.

Одлука о забрани рада удружења може се заснивати на радњама чланова удружења ако су они иступали, односно предузимали радње у име удружења, а према околностима случаја може се сматрати да је удружење радње својих чланова прихватало, односно толерисало.

Удружењу ће се забранити рад ако се учлани у међународну организацију или удружење које делује ради остваривања циљева из члана 3. став 2. овог закона.

Забрана рада удружења односи се и на све делове удружења.

Забрана рада асоцијације простире се и на она удружења у њеном чланству која су изричито била обухваћена поступком забране.

Поступак забране рада покреће се на предлог Републичког јавног тужиоца, органа надлежног за вршење надзора над радом удружења и министарства надлежног за област у којој се остварују основни циљеви удружења.

Поступак за забрану рада је хитан.

Ознаке забрањеног удружења (заставе, пароле, униформе, грбови, значке и др.) не смеју се јавно употребљавати (јавни скупови, књиге, аудио и ведео записи, фотографије, изложбе и др.) све док забрана постоји, осим ако се ознаке употребљавају у циљу обавештавања грађана ради спречавања сличних противправних поступака.

Члан 69.

Ликвидација удружења се спроводи када удружење има довољно финансијских средстава за покриће свих својих обавеза.

Изузетно од одредбе претходног става, ликвидација удружења спроводи се и у случају кад су испуњени услови за стечај у складу са законом којим се уређује стечајни поступак уз сагласност свих поверилаца.

Поступак ликвидације удружења спроводи се сходном применом одредаба закона којим се регулишу ликвидација друштава капитала, ако овим законом није друкчије изричито одређено.

Предлог за покретање поступка ликвидације у случајевима из члана 67. став 1. тач. 5. и 6. и члана 72. став 2. овог закона подноси регистарски орган.

Током ликвидације удружење задржава правну способност и ограничену пословну способност у вези с циљем ликвидације.

Током ликвидације престају овлашћења органа удружења и заступника и пуномоћника удружења, осим овлашћења надзорног одбора, ако га удружење има.

Члан 70.

У случајевима из члана 67. став 1. тач. 1 - 3. овог закона, скупштина удружења дужна је да у року од петнаест дана донесе одлуку о престанку удружења ликвидацијом и именовању ликвидатора и да је у року од три дана од дана доношења достави регистарском органу.

Удружење је дужно да одлуку из става 1. овог члана објави у средству јавног информисања које покрива целу територију Републике у року од три дана од дана доношења, с позивом повериоцима да у року од тридесет дана пријаве своја потраживања.

Дејство отварања поступка ликвидације наступа са објавом из става 2. овог члана.

Члан 71.

Удружење је одговорно за послове лица која заступају удружење предузете након доношења одлуке о престанку а до уписа и објаве те одлуке у складу са овим законом, ако су ти послови у складу с циљевима ликвидације удружења.

Лица овлашћена за заступање удружења која знају или према околностима случаја могу знати за одлуку о престанку удружења те склопе одређени посао који није у складу с циљевима ликвидације удружења, лично су одговорни удружењу за било коју штету која из извршења посла настане за удружење.

Члан 72.

Ако одлука о отварању поступка ликвидације и именовању ликвидатора не буде донета или не буде објављена, заступник удружења дужан је да о томе обавести регистарски орган у року од три дана од истека рока за њено доношење односно објављивање.

У случају из става 1. овог члана, као и у случају када лице овлашћено за заступање удружења не обавести регистарски орган о томе да су се стекли услови за спровођење поступка ликвидације, регистарски орган у року од три дана од дана пријема обавештења односно од сазнања за

испуњеност услова за спровођење ликвидације решењем утврђује испуњеност услова за престанак удружења и подноси надлежном суду, односно органу предлог за покретање поступка ликвидације над удружењем и именовање ликвидатора.

Против решења из става 2. овог члана може се изјавити жалба министарству надлежном за послове управе, у року од осам дана од дана достављања.

Члан 73.

Овлашћење за заступање удружења прелази на ликвидатора даном отварања поступка ликвидације.

Одлука скупштине удружења о престанку удружења и подаци о ликвидатору уписују се у регистар.

У називу удружења уписује се ознака "у ликвидацији".

Члан 74.

Именовани ликвидатор опозива се на исти начин на који је именован од стране скупштине удружења.

Изузетно од одредбе става 1. овог члана, ликвидатора кога је именовала скупштина удружења, на захтев регистарског органа или органа надлежног за вршење надзора над радом удружења, може из важних разлога опозвати и надлежни суд, и уместо њега именовати другог.

Ликвидатора кога је именовао, суд може и опозвати из важних разлога.

Именовање и опозив ликвидатора од стране суда уписује се у регистар по службеној дужности.

Члан 75.

На правни положај, овлашћења, обавезе и одговорност ликвидатора и заштиту поверилаца сходно се примењују одредбе закона којим је уређена ликвидација друштава капитала, ако овим законом није друкчије одређено.

Члан 76.

Са имовином удружења која преостане после намирења поверилаца, ликвидатор поступа на начин предвиђен законом и статутом удружења.

Ако је удружење у календарској или претходној години користило средства из јавних прихода или пореске, односно царинске олакшице, она се враћају даваоцу.

Одредба става 2. овог члана сходно се примењује и на средства примљена из донације, уколико је уговором о донацији предвиђена обавеза повраћаја датих средстава у случају престанка удружења.

После предаје имовине примаоцима, ликвидатор подноси пријаву за брисање удружења из регистра, уз коју прилаже извештај о току ликвидације и изјаву да је сва имовина подељена у складу са законом и статутом.

Члан 77.

Удружење може престати по скраћеном поступку ликвидације ако после доношења одлуке о престанку удружења већина чланова скупштине да регистарском органу оверену изјаву да су измирене све обавезе удружења према повериоцима и да су регулисани сви односи са запосленима.

Чланови скупштине удружења из става 1. овог члана одговарају солидарно за обавезе удружења три године од дана брисања удружења из регистра.

Удружење које престаје по скраћеном поступку брише се из регистра, уз уписивање у регистар личних имена и адреса, односно назива и седишта чланова скупштине из става 1. овог члана, с назначењем њихове солидарне одговорности за обавезе удружења.

Брисањем из регистра имовина удружења прелази на лице одређено статутом.

Члан 78.

Над удружењем које је трајније неспособно за плаћање спроводи се поступак стечаја сходном применом одредаба закона којим се регулишу стечај.

Регистарски орган брише удружење из регистра на основу правоснажне одлуке о закључењу стечајног поступка.

На упис у регистар података који се односе на стечај удружења сходно се примењују одредбе закона којим се регулише стечај о упису у надлежни регистар одлука из стечајног поступка.

Пријаву за упис података из става 3. овог члана регистарском органу доставља стечајни управник.

VIII. УДРУЖЕЊА ОД ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА

Члан 79.

Удружење стиче статус удружења од јавног интереса уколико испуњава следеће услове:

1) да активности удружења превазилазе интересе његових чланова и превасходно и непосредно следе јавне интересе у погледу: природе и поља рада удружења; отворености за учлањење без дискриминација; циљне

групе и њене отворености и обухвата; јавне потребе за таквом активношћу; природе и обима привредних и економских активности и слично;

2) да удружење има одговарајућу демократску организацију и да по упису у регистар најмање годину дана обавља своје активности;

3) да се имовина удружења употребљава само за остваривање статутом утврђених циљева од јавног интереса и да је статутом као прималац имовине за случај престанка удружења одређено удружење или друго непрофитно правно лице од јавног интереса са истим или сличним циљевима;

4) да је удружење независно од политичких организација, да не учествује у изборима или у изборној кампањи одређене политичке организације, коалиције или кандидата, као и да своју имовину не користи за остваривање циљева одређене политичке организације или коалиције;

5) да је обезбеђена пуна јавност рада удружења тако што удружење најмање једанпут годишње извештај о свој раду и о обиму и начину стицања и коришћења средстава објављује у средствима јавног информисања или истиче на огласној табли у пословним просторијама удружења.

Члан 80.

На захтев удружења републички орган управе надлежан за област у којој се остварују претежни циљеви удружења утврђује да ли удружење испуњава услове за стицање статуса удружења од јавног интереса.

Ако област деловања удружења није у надлежности републичких органа или није могуће утврдити надлежан орган, о захтеву одлучује министарство надлежно за послове управе.

Удружење уз образложени захтев подноси копију решења о упису у регистар, копију статута, извештај о раду и о обиму и начину стицања и коришћења средстава у претходној години.

У поступку утврђивања статуса удружења од јавног интереса прибавља се писмено мишљење стручног савета, који именује функционер републичког органа управе надлежног за област у којој се остварују претежни циљеви удружења. Чланови стручног савета именују се на пет година, из реда истакнутих стручњака и представника удружења од јавног интереса у одговарајућој области.

Републички орган управе надлежан за област у којој се остварују претежни циљеви удружења води евиденцију о удружењима којима је утврдио статус удружења од јавног интереса.

Статус удружења од јавног интереса уписује се у регистар удружења и јединствену евиденцију удружења.

Члан 81.

Решење по захтеву за утврђивање статуса удружења од јавног интереса доноси се у року од тридесет дана од дана пријема уредног захтева.

Ако надлежни орган не донесе решење у року из претходног става, сматраће се да удружење испуњава услове за стицање статуса удружења од јавног интереса. У наредном року од седам дана, надлежни орган доставља том удружењу решење о стицању статуса удружења од јавног интереса.

Против решења републичког органа управе надлежног за област у којој се остварују претежни циљеви удружења може се изјавити жалба Влади Републике Србије, у року од петнаест дада од дана достављања решења.

Против одлуке Владе из претходног става не може се водити управни спор.

Члан 82.

Удружење од јавног интереса пријављује републичком органу управе надлежном за област у којој се остварују претежни циљеви удружења сваку промену података од значаја за статус удружења од јавног интереса.

Испуњеност услова за стицање статуса удружења од јавног интереса републички орган управе надлежан за област у којој се остварују претежни циљеви удружења проверава најмање сваке пете године.

Удружење од јавног интереса доставља органу из става 1. овог члана најмање једанпут годишње извештај о свом раду и о начину стицања и коришћења средстава. Извештај мора да садржи и податке о томе који проценат финансијских средстава се користи за прикупљање додатних новчаних средстава.

Орган из става 1. овог члана има право контроле релевантних књига, регистара и активности удружења. које се од значаја за стицање или губитак статуса удружења од јавног интереса.

Члан 83.

Решење о стицању статуса удружења од јавног интереса укида се ако се утврди да је удружење престало да испуњава услове из члана 78. овог закона или ако обавља активности у супротности са законом и статутом.

Пре утврђивања да је удружење престало да испуњава прописане услове или да обавља активности супротно закону и статуту републички орган управе надлежан за област у којој се остварују претежни циљеви удружења писмено ће указати удружењу на утврђене неправилности и оставити му рок да испуни прописане услове односно отклони недостатке

у раду, осим у случају грубог кршења услова одређених овим законом за стицања статуса удружења од јавног интереса или обављање активности удружења.

Против решења о укидању статуса удружења од јавног интереса може се изјавити жалба Влади Републике Србије, у року од петнаест дана од дана достављања решења.

Против одлуке Владе из претходног става може се водити управни спор.

Члан 84.

Удружење од јавног интереса ужива пореске, царинске и друге олакшице у складу са законом.

IX. СТРАНА УДРУЖЕЊА

Члан 85.

Страно удружење, у смислу овог закона, јесте удружење са седиштем у другој држави, основано и регистровано по прописима те државе ради остваривања неког заједничког или општег интереса или циља, а чије деловање није усмерено на стицање добити.

Одредбе овог закона које се односе на упис у регистар и рад удружења примењују се и на упис у регистар и рад представништва, канцеларије и другог организационог облика страног или међународног невладиног непрофитног удружења које има седиште на територији Републике Србије, ако законом или међународним уговором није друкчије утврђено.

Страно удружење које има представништво у Републици Србији или Републици Црној Гори може да отвори један или више огранака тог представништва на територији републике Србије.

Представништво страног удружења нема статус правног лица.

Представништво страног удружења може да отвори рачун у складу са прописима којима је уређен платни промет.

Члан 86.

Представништво, канцеларија и други организациони облик страног или међународног удружења може да обавља своју делатност на територији Републике Србије након уписа у Регистар страних удружења који води министарство надлежно за послове управе.

Уз пријаву за упис у регистар подноси се: оверен превод акта о регистрацији удружења у матичној држави или потврда (изјава) оверена од стране суда или јавног бележника да удружење има према праву матичне државе статус правног лица и без уписа у регистар; одлука надлежног

органа страног удружења о отварању представништва, канцеларије или другог организационог облика у Републици Србији; одлука о лицу овлашћеном за заступање представништва, канцеларије или другог организационог облика и копија исправе о идентитету тог лица; оверени превод статута или одговарајућег акта; податак о седишту и унутрашњој организацији представништва, канцеларије или другог организационог облика страног удружења на територији Републике Србије.

Када страно или међународно удружење има седиште на територији аутономне покрајине, министарство надлежно за послове управе доставља један примерак акта о упису у регистар покрајинском органу надлежном за послове управе.

Подаци уписани у регистар су јавни и свако има право увида у податке уписане у регистар.

Решење о упису у регистар и решење о брисању из регистра представништва страног удружења објављује се у "Службеном гласнику Републике Србије", о трошку страног удружења.

Члан 87.

У регистар се уписује: назив страног удружења; држава у којој је страно удружење регистровано и седиште тог удружења у тој држави; време за које је представништво страног удружења основано; име лица овлашћеног за заступање и представљање страног удружења у Републици Србији и његово држављанство; адреса седишта представништва страног удружења у Републици Србији и његових огранака; циљеви страног удружења; број и датум решења о упису у регистар; датум решења о брисању из регистра; јединствени евиденциони број.

Члан 88.

На странце запослене у представништвима страног удружења примењују се прописи којима се уређује кретање и боравак странаца.

Члан 89.

Страно удружење може из иностранства слободно уносити финансијска средства за рад представништва и за остваривање свог програма у складу са прописима о платном промету са иностранством.

Страно удружење може, после измирења свих доспелих обавеза у Републици Србији и државној заједници Србија и Црна Гора, слободно изнети неутрошена финансијска средства из става 1. овог члана.

Страно удружење може привремено да увози предмете и опрему који су потребни за његов рад и да из изнесе из Републике Србије на начин и

под условима који су уређени прописима о спољнотрговинском пословању.

Члан 90.

Представништво страног удружења престаје и брише се из регистра:

1) ако је страно удружење престало са радом;

2) ако је страно удружење одлучило да представништво престане са радом;

3) ако је представништву страног удружења забрањен рад одлуком Врховног суда Србије.

Решење о брисању из регистра представништва страног удружења у складу са ставом 1. овог члана је коначно у управном поступку и против њега се може покренути управни спор.

Члан 91.

Страно удружење има право да делује слободно на територији Републике Србије, ако његови циљеви и делатност није у супротности са Уставном повељом државне заједнице Србија и Црна Гора и Уставом Републике Србије, овим законом, међународним уговорима које је закључила државна заједница Србија и Црна Гора и Република Србија и другим прописима.

Одлуку о забрани рада представништва страног удружења чији су циљеви или делатности супротни одредби става 1. овог члана доноси Врховни суд Србије.

Поступак забране рада покреће се на предлог Републичког јавног тужиоца или органа надлежног за вршење надзора над радом представништва страног удружења.

Поступак за забрану рада је хитан.

X. НАДЗОР

Члан 92.

Надзор на применом овог закона врши министарство надлежно за послове управе, ако овим или другим законом није другачије утврђено.

Инспекцијски надзор над применом овог закона и прописа донетих на основу овог закона врши надлежни орган управе јединице локалне самоуправе на чијој територији налази седиште удружења, као поверени посао.

Члан 93.

Послове инспекцијског надзора врше инспектори органа из члана 92. овог закона.

У вршењу инспекцијског надзора инспектори имају право и дужност да:

1) прегледају опште и појединачне акте, евиденције и другу документацију о обављању активности и делатности и остваривању циљева удружења, односно о стицању и коришћењу средстава;

2) проверавају да ли је удружење организовано у складу са законом и статутом и да ли обавља активности и делатности у складу са законом и статутом,

3) проверавају да ли су удружења уписана у регистар у складу са законом, и

4) узимају изјаве од лица овлашћеног за заступање удружења и других лица.

Члан 94.

У вршењу инспекцијског надзора инспектори предузимају следеће мере и радње:

1) решењем налажу да се утврђене неправилности и недостатци у одређеном року отклоне;

2) решењем налажу престанак спровођења мера и радњи и обављање активности и делатности које су супротне закону или статуту;

3) подносе захтев за покретање одговарајућег казненог поступка:

4) обавештавају други орган ако постоје разлози за предузимање мера за које је тај орган надлежан;

5) покрећу поступак за утврђивање незаконитости одредбе општег акта удружења;

6) предузимају друге мере и радње на које су овлашћена законом.

Против решења инспектора може се изјавити жалба министру надлежном за послове управе, у року ос осам дана од дана достављања решења.

Жалба против решења инспектора не задржава извршење решења.

XI. КАЗНЕНЕ ОДРЕДБЕ

Члан 95.

Новчаном казном од 200.000 до 450.000 динара казниће се за привредни преступ удружење:

1) ако обавља привредну или другу делатност у циљу стицања добити која није у складу с његовим статутарним циљевима или није предвиђена

статутом или је обављају иако је надлежни орган утврдио да не испуњава услове за обављање делатности (члан 49. став 1. тач. 1 - 3);

2) ако обавља привредну или другу делатност у циљу стицања добити пре добијања одговарајућег акта надлежног државног органа или институције (члан 49. став 4).

За привредни преступ из става 1. овог члана новчаном казном од 20.000 до 30.000 динара казниће се и одговорно лице у удружењу.

Члан 96.

Новчаном казном од 100.000 до 300.000 динара казниће се за прекршај удружење ако:

1) прикупља средства за политичку странку, коалицији и њеног кандидате или финансира њен рад (члан 8. став 2);

2) обавља активности супротно закону, својим општим актима или статуту асоцијације чији је члан (члан 9. ст. 1. и 2);

3) не омогући јавност свог рада на начин утврђен статутом (члан 9. став 3);

4) имовину не користи једино за остваривање својих циљева или имовину дели својим члановима (члан 54. ст. 1. и 2);

5) отпочне да делује пре уписа у регистар (члан 86. став 1);

6) ако не поступи по налогу инспектора (члан 94. став 1. тач. 1. и 2).

За прекршај из става 1. овог члана новчаном казном од 7.000 до 15.000 динара казниће се и одговорно лице у удружењу.

Члан 97.

Новчаном казном од 30.000 до 150.000 динара казниће се за прекршај удружење:

1) ако назив или скраћени назив не користи у облику у коме је уписан у регистар (члан 17. став 1);

2) ако у року од петнаест дана не пријави надлежном органу промену података који се уписују у регистар (члан 44. став1);

3) ако извештај о свом раду и о обиму и начину стицања и коришћења средстава истичу на истакне на огласној табли у пословним просторијама удружења, и тај извештај не достави даваоцу средстава (члан 50. став 3);

4) онемогући доступност јавности податке из извештаја о свом раду и начину стицања и коришћења средстава (члан 51. став 3);

5) не пријаву промену података од значаја за стицање статуса удружења од јавног интереса (члан 82. став 1);

6) ако овлашћеним лицима не омогући увид у пословне књиге и другу документацију, опште и појединачне акте или ако ускрати давање изјава или података значајних за вршење инспекцијског надзора (члан 93).

За прекршај из става 1. овог члана новчаном казном од 5.000 до 8.000 динара казниће се и одговорно лице у удружењу.

Члан 98.

Новчаном казном од 7.000 до 15.000 динара казниће се за прекршај лице овлашћено за заступање удружења ако у прописаном року не обавести регистарски орган да није донета одлука о покретању поступка ликвидације или да она није објављена (члан 72. став 1).

XII. ПРЕЛАЗНЕ И ЗАВРШНЕ ОДРЕДБЕ

Члан 99.

У року од петнаест дана од дана ступања овог закона на снагу министарство надлежно за послове управе донеће прописе о извршењу овог закона.

Члан 100.

Поступак уписа у регистар започет до дана ступања овог закона на снагу окончаће се по одредбама овог закона.

Члан 101.

Друштвене организације, удружења грађана и њихове асоцијације основани према Закону о друштвеним организацијама и удружењима грађана ("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) по ступању овог закона на снагу настављају са радом као удружења, с тим што су дужни да у року од годину дана од дана ступања овог закона на снагу ускладе своју организацију, рад и опште акте са одредбама овог закона.

Друштвене организације, удружења грађана и њихове асоцијације основани према Закону о друштвеним организацијама и удружењима грађана, чији организациони делови имају својство правног лица, дужни су да се у року из става 1. овог члана поднесу пријаву за упис тих делова у надлежни регистар.

Друштвене организације, удружења грађана и њихови савези основани према Закону о друштвеним организацијама и удружењима грађана дужни су да у року из става 1. овог члана регистарском органу поднесу пријаву за упис усклађивања, фотокопије статута важећег на дан ступања на снагу овог закона, решења о упису у регистар друштвених организација и удружења грађана, одлуке о избору заступника удружења и личне исправе заступника удружења, као и три примерка новог статута, ради уписа у регистар удружења.

Друштвене организације, удружења грађана и њихови савези који имају седиште на територији Републике Србије а уписани су у регистар према Закону о удруживању грађана у удружења, друштвене организације и политичке организације које се оснивају за територију Социјалистичке Федеративне Републике Југославије («Службени лист СФРЈ», број 42/90 и «Службени лист СРЈ», бр. 24/94, 28/96 и 73/2000) - дужни су да у року из става 1. овог члана поднесу надлежном регистарском органу пријаву за упис усклађивања, фотокопије статута важећег на дан ступања на снагу овог закона, решења о упису у регистар друштвених организација и удружења грађана, одлуке о избору заступника удружења и личне исправе заступника удружења, као и три примерка новог статута, ради уписа у регистар удружења.

Друштвене организације, удружења грађана и њихови савези који не поступе у складу са ст. 2 - 4. овог члана губе статус правног лица и сматрају се брисаним из регистра, а њихова имовина прелази по сили закона на лица одређена статутом, односно законом, без спровођења поступка ликвидације.

Члан 102.

Страна удружења која су отпочела са деловањем на територији Републике Србије пре ступања на снагу овог закона дужне су да своје деловање усагласе са овим законом и да поднесу пријаву за упис у регистар, са потребним документима, у року од три месеца од дана ступања на снагу овог закона.

Ако страно удружење не поступи у складу са одредбом става 1. овог члана, министарство надлежно за послове управе донеће решење о престанку његовог рада, до уписа у регистар.

Решење из става 2. овог члана коначно је у управном поступку и против њега се може покренути управни спор.

Члан 103.

Непокретности у друштвеној својини на којима право коришћења имају друштвене организације и удружења, са седиштем на територији Републике, прелазе даном ступања на снагу овог закона у државну својину, на којој право коришћења има јединица локалне самоуправе (град, односно општина) на чијем се подручју налазе њихова седишта.

Непокретности из става 1. овог члана постају својина удружења 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 непокретности нису од посебног значаја за задовољавање потреба грађана, односно да би се одређене потребе грађана боље задовољавале ако би непокретности биле у својини удружења.

Јединице локалне самоуправе из става 1. овог члана могу непокретности давати на коришћење (закуп, послугу) удружењу које је на непокретности имало право коришћења, или другој организацији, под истим условима, уколико удружење које је имала право коришћења није исказало интерес за узимање на коришћење непокретности.

Непокретности у друштвеној својини на којима право коришћења имају асоцијације удружења са седиштем на територији Републике, постају даном ступања на снагу овог закона њихова својина.

Непокретности у друштвеној својини на којима имају право коришћења друшвене организације, удружења и асоцијације, а које су биле у својини тих организације пре него што су на основу закона пререгистроване из статуса удружења у друштвене организације постаје даном ступања на снагу овог закона њихова својина.

Покретна имовина у друштвеној својини којом на дан ступања на снагу овог закона располажу друштвене организације и удружења из става 1. овог члана постаје даном ступања на снагу овог закона њихова својина.

Сва имовина коју удружења из става 1. овог члана стекну након ступања на снагу овог закона јесте њихова својина.

Члан 104.

Даном ступања овог закона на снагу престају да важе:

1) Закон о друштвеним организацијама и удружењима грађана ("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)

2) Закон о удруживању грађана у удружења, друштвене организације и политичке организације које се оснивају за територију Социјалистичке Федеративне Републике Југославије ("Службени лист СФРЈ", број 42/90 и "Службени лист СРЈ", бр. 24/94, 28/96 и 73/2000), у делу који се односи на удружења грађана и друштвене организације и њихове савезе.

3) Чланови 67. до 75. Закона о кретању и боравку странаца («Службени лист СФРЈ», број 56/80, 53/85, 30/89, 26/90 и 53/91).

Члан 105.

Овај закон ступа на снагу по протеку три месеца од дана објављивања у “Службеном гласнику Републике Србије”.

Nenad Djurdjević, a full-time professor

A MODEL OF THE ACT ON ASSOCIATIONS

The Constitution of the Republic of Serbia and the Charter on human and minorities rights of the State Union of Serbia and Montenegro guarantee to their citizens the right to form associations. The procedure for their formation is regulated by the Act on social organizations and citizens' associations. This Act was brought in 1982 according to the existing constitutional order of the Socialist Republic of Serbia. This Act has been amended several times (the last modification was in 1989). However, its regulations are for the most part in conflict with the present constitutional order and legal system of the Republic of Serbia, as well as with the norms of European Convention on human rights and the new Constitutional Charter of the State Union of Serbia and Montenegro.

The Government of the Republic of Serbia drafted a new bill on associations in December 2001, but it has never been brought before the Parliament. After 2003 parliamentary elections, this legislation was withdrawn from the Parliament and a new bill has never been proposed again. Since the author of this text was the main coordinator of the Committee of experts who were in charge of drafting the bill from 2001, in this work he gives a model of the Act on associations which reflects the author' s view on the issue of the right of citizens to freely form their associations, as well as the views of other experts and representatives of the public and various NGOs.

Одељак VII

СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ

Др Емилија Станковић,
ванредни професор

***UDK**: 34(37):34.02(497.11)*

НАШИ ПРАВНИ ИСТОРИЧАРИ XIX И XX ВЕКА О УТИЦАЈУ РИМСКОГ ПРАВА НА СРПСКО СРЕДЊЕВЕКОВНО ПРАВО

Иако кренемо од констатације Стојана Новаковића, да је "сав наш историјски живот протекао у класичној домовини римског права и да смо, што се тиче правних идеја, једнако живели под утицајем и управо под господовањем римског права,"[1] морамо се запитати какав и колики је тај утицај био.

Прва фаза утицаја римског права на српско право била је путем византијског црквеног права у средњем веку. У периоду пре цара Душана видна је превласт обичајног права. Међутим, чак ни у том периоду српско право се није развијало потпуно аутохтоно. Било је изложено разноврсним утицајима од којих је био најјачи византијски, и то у два облика: као рецепција и као традиција.[2]

Од Немањиног доба у Србији постаје доминантна хришћанска култура и од тада можемо пратити утицај византијског права. По речима Стојана Новаковића то је период када "приватни живот, друштвени рад, сваколика уљуђеност носи тип хришћански." Међу Србе са вером долазе и закони. Пре свега то су црквени закони који имају неприкосновену снагу у православној цркви, али исто тако и у области брачног и породичног права. Утицај Номоканона био је присутан још од деветог века, од самог почетка примања хришћанства. Можда би као илустрација овог утицаја могла да послужи чињеница да је Стефан Немања у својој борби против богумила примењивао начела византијског кривичног права: вођи је одсекао језик, велики број богумила је спалио, а неке је прогнао.

Несумњиво да је од пресудног значаја био превод Номоканона, који је 1219. године учинио Свети Сава, а којим и византијски световни закони ушли у Србију. При повратку из Никеје свратио је Свети Сава најпре на Свету Гору, а потом у Солун где је по речима Дометијана "преписао многе законске књиге и књиге о вери које су биле потребне његовој саборној

---

[1] Новаковић, С., Васкрс државе српске и друге студије, Београд, 1986, стр. 245

[2] Соловјев, А., Историја словенских права, законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка, 1998, стр. 188

цркви." Свакако да су српски епископи добили по примерак тог зборника, који је требало да буде основ црквено-правног живота у Србији.

Свети Сава у Србију није донео застарели Номоканон, већ новију верзију тзв. Фотијев номоканон из 883. године који обухвата сва правила (каноне) која су и данас обавезна за целу Православну цркву. Светосавска крмчија (или Номоканон) није била само обичан превод, већ се може сматрати личним делом Савиним. Он је у Крмчију осим извода из Јустинијанових Новела унео и тзв. "Мојсијев закон" (гл. 48) и цео Прохирон (као гл. 55. Крмчије).[3] Прохирон као једна од значајнијих византијских прерада Јустинијанове кодификације садржи норме породичног, облигационог, црквеног и кривичног права. Присутне су и одредбе о судском поступку. Треба нагласити да се у кривично право уводи нешто чега у римском праву није било, осим када су у питању робови, а то су казне сакаћења. Целокупна материја систематизована је у 40 глава, при чему се само 2 главе непосредно односе на црквено право (гл. 24. и гл. 28). С обзиром на чињеницу да је цео Прохирон уврштен у Крмчију, то је сасвим извесно да још од овог периода почиње велики утицај византијског тј. римског права на српско право. Ово је био пут којим су византијски закони ушли у Србију и постали саставни део њене вере, као и њених закона. Судећи по Стојану Новаковићу "Законско-црквени зборници вредели су као канал кроз који су у Србију продирале наредбе и идеје римског права."

Колики је био стварни утицај Прохирона у Србији пре Душана тешко је рећи. Има примера који указују да је примена обичајног права имала превагу. Тако је за свако кривично дело по византијском праву држава морала применити санкцију и то по правилу телесну или смртну казну, док нам документи говоре да је по српском праву убица био кажњаван само новчано. Реч је о обичајном праву српског народа тог доба.

Српско обичајно право иако постојеће и важеће морало је да дође у сукоб са традицијом римско-византијског права. По речима Стојана Новаковића "први људи наших племена, насељени на овој класичној земљи римског права, затекли су на њој и римски ред и римску администрацију и римско суђење." Словени као ни други народи који су покорили територије римског царства нису успели да до краја униште римску културу. На тим територијама остао је грчки и романски живаљ, нарочито у градовима. Наравно било је и манастира са својим поседима. На тим поседима, који су представљали аутономне области, судство и администрацију вршили су свештеници.[4] Утицај и задржавање традиције римског права нарочито је изражен у вишим слојевима. Трговци,

[3] Соловјев, А., нав. дело, стр. 189.
[4] Новаковић, С., нав. дело, стр. 253.

становници градова, властела и црквени клир током 11. и 12. века за спорове брачног и наследног права обраћају се грчким властима, при чему се наравно користе појмовима византијског права. Примера ради у Призрену који је још око 1220. године пао у руке Срба, у доба цара Душана уговор о продаји куће писан је потпуно на грчком обрасцу. Када је доцније освојено Скопље краљ Милутин истиче да он ни у ком случају не жели да мења постојећи правни ред, већ да потврђује постојеће хрисовуље. Након освајања тих византијских земаља, логично традиција римског права врши одређени утицај на српско право. Затечене су византијске установе и наравно устаљено судско уређење. Што је цар Душан продирао јужније то је више задирао у област византијског права.

Несумњиво да је највећи утицај традиције римског права био преко Душановог законодавства. Период Душанове владавине је свакако период хегемоније Срба на Балкану. Душанов циљ је јасан, стварање најјаче државе на Балкану, при чему би темељ државе требало да буде православна вера. Освајајући читаву долину Вардара насељену српским живљем он долази и до Солуна и Сера. Нестабилност у Византији даје му идеју да склони претенденте за цариградски престо и да споји Грке и Србе, стварањем једне моћне православне царевине. Идеја врло слична, ако не и иста, Јустинијановој. Не изненађује податак да је освојивши Сер у септембру 1345. године, краљ Душан себе прогласио за "цара и самодршца Србљем и Грком" за (*basileus kai autokrator Servias kai Rhomanias*). Заиста је Душан освојио многе грчке земље и постао *fere totius imperii Romanie dominus* (господар готово целог Ромејског царства). Стефан Душан је и крунисан за цара у Скопљу, граду који је својевремено био престоница византијских "дуксова". Крунисање је обављено не само од стране српског патријарха, него и уз присуство бугарског патријарха и грчких аријереја. Сви они поставили су Душана за "цара в всаку православну веру", сваком православном народу. Идеја о великој држави заснованој на православљу, остварена је.

Велика освајања и стварање велике државе захтевале су и озбиљан законодавни рад. Јужне покрајине навикле су на грчко право а српске судије и епископи морали су да се упознају са тим правом, јер су били задужени за примену права. Отуда не чуди чињеница да се 1348. године на српски језик преводи Властарева Синтагма, исцрпна енциклопедија византијског црквеног и световног права. За аграрна користили су се "законом Јустинијана", кратком српском компилацијом, свега 33 члана из старог византијског Номос Грегорикос-а.

Најзначајнији споменик средњевековне Србије, Душанов законик из 1349. године у старим рукописима никада се не јавља сам, већ увек на трећем месту после српско византијских зборника, скраћене Синтагме и закона цара Јустинијана. Ова чињеница сама по себи довољно говори о утицају римско-византијског права на српско право, не само у

садржинском већ и у формалном смислу. Наиме, цар Душан је читајући о великом Јустинијану у предговору Властаревој Синтагми желео да га подржи, па је из тих разлога Законик увек ишао са овим претходним законима аналогно *Codex-u*, *Digestama* и *Novellam-a* Јустинијана.

Очигледно да је цар Душан себе видео у улози реформатора, да му је велики узор био Јустинијан. Међутим, не само он. У великом броју својих повеља цар Душан себе пореди са Константином. То поређење му је омиљено вероватно зато што је Константин био поштован као први византијски цар, што је озаконио хришћанство и што је на васељенском сабору уредио хришћанску цркву, као и њен однос према држави. Слично је урадио и цар Душан, на сабору "све васељене", у Скопљу. Тада према повељи од 21. маја 1349. године, све исто што и Константин пренео у своју престоницу. Српском народу донео је традицију старог римског царства. Поред идеје стварања велике хришћанске државе коју је успео да реализује није занемарио ни рад на кодификацији права. И у том делу имао је за узоре Константина и Јустинијана, који потичу из наших крајева. Не треба при том заборавити ни Василија из Македоније, који је био покретач Прохирона, Епаногога и Василика.

У Повељи о законодавном раду цар Душан с правом може констатовати да је поставио "истините законе православне вере, како приличи имати по светој цркви хришћанској, по земљама и градовима." Једно је сигурно, добро правно уређење државе чијем успостављању је цар Душан тежио, користећи при том писано грчко право, био је прави пут, који му је помогао и при освајању цариградског царства. При том треба нагласити умешност цара Душана да из обимног византијског права, често противуречног, кад кад лоше примењиваног у пракси извуче оно што је у њему најбоље, његова начела, да та начела усвоји, да им кратку и јасну форму, погодну за примену, при том много бољу.

Цар Душан није као његови словенски савременици о систему римског права сазнања добијао из Болоње, проучавањем старих рукописа и коментара истих. Он је сазнања црпео непосредно из византијске стварности. Цела његова царевина била је прожета римско-византијским системом права, који је био позитивно право у православној цркви и јужној половни државе.

Задатак који је себи поставио цар Душан, да у новозаснованој држави Срба и Грка, од римско-византијске традиције и српске снаге, створи велику државу у којој су једнаки освојени народи и Срби и у којој сви поштују законе владара и сабора, било је тешко скоро немогуће остварити. Велике културне и националне разлике ометале су остварење тог циља. Борба великаша била је још погубнија на путу ка циљу. И као што је у историји већ бивало, јаки, храбри и велики владари успевали су да снагом свог ауторитета наметну одређене позитивне промене, да их спроводе и држе ствари под контролом. Након смрти таквих владара обично би

долазило до расула и заустављања већине позитивних токова. То се догодило и овог пута. За свог живота Душан је успевао да држи властелу под контролом. Након његове смрти успели су поједини великаши, као и неке покрајине да наруше углед владара и Земаљског сабора. Нестало је царство, али је остао Душанов Законик као несумњиви сведок једне сјајне прошлости. То је споменик великих политичких тежњи, великог умећа и виспреености једног заиста великог владара.

Иако јединствени у позитивној оцени Душановог Законика научници нису сагласни по питању утицаја византијског права на целокупно Душаново законодавство, односно питање односа византијског и српског права је прилично нерешено. Велики утицај византијске културе и права у старој српској држави је евидентан. Велики број научника[5] признаје обавезну снагу византијских "Закона светих отаца", као дела вере у средњевековној Србији. Византијски зборници свакако су темељ или први нераздвојни део зборника цара Душана. Душанов законик и Властарева синтагма су дело једног времена, чак чине једну целину. Византијски зборници имали су у српској земљи обавезну снагу. У Душаново време судило се по Јустинијановом законику. Византијски су зборници, а нарочито потпуна Синтагма имали законску снагу пре Душана, за време његове владавине, као и после њега.

[5] Новаковић, С., Јиречек, С.

Emilija Stanković, an associate professor

OUR LEGAL HISTORIANS FROM THE 19TH AND 20TH CENTURIES ON THE INFLUENCE OF ROMAN LAW ON SERBIAN MEDIEVAL LAW

The issue on the type and extent of the influence of Roman law on Serbian medieval law has never ceased to raise disputes. Although the existence of this influence has never been questioned, there is a number of dilemmas concerning its scope and content. One of the most disputable issues is the influence of Roman law on Dušan's Code, since this is the most important legal act of medieval Serbia.

King Dušan, unlike other Slavic rulers, did not learn about Roman law by analyzing old Bologna manuscripts and their reviews. He learned it on the spot, from immediate Byzantine reality. Namely, his entire kingdom was imbued with Roman - Byzantine legal system which represented the positive legal system accepted in the southern part of the state and by the Serbian orthodox church.

Although the scientists generally agree that Dušan's Code was written under the influence of Roman law, they disagree whether this influence was present in the entire legislation of Dušan's era. The great influence of Byzantine culture and law in old Serbian state was evident. Most of the scientists acknowledge the power of Byzantine "Laws of Holly Fathers", as a part of religion in medieval Serbia. The Byzantine laws certainly represent the basis and the constituent part of the Dušan's Code. This Code, together with Vlastar Syntagm are the products of this age and can be even considered as a whole. The Byzantine Codes were binding acts in the state of Serbia. During Dušan's reign, the trials were held according to the Iustinian' s Code. The Byzantine Codes, especially the entire text of Syntagm had the legal power before Dušan, during his reign and still remained in power long after his fall.

Одељак VIII

СЛОБОДА ЗАВЕШТАЊА

Др Слободан Сворцан,
редовни професор

***UDK**: 347.65/.66*

НАСЛЕЂИВАЊЕ У ПРВОМ НАСЛЕДНОМ РЕДУ ПО ЗАКОНУ О НАСЛЕЂИВАЊУ СРБИЈЕ

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Наслеђивање у првом наследном реду регулисано је са више одредби. Али, неке од ових одредби су недоречене, па се јављају бројне дилеме приликом њихове примене у пракси. С обзиром на наведене недостатке пожељно је детаљније анализирати сваку од тих норми.

Поред тога, када се целовито посматрају дата законска решења стиче се утисак да наслеђивање у првом наследном реду није регулисано на најбољи начин и да би га требало другачије уредити у одређеним условима. Због тога ваља дати извесне сугестије у том правцу.

Рад је подељен у два дела. У првом делу анализирана су постојећа решења, а у другом делу су дати предлози везани за измене и допуне ових решења.

Први део
АНАЛИЗА ВАЖЕЋИХ ЗАКОНСКИХ РЕШЕЊА

I. НАСЛЕДНИЦИ ПРВОГ НАСЛЕДНОГ РЕДА

Потенцијални наследници првог наследног реда су сви оставиочеви потомци и оставиочев брачни друг.[1] У потенцијалне наследнике првог наследног реда спадају и сви оставиочеви усвојеници, сви потомци оставиочевих усвојеника, сви усвојеници оставиочевих усвојеника и сви усвојеници оставиочевих потомака, ако код непотпуног усвојења наслеђивање није ограничено или искључено.[2]

На први поглед рекло би се да нема ништа спорно у вези потенцијалних наследника првог наследног реда. Међутим, и у пракси и у

[1] ЗОН Србије, чл. 9. ст. 1.
[2] ЗОН Србије, чл. 34. и 35.

теорији се појавио спор око тога кад се брачни друг појављује као наследник првог наследног реда. Према законској одредби,[3] "када оставилац нема потомства, брачни друг не наслеђује у првом наследном реду". Спорно је да ли брачни друг наслеђује као наследник првог наследног реда када оставилац има потомака или усвојеника, али нико од њих не може или неће да наследи. Око ове спорне чињенице заузимани су различити ставови. Изнето је мишљење да брачни друг никада не може сам да наслеђује као наследник првог наследног реда.[4] Из овог произилази да, када оставилац има потомке или усвојенике али нико од њих не може или неће да наследи, брачни друг наслеђује као наследник другог наследног реда. Наведени аутори нису образложили изнето мишљење, па се не зна на чему заснивају свој став. Међутим, ово мишљење не може бити прихваћено. Овакав закључак не произилази из цитиране законске одредбе, јер се у одредби говори само о случају када оставилац "нема потомства", а не и о случајевима када он има потомства али оно не може или неће да наследи. Наведени став не може бити прихваћен ни због тога што би у случају оваквог тумачења одредбе из чл. 11. био озбиљно погоршан наследноправни положај оставиочевог брачног друга, што је неприхватљиво с обзиром на значај брака, о чему се више говори у другом делу рада.

Зато треба узети да ће брачни друг наследити као наследник првог наследног реда у свим случајевима када је оставилац у моменту смрти имао бар једног потомка, или усвојеника, или усвојениковог потомка, или потомковог усвојеника или усвојениковог усвојеника, без обзира да ли они хоће и да ли могу да наследе. Ако они неће или не могу да наследе брачни друг ће наследити целокупну заоставштину као наследник првог наследног реда, а на наслеђе неће бити позивани наследници другог наследног реда.

II. РЕД ПОЗИВАЊА НАСЛЕДНИКА У ПРВОМ НАСЛЕДНОМ РЕДУ

Напред су наведени потенцијални наследници првог наследног реда. Али, не позивају се на наслеђе истовремено и заједно сви потенцијални наследници. Они су разврстани у групе и успостављен је ред позивања на наслеђе појединих група.

Прво се заједно на наслеђе позивају оставиочева деца и оставиочеви усвојеници и оставиочев брачни друг. Ова група наследника дели

[3] ЗОН Србије, чл. 11.
[4] Антић, О., Балиновац, З., Коментар ЗОН-а, Београд, 1996. год. стр. 135.

заоставштину на једнаке делове, а колики ће бити ти наследни делови зависи од броја ових наследника.

Ако неко од оставиочеве деце или оставиочевих усвојеника не може или неће да наследи, његов део наслеђују његова деца или његови усвојеници, по праву представљања, а ако неко од њих не може или неће да наследи његов део наслеђују његова деца или његови усвојеници и тако редом док има потомака и усвојеникових потомака или њихових усвојеника.[5]

Ако брачни друг неће или не може да наследи, његов део не наслеђују његови потомци, већ тај део деле на једнаке делове оставиочева деца и оставиочеви усвојеници.

III. ПРИМЕНА ПРАВА ПРЕДСТАВЉАЊА И ПРАВА ПРИРАШТАЈА У ПРВОМ НАСЛЕДНОМ РЕДУ

У првом наследном реду се примењује прво право представљања, уколико је то могуће. Тек када не може бити примењено право представљања примењује се право прираштаја.

Право представљања се примењује на све оставиочеве потомке неограничено, док их има. Па, ако једно оставиочево дете неће или не може да наследи, његов део наслеђују његова деца и његови усвојеници на једнаке делове. Када неко од њих не може или неће да наследи, његов део наслеђују његова деца, такође на једнаке делове, и тако редом док има потомака од тог детета.[6]

Право представљања се примењује и на оставиочеве усвојенике, на исти начин као и на оставиочеве потомке.

Кад брачни друг не може или неће да наследи не примењује се право представљања, па се место њега не позивају његови потомци нити се он узима у обзир приликом расподеле заоставштине.

Када оставиочево дете које не може или неће да наследи нема потомака ни усвојеника који би могли и хтели да наследе, није могуће применити право представљања, већ се примењује право прираштаја. Тада наследни део тог детета деле на једнаке делове друга оставиочева деца, оставиочеви усвојеници и оставиочев брачни друг.

[5] ЗОН Србије, чл. 10.
[6] ЗОН Србије, чл. 10.

IV. ОДСТУПАЊА ОД НАПРЕД ПРИКАЗАНИХ ОПШТИХ ПРАВИЛА РАСПОДЕЛЕ ЗАОСТАВШТИНЕ

У највећем броју случајева заоставштина бива расподељена на напред приказани начин. Али, Закон је предвидео и могућност да се на другачији начин расподели заоставштина у првом наследном реду. Тако, Закон допушта могућност да свако оставиочево дете добије до два пута већи део него брачни друг. Да би дошло до овог повећања потребно је да се испуне четири услова.[7]

1) Да би могло доћи до примене ове одредбе неопходно је да постоји бар једно дете оставиочево чији други родитељ није преживели брачни друг. У одредби се ништа не говори да ли потомци овог оставиочевог детета могу да траже повећање када то дете не може или неће да наследи. Треба узети да је ово право строго везано за личност оставиочевог детета и да оно не може прећи на његове потомке. Овакав закључак произилази из формулације саме одредбе у којој изричито стоји: "Кад постоји оставиочево дете...", дакле, не говори се и о потомцима тог детета. Поред тога, проширење ове одредбе на потомке оставиочевог детета било би неприхватљиво због чињенице што би то још више погоршала наследноправни положај оставиочевог брачног друга.

2) Други услов за примену ове одредбе јесте да брачни друг има имовину која је по вредности већа од наследног дела који би му припао при подели заоставштине на једнаке делове. Ту треба рачунати сву имовину коју има брачни друг, како његову посебну имовину, тако и ону коју је стекао у браку. Колика треба да буде вредност те имовине зависиће од укупне вредности заоставштине и од броја оставиочеве деце и оставиочевих усвојеника.

3) Трећи услов за повећање наследног дела је да суд закључи да је оправдан захтев за повећање. Закон не наводи било какве критеријуме којих би се суд морао придржавати приликом одлучивања о захтеву за повећање. Зато при оцени оправданости захтева треба поћи од циља норме. Циљ норме је да се побољша наследноправни положај оставиочевог детета чији други родитељ није преживели брачни друг, када за то постоји потреба. С обзиром на ово, повећање треба дозволити када то оставиочево дете нема нужних средстава за живот а неспособно је за рад. Приликом одлучивања о захтеву суд мора свестрано ценити и укупан положај оставиочевог брачног друга, јер се једнако мора водити рачуна и о интересима овог детета и о интересима оставиочевог брачног друга. Ако

[7] ЗОН Србије, чл. 9. ст. 3.

брачни друг нема нужних средстава за живот и ако је неспособан за привређивање онда не треба дозволити повећање.[8]

4) Суд мора да одреди обим повећања, ако прихвати захтев, и то је четврти услов за примену цитиране норме. Суд обим одређује по слободној процени, и то сходно напред наведеним критеријумима. Закон је предвидео да повећање може бити највише толико да свако оставиочево дете добије два пута већи део од брачног друга.

Овде посебно ваља имати у виду да суд мора, ако дозволи повећање, да повећа наследне делове све оставиочеве деце у истом проценту. Уколико неко дете неће или не може да наследи па се место њега јављају његови потомци, онда ће се и део који деле његови потомци увећати у истом проценту.

У Закону није речено да ли суд треба да примени ову одредбу по службеној дужности или само на захтев оставиочевог детета чији други родитељ није преживели брачни друг. Неки аутори констатују да из формулације одредбе произилази закључак да суд исту примењује по службеној дужности.[9] Ово мишљење не може бити прихваћено. У наведеној одредби, између осталог, стоји да "свако оставиочево дете може наследити... "Из овакве формулације не произилази закључак да суд ову одредбу треба да примењује по службеној дужности. Наведени аутори су, на истим месту, изнели став да би ову одредбу требало примењивати по службеној дужности када је оставиочево дете чији други родитељ није преживели брачни друг малолетно, а када је пунолетно онда би по одредби ваљало поступати само на захтев тог детета. Ни ово мишљење не може бити прихваћено. Нема основа да се различито третирају малолетна и пунолетна деца у овом случају. Зато ову одредбу треба примењивати само када повећање затражи оставиочево дете чији други родитељ није преживели брачни друг. Овако су до сада поступали наши судови.

У Закону није речено да ли је право на повећање строго везано за личност оставиочевог детета, па није јасно како ваља поступити када у току поступка који се води ради повећања наследног дела умре оставиочево дете које је тражило повећање. Такође је нејасно да ли ово повећање могу тражити потомци оставиочевог детета када то дете не може или неће да наследи.

Приликом, давања одговора на спорна питања мора се поћи од циља наведене одредбе и њеног карактера. Циљ одредбе је (како је напред наведено) да се побољша наследноправни положај оставиочевог детета чији други родитељ није преживели брачни друг, па нема основа да се она примењује и на потомке овог детета. Ова одредба предвиђа изузетак од

[8] Сворцан, С., Коментар ЗОН-а Србије, Крагујевац, 2004. год, стр. 42. и 43.
[9] Антић, О., Балиновац, З., нав. Коментар, стр. 132.

општег правила, па је с обзиром на овакав њен карактер треба уско тумачити, сходно опште прихваћеном начелу у праву о тумачењу изузетака.

Даље, проширење одредбе и на потомке оставиочевог детета озбиљно би погоршало наследноправни положај оставиочевог брачног друга, што се не може прихватити с обзиром на значај брака.

Када се одлучује о примени ове норме нужно се осврнути и на одредбе које регулишу повећање наследног дела брачног друга. Брачни друг када се јавља као наследник другог наследног реда може тражити повећање наследног дела под одређеним условима,[10] али Закон изричито прецизира да ово право не прелази на његове потомке.[11] Нема оправдања да се не поступи на исти начин и када се ради о преласку права на повећање наследног дела које припада оставиочевом детету.

С обзиром на наведено, сматрам да је право да се тражи повећање наследног дела строго везано за личност оставиочевог детета и да не може прећи на његове потомке. Зато, ако у току поступка у коме се одлучује о захтеву за повећање наследног дела умре оставиочево дете које је тражило повећање поступак треба обуставити. Када оставиочево дете које може да тражи повећање не може или неће да наследи његови потомци не би могли тражити овакво повећање.

Ово право треба признати и усвојенику ако преживели брачни друг није његов усвојилац, пошто усвојеници имају у принципу исти наследноправни положај као оставиочева деца.

Закон није решио ни питање рокова у којима се може истицати захтев за повећање наследног дела. Ситуацију компликује и одредба по којој право наследника да тражи заоставштину не застарева, па се одмах намеће питање да ли право да се тражи повећање наследног дела застарева. Ово је значајан пропуст законодавца који озбиљно угрожава принципи правне сигурности. Пошто принцип правне сигурности спада међу најважније правне принципе,[12] неопходно је ову празнину попунити одредити рокове у којима се може тражити повећање наследног дела.

При одређивању ових рокова треба, по аналогији, применити одредбу из ст. 1. чл. 23. Закона којом је прецизиран рок у коме брачни друг може тражити повећање свог наследног дела. Овакав поступак је у складу и са принципом правичности, а овај принцип увек мора бити идеја водиља при попуњавању правних празнина.[13] Уосталом, и сам законодавац у многим материјалноправним одредбама упућује на примену принципа

[10] ЗОН Србије, чл. 23.
[11] ЗОН Србије, чл. 24.
[12] Стојановић, Д., Правда и правна сигурност, Правни живот бр. 9-10/94, стр. 661.
[13] Марковић, Б., О правичности и позитивном праву, Правни живот, бр. 9-10/94, стр. 585.

правичности.[14] А, принцип правичности налаже да се на битно исте ситуације примене иста правила. У конкретном случају то значи да за све наследнике којима је дато право да траже повећање наследног дела треба одредити исте рокове у којима се може ставити захтев за повећање.

С обзиром на наведено ваља узети да оставиочево дете мора ставити захтев за повећање свог наследног дела најкасније у року од једне године од оставиочеве смрти. Ако је наследник учествовао у оставинском поступку он свој захтев треба да истакне до окончања оставинске расправе, а најкасније у жалби на првостепено решење овај наследник би могао истицати захтев само ако су испуњени услови за понављање поступка из чл. 421. ЗПП-а. Наследник који није учествовао у оставинском поступку могао би истицати овај захтев и после окончања поступка, али само у напред наведеном објективном року.

Други део
I. КРИТИЧКИ ОСВРТ НА САДА ВАЖЕЋА РЕШЕЊА И ПРЕДЛОЗИ ИЗМЕНА

У првом делу рада детаљно су анализиране важеће правне норме које регулишу наслеђивање у првом наследном реду. Међутим, неопходно је учинити критички осврт на дата решења и ставити предлоге за евентуалне измене, па је то предмет овог другог дела. Али, пре преласка на детаљнију оцену појединих решења ваља учинити извесне напомене.

Из предњег приказа важећих решења види се да први наследни ред чине три групе наследника, и то: а) сви оставиочеви потомци и њихови усвојеници, б) сви оставиочеви усвојеници и сви њихови потомци и сви њихови усвојеници, и в) оставиочев брачни друг. При критичком осврту треба дати одговор на два питања: а) да ли су добро одређени потенцијални наследници првог наследног реда, и б) да ли је ваљано регулисан наследноправни положај сваке од наведених група.

Сматрам да је добро одређен круг потенцијалних наследника првог наследног реда и да овакав круг највише одговара претпостављеној вољи оставиоца. Потомци су група крвних сродника која непобитно има најјаче емотивне везе са оставиоцем. Што се тиче усвојења њему по правилу прибегавају лица која не могу да имају природне потомке. Зато усвојеницима треба признати исти наследноправни положај као и потомцима, када уговором о усвојењу није другачије одређено. Брачни

[14] Станивуковић, Г., Принцип правичности и решавање спорова, Правни живот, бр. 11-12/94, стр. 1688.

друг мора неизоставно да буде у првом наследном реду, с обзиром на значај брака и брачне заједнице.[15]

Што се тиче наследноправног положаја појединих група, решења дата у Закону заслужују озбиљне критике и ваљало би их у значајној мери изменити. Није ваљано одређен ни наследноправни положај оставиочевих потомака, ни наследноправни положај оставиочевог брачног друга. Што се тиче усвојеника за њих важи све што буде речено за оставиочеве потомке.

II. НАСЛЕДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ОСТАВИОЧЕВИХ ПОТОМАКА

Одредба из става 3. члана 9. ЗОН-а је неприхватљива, посматрано са становишта интереса оставиочеве деце. Ова одредба неосновано фаворизује интересе оставиочеве деце чији други родитељ није оставиочев брачни друг који се јавља као наследник, и истима даје већа наследна права од оних које имају оставиочева деца чији је други родитељ преживели брачни друг, јер само ови први могу тражити повећање наследног дела. Примена ове одредбе најчешће не изазива ефекте који су у складу са стварним животним потребама. Наиме, у случају усвајања захтева за повећање сва оставиочева деца добијају једнаке увећане наследне делове. Тако се побољшава наследноправни положај и оне деце која имају велико богатство, што је потпуно непотребно, и ова деца се стављају у исти положај са оном оставиочевом децом која су неспособна за рад и која немају нужних средстава за живот, што је крајње неправично.

Ова одредба је очито донета на бази неких претпоставки о односима између очуха (мађехе) и пасторака,[16] што је скоро неважно када се ради о регулисању наследноправног положаја.

Поред наведеног, начин на који је регулисан наследноправни положај оставиочевих потомака има и других озбиљних недостатака. Закон не даје могућност да потомци који немају нужних средстава за живот а који су неспособни за рад траже повећање свог наследног дела. Тако се редовно дешава да добију једнаке наследне делове потомци који немају нужних средстава за живот и неспособни су за рад и потомци који имају огромно богатство, што је, како је напред већ констатовано, крајње неправично.

Када се устројавају правне норме које регулишу одређену област живота треба увек настојати да се нађу решења која највише одговарају захтевима правде и правичности. Правилно се истиче у литератури да је

[15] Ваља напоменути да и други закони често сврставају брачног друга са децом. О овоме више: Николић, М., Душевни болови и накнада штете, Правни живот, бр. 10/00, стр. 537. и Трифуновић, П., Накнада неимовинске штете због смрти блиског лица, Правни живот, бр. 10/98, стр. 891.

[16] Благојевић, Б., Наследно право у Југославији, Београд, 1978, год. стр. 147.

"правни извор и руководећа идеја свих права - правда".[17] Ово нарочито мора да дође до изражаја у наследном праву, пошто се код наслеђивања увек ради о бестеретном стицању имовине.

При регулисању наследних права оставиочевих потомака принципи правичности убедљиво налажу да се омогући потомцима који немају нужних средстава за живот и неспособни су за рад да траже повећање свог наследног дела. У прилог овог става говоре бројни аргументи, а неко решење се може сматрати правичним само када га оправдавају одређени аргументи.[18] Потомци стичу бестеретно имовину приликом наслеђивања и то од свог претка. Како потомци деле имовину коју су бестеретно стекли и како су они врло блиски крвни сродници, обзири солидарности им налажу да при тој подели више дају онима који немају нужних средстава за живот и који су неспособни за рад. Ако питање расподеле заоставштине међу потомцима посматрамо са становишта претпостављене воље оставиоца, далеко је основанија претпоставка да би оставилац више имовине оставио потомцима који немају нужних средстава за живот и неспособни су за рад него онима који су материјално обезбеђени. Уосталом, и закон обавезује родитеље да обезбеде издржавање својој малолетној деци и својој пунолетној деци која су неспособна за рад а немају нужних средстава за живот.[19] Најзад, држава у оквиру својих социјалних функција има обавезу да се стара о лицима која немају нужних средстава за живот а неспособна су за рад, па нека и кроз регулисање наслеђивања делимично допринесе остваривању ове своје функције.

Имајући у виду напред наведено, сматрам да би у Закон требало унети одредбе које дају право оставиочевим потомцима који немају нужних средстава за живот а неспособни су за рад да траже повећање свог наследног дела. Ваљало би овластити суд да по слободној процени одреди величину увећаног наследног дела. Такође, суду треба дати овлашћење да ово увећање одреди на терет наследног дела било ког наследника првог наследног реда или на терет неких од њих или на терет свих. При одређивању колико ће бити повећање и на терет чијег наследног дела, суд би морао узети у обзир све околности конкретног случаја, а нарочито следеће: имовно стање наследника који тражи повећање и његово здравствено стање, имовно стање осталих наследника првог наследног реда и њихову радну способност, као и величину и састав заоставштине.

[17] Стојановић, Д., Природно право и правда, Правни живот, бр. 12/95, стр. 44.
[18] Кубињец, Ј., Аргументација као елемент правде, Прави живот бр. 12/95, стр. 146.
[19] Цвејић-Јанчић, О., Породично право, књ. II Н. Сад, 1998. год, стр. 50. и чл. 199. ЗБПО.

III. НАСЛЕДНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ОСТАВИОЧЕВОГ БРАЧНОГ ДРУГА

Да би смо ваљано оценили наследноправни положај оставиочевог брачног друга неопходно је претходно учинити краћи осврт на однос који настаје заснивањем брачне заједнице. Тек на основу анализе тог односа могу се изводити аргументовани закључци о томе какав би требало да буде наследноправни положај брачног друга.

Може се несметано констатовати да два лица супротног пола ступају у брачну заједницу ради: задовољавања полног нагона,[20] обезбеђења животног сапутника са којим се успоставља емоционална заједница,[21] рађања и подизања деце,[22] обезбеђења лица које ће пружати потребну негу за случај болести или дубоке старости,[23] и обезбеђења лица са којим се организује економска заједница.

Када се пажљиво анализира садржина односа који настаје заснивањем брачне заједнице може се несметано закључити да су најјаче емотивне везе између брачних другова и да су брачни другови највише упућени један на другог у сваком погледу. Сви њихови животни планови везани су за њихову брачну заједницу, а њихов свакодневни живот и стицање најнужнијих средстава за егзистенцију потпуно су зависи од ваљаног функционисања те заједнице. Зато смрт једног брачног друга највише погађа, у сваком домену, другог брачног друга.

Емотивне везе родитеља и деце су врло јаке. Али, кад дете одрасте оно се по правилу одваја од родитеља и формира посебну заједницу са својим брачним другом. После формирања ове заједнице везе између родитеља и детета знатно слабе, а у организовању свакодневног живота сваки родитељ је далеко више упућен на свог брачног друга него на своје дете. Зато смрт једног родитеља далеко мање погађа његово дете него другог родитеља.[24]

Када се има у виду напред наведено намеће се поуздан закључак да брачном другу треба обезбедити максимално повољан наследноправни положај. Овај положај мора бити или једнак наследноправном положају оставиочевог детета или бољи, а никако лошији.

Ако се пажљиво анализирају сада постојећа законска решења долази се до убедљивог закључка да је наследноправни положај оставиочевог брачног друга знатно лошији од наследноправног положаја оставиочевог

---

[20] Цвејић-Јанчић, О., Породично право, Н. Сад, 1995. год, стр. 79. и 80.
[21] Младеновић, М., Породица и породични односи, Београд, 1963. год, стр. 161.
[22] Бакић, В., Породично право, Београд, 1975. год, стр. 37.
[23] Суџук, Р., Карактеристике облигационог уговора који закључују брачни другови међусобно, Правни живот, бр. 5/77, стр. 39.
[24] Сворцан, С., Наследна права брачног и ванбрачног партнера, Крагујевац, 1999. год, стр. 19. и 20.

детета. Нема могућности да се повећа наследни део оставиочевог брачног друга када он наслеђује у првом наследном реду, док оставиочево дете може добити чак два пута већи део него брачни друг.

Имајући у виду значај брачне заједнице и садашњи наследноправни положај брачног друга, сматрам да би требало на другачији начин уредити наслеђивање оставиочевог брачног друга у првом наследном реду, и то у смислу ниже датих предлога.

Одредба из става 3. члана 9. Закона је потпуно неприхватљива посматрано са становишта оставиочевог брачног друга. Пошто је напред констатовано да иста одредба не одговара ни интересима оставиочевих потомака, очито је да би ову одредбу ваљало брисати.

У члану 11. Закона треба додати посебну норму којом би било изричито одређено да брачни друг наслеђује у првом наследном реду кад год оставилац има бар једног потомка, или усвојеника, или усвојениковог потомка, или усвојениковог усвојеника, или потомковог усвојеника, па и онда када нико од њих не може или неће да наследи.

Нужно је посебном одредбом дати могућност брачном другу да тражи повећање свог наследног дела када он нема нужних средстава за живот а неспособан је за рад. Повећање би могло бити допуштено на терет било ког наследника или на терет свих наследника првог наследног реда. О величини повећања би одлучивао суд. При доношењу одлуке о захтеву ваља поступити на исти начин како када неки од потомака или усвојеника тражи повећање свог наследног дела, о чему је напре говорено.

IV. НАЧИН ПОВЕЋАЊА НАСЛЕДНОГ ДЕЛА У ПРВОМ НАСЛЕДНОМ РЕДУ

Најпогоднији начин повећања наследног дела у првом наследном реду за све наследнике јесте конституисање доживотног уживања у корист наследника који је тражио повећање. Уживање би могло бити конституисано или на делу или на целој имовини коју наслеђује наследник на чији терет се дозвољава повећање.

Начин повећања наследног дела путем конституисања доживотног уживања највише одговара интересима свих наследника. Њиме се обезбеђују материјална средства наследнику који је тражио повећање до краја његовог живота. Истовремено, наследник на чији је терет дозвољено повећање задржава својину на тој имовини. Тачно је то да је то само гола својина (*nuda proprietas*), али и то је боље него да је трајно изгубило

својину на тим стварима,[25] јер ће моћи ствари несметано да користи када престане плодоуживање.

[25] Ковачевић - Куштримовић, Р., Плодоуживање и наше право, Правни живот бр. 10/96, стр. 116.

Slobodan Svorcan, a full-time professor

SUCCESSION IN THE FIRST DESCENDING ORDER PURSUANT THE LAW ON SUCCESSION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Inheritance within the first order of heirs is regulated by several regulations of the Law on Inheritance of Serbia, yet soma of these regulations are unsaid, thus their application in practice causes dilemmas, while some solutions are not good enough.

The heirs of the first order are: all testator's descendents, all testator's adopted persons ant their successors and testator's spouse. It should be noted that the spouse inherits in the first heirs order whenever the testator has a successor or adopted person or the successors of the adopted person, even in the case nobody wants or can get the inheritance.

First, the testator's children are summoned together, testator's adopted persons and testator's spouse, and they divide the inheritance equally.

In case, among the testator's children are the children to whom the survived spouse is not the second parent, while the properties of the spouse has a higher value than the properties that would belong to him during the distribution of inheritance in equal parts, the Court can order that each child inherits up to twice as much as the spouse. This solution is not good, because it aggravates the inheritance position of the other spouse in a ungrounded way. Therefore, this regulation should be elided from Law.

Increasing of the inheritance portion should be enabled, of any member within the order of heirs if he has not the essential means for living and if he is incapable of work. The increasing like this could be permitted being the burden of the inheritance portion of any other member within the first order of heirs. This increase should be determined in the form of constitution of lifetime right of use.

Др Драгица Живојиновић,
доцент

***UDK**: 347.65/.66*

СВОЈЕВРСНА ДЕЈСТВА НЕВАЖЕЋИХ ЗАВЕШТАЊА

Увод

Неважност завештања представља општи и апстрактни појам којим се означавају сва завештања којима недостаје неки од законских услова пуноважности. Неважећим завештањем се сматра оно завештање које је погођено санкцијом правних норми којима се прописују општи услови његовог пуноважног настанка или другачије речено, оно коме закон ускраћује жељено правно дејство. Сам појам неважности завештања не садржи у себи конкретизацију узрока неважности, нити одређује која је правна судбина таквог завештања.

У савременом законодавству и правној теорији преовладава став да неважећа завештања, попут традиционалне поделе неважећих правних послова, треба поделити на ништава и рушљива. Такву поделу усваја и Закон о наслеђивању Србије из 1995. године. Ништавим се сматра оно завештање при чијем сачињавању није испоштован неки од услова пуноважности чије установљење има за циљ заштиту и остварење јавних интереса, интереса сигурности правног поретка. Карактер интереса који се ништавошћу штите представља разлог да се недостатак услова пуноважности завештања сматра тако важним да се ничим не може отклонити. Ништавост завештања је неизлечива и наступа по сили самог закона. Ништаво завештање значи његову апсолутну негацију, па се сматра да никада није ни било сачињено. Насупрот томе, рушљиво завештање је оно које у себи садржи недостатак мањег значаја који га не оставља без дејства него га чини једино неправоваљаним, правно несавршеним. Услед тога ово завештање у почетку, привремено може производити жељена правна дејства, али због недостатака које у себи садржи и врсте интереса који се овом врстом грађанскоправне санкције желе заштитити (приватни, појединачни интереси), оно може бити нападано у одређеном року од стране лица која за то имају правни интерес. Након поништења рушљивог завештања његова привремена важност се потире ретроактивно и сматра се да оно никада није било сачињено. Дакле, и поред низа разлика које постоје између ништавих и

рушљивих завештања (различити су узроци неважности, другачији је круг лица овлашћених да захтевају поништај завештања, различит је и временски период у коме се ове две врсте неважећих завештања могу нападати, разлика постоји и према томе да ли ништавост наступа по самом закону или на основу судске одлуке), последице ништавости завештања и поништења рушљивог завештања су идентичне. И у једном и у другом случају поништења завештање неће важити од самог почетка.

Ипак, под одређеним условима, неважећа завештања, и то како рушљива тако и ништава, могу пуноважно, са елементом трајности, производити ако не сва, оно макар извесна правна дејства. Та својеврсна правна дејства неважећих завештања везујемо за наступање конвалидације рушљивих завештања и за конверзију ништавих завештања.

Конвалидација рушљивих завештања

За разлику од ништавог завештања које је од почетка свог фактичког битисања[1] без дејства и које током времена не може постати пуноважно (*quod abinitio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere*), ни отпадањем какве законске забране или накнадним испуњењем услова пуноважности (на пример, навршавањем петнаесте године живота или накнадним, после сачињавања завештања стицањем завештајне способности), рушљиво завештање истеком рока у коме се може побијати, постаје пуноважно. Наступањем конвалидације рушљивог завештања, анулира се његова почетна правна несавршеност и оно производи сва правна дејства као да је од момента настанка било сачињено уз поштовање свих услова пуноважности. То значи да сва завештаочева располагања, независно од узрока рушљивости, постају пуноважна са дејством *ex tunc*.

Конвалидација је могућа само код релативно ништавих завештања, зато што се овом врстом неважећих наредби последње воље вређају превасходно приватни интереси наследноправне природе лица овлашћених на поништај завештања, којих се они могу одрећи. Пошто грађанска права, а тако и (субјективно) наследно право, служе задовољењу личних интереса њихових титулара, то је и њихово вршење препуштено слободној диспозицији њихових носиоца.[2] Од овлашћеног лица зависи да ли ће своје право вршити или не, да ли ће се користити захтевом за заштиту и реализацију угроженог права или неће. Тако, пропуштањем остварења наследног права до истека рока у коме се може захтевати поништај рушљивог завештања, наступају извесне штетне последице за

[1] Круљ Врлета, Ништавост правних послова (последице ништавости), док. дисертација, Београд, 1954. године, стр. 37.
[2] Стојановић Драгољуб, Увод у грађанско право, Београд, 1990. године, стр. 168.

његовог носиоца: правна моћ чије вршење се исцрпљује у тражењу поништаја рушљивог завештања гаси се у потпуности и долази до конвалидације рушљивог завештања.

У уговорном праву под удар конвалидације потпадају пре свега рушљиви уговори. Изузетно, Законом о облигационим односима, предвиђени су и неки случајеви конвалидације ништавих уговора. Тако "ако је забрана била мањег значаја, а уговор је извршен, ништавост се не може истицати".[3] Такође, имамо случај конвалидације уговора, ништавог због недостатка прописане форме - "уговор за чије закључење се захтева писмена форма сматра се пуноважним, иако није закључен у тој форми ако су уговорне стране извршиле, у целини или у претежном делу, обавезе које из њега настају, осим ако из циља због кога је форма прописана очигледно не произлази што друго".[4,5]

Конвалидација неважећих уговора може се извршити на два начина: изричитом изјавом, односно добровољним извршењем уговора од стране лица у чијем је интересу рушљивост установљена, или прећутно - пропуштањем рока у коме се судским путем може тражити поништај уговора.[6] Према нашим наследноправним прописима конвалидација рушљивог завештања наступа протеком рокова у којима се оно може побијати.[7]

Полазећи од околности да је циљ конвалидације у наследном праву истоветан ефектима које она има у уговорном праву и да се оснажење рушљивог завештања надовезује као неизбежна последица на невршење права у одређеном року, чини нам се да има места изричитој изјави овлашћеног лица, односно признању рушљивог завештања за пуноважну наредбу последње воље, као начину на који конвалидација рушљивог завештања може наступити. Иако се круг лица овлашћених да захтевају поништај рушљивог завештања и уговора разликује, иако је та разлика одраз специфичне правне природе завештања као врсте једностраног правног посла *mortis causa* (на једној страни то је уговорна страна у чијем интересу је рушљивост установљена,[8] а на другој лице које из поништаја завештања извлачи непосредне користи наследноправне природе),[9] евидентно је да се и у једном и у другом случају поништаја рушљивог правног посла ради о активности усмереној ка остварењу и заштити

[3] Видети чл. 107. ст. 2. ЗОО.
[4] Видети чл. 73. ЗОО.
[5] Када циљ прописивања писмене форме уговора није била заштита јавних интереса.
[6] Первић Слободан, Облигационо право, Општа теорија уговора, Књига I, Београд, 1968. године, стр. 252.
[7] Видети чл. 164. ст. 2. ЗОН Србије.
[8] Видети чл. 112. ст. 1. ЗОО.
[9] Видети чл. 165. ЗОН Србије.

приватних интереса. Карактер интереса оставља могућност одрицања од права[10] да се захтева поништај правног посла којим су ти интереси угрожени или повређени. Одрицањем овлашћеног лица од захтева за поништај, односно признањем пуног правног дејства рушљивог завештања, правна неизвесност која траје до истека рока за поништај рушљивог завештања, била би скраћена у доброј мери и тако дат допринос потреби за поједностављењем правне ситуације и претварањем фактичког стања у правно.

Оваква могућност признавања дејства неважећег завештања није непозната у савременим правима. Специфичан случај оснажења неважећег завештања, који се по извесним сегментима свога деловања може уподобити са конвалидацијом, представља могућност ратификације завештања ништавог због неиспуњења формалних услова пуноважности, предвиђен у француском праву и у правима грађеним по његовом узору. Наиме, насупрот апсолутној ништавости као санкцији за непоштовање форме завештања,[11] тамошња судска пракса је готово једногласна у ставу да се на ништава завештања има применити члан 1340 Code civil-а који се односи на ништаве поклоне[12] и да, сходно овом члану, треба допустити да формално ништаво завештање производи правно дејство ако буде ратификовано, прихваћено или добровољно извршено од стране наследника.[13] За ефикасност ове ратификације, услед које, чини нам се, утврђена ништавост завештања због недостатка форме више нагиње рушљивости, траже се строги услови: да она буде чин наследника, да се не може преузети пре смрти завештаоца и да наследник мора да буде свестан како формалног недостатка, тако и последица које из њега проистичу.[14] Ратификација формално манљивог завештања може потицати само од једног санаследника и у ситуацији када их има више; остали не морају пристати на ратификацију али се жељи санаследника не могу супротстављати. Слична могућност постојала је у Српском грађанском законику из 1844. године, којим је у параграфу 483 истицано: "Ако су сви они којих се ствар тиче са наредбом завештаоца задовољни, онда тестамент остаје у важности баш и да није по прописаним правилима начињен или да би баш и преко власти своје завешталац замашио". Разлика у односу на решење у француском праву је што у бившем српском

[10] Спаић Војислав, Увод у грађанско право, Сарајево, 1950. године, стр. 176.
[11] Видети чл. 1001. Code civil-а.
[12] У уговорном праву санкција за формални недостатак уговора је релативна ништавост - рушљивост.
[13] Francois Terré - Yves Lequete, Droit civil, les successions, les libéralités, Paris, 1997. године, стр. 298.
[14] Mazeaud - Mazeaud - Breton, Leçons de droit civil, Tome quatrième, successions libéralités, Paris, 1982. године, стр. 277-278.

праву прихватање неважећег завештања од стране наследника није везивано за одређени узрок неважности и што је морало потицати од свих лица овлашћених на његово поништење.

Уколико пођемо од концепције да и у нашем праву треба допустити конвалидацију рушљивог завештања одрицањем од захтева за поништај, имајући у виду врсту и карактер узрока рушљивости завештања предвиђених ЗОН-ом Србије, мишљења смо да њено деловање може да се протеже само на случајеве неиспуњења прописане форме завештања (недостатак форме у ужем смислу који се односи на испуњење услова формалности појединих облика завештања) и на постојање заблуде завештаоца. Код недостатка способности за расуђивање као разлога рушљивости завештања и постојања претње, принуде и преваре као недопуштених утицаја на слободно формирање завештаочеве воље, конвалидацију не би требало дозволити пре истека рокова за поништај завештања. Одсуство способности за расуђивање у моменту давања наредбе последње воље, значи одсуство правно релевантне воље,[15] а тај недостатак се не може надокнадити простим признањем дејства такве воље од стране лица овлашћених на поништај. Такође, признавање пуноважности наредбе последње воље чија конкретна садржина или део садржине је резултат принуде, претње или преваре, почињене од самог наследника или трећег лица, у корист неког од наследника, значило би признање легитимности ових правно недопуштених утицаја. Са друге стране, заблуда као искривљена, погрешна завештаочева представа о стварности, о постојању или непостојању извесних околности од значаја за распоред имовине за случај смрти, није узрокована некоректним утицајима универзалних или сингуларних сукцесора или пак трећих лица, па, чини се, има услова за наступање конвалидације одрицањем од права да се захтева поништај завештања рушљивог услед заблуде. Замисао о конвалидацији завештања рушљивог због недостатка форме и пре истека рока за поништај путем признања његове пуне правне важности, засновали би смо на идеји која је у основи и превагнула за рушљивост, а не ништавост завештања у случају непоштовања услова битне, конститутивне форме. Она се темељи на начелу *voluntas testatoris suprema lex esta*, према коме и по форми ништавим располагањима за случај смрти треба дати дејство, уколико се она слажу са истинском вољом завештаоца. Сходно томе, ако је у завештању са формалним недостацима садржана права воља завештаоца и ако је рушљивост због недостатка облика установљена у циљу заштите приватних интереса, до оснажења рушљивог завештања могло би доћи одрицањем од права на поништај.

[15] Перовић Слободан, нав. дело, стр. 74; Гамс А. - Ђуровић Љ., Увод у грађанско право, Београд, 1994. године, стр. 79.

Конвалидацију рушљивог завештања одрицањем од захтева за поништај у горе наведеним случајевима требало би допустити само под одређеним условима. Ти услови су: да овлашћено лице, односно да сва овлашћена лица, ако их има више, знају за постојање конкретног узрока рушљивости завештања; да нико од овлашћених лица, када их има више, не жели да се користи правом на поништај рушљивог завештања, односно да постоји споразумно одрицање од права на истицање рушљивости и да су у моменту давања такве изричите изјаве, који се узима као моменат наступања конвалидације, били испуњени сви услови потребни за њено пуно правно дејство (да је дало лице потпуно пословно способно, да није било недопуштених утицаја на његову вољу и сл.). Давање овакве изјаве требало би дозволити само у току трајања оставинског поступка, као примарног поступка чије спровођење је у функцији утврђивања која права, по ком правном основу припадају одређеним лицима по основу наслеђивања.

Пружањем могућности за наступање конвалидације одрицањем од права да се захтева поништај рушљивог завештања, не ускраћује се право овлашћених лица да у прописаним субјективним и објективним роковима траже остварење својих личних интереса. Циљ њеног евентуалног законског прихватања био би пружање правне разноврсности која служи, ако не отклањању, онда макар скраћењу правне неизвесности око питања да ли ће доћи до поништаја рушљивог завештања или ће оно протеком рокова постати пуноважно, са дејством *ex tunc*.

Дејство конвалидације огледа се у томе што рушљиво завештање од тобожњег правног основа расправљања заоставштине прераста у његов пуноважни правни основ. Конвалидацијом се сва правна дејства настала по основу рушљивог завештања сматрају пуноважним од самог почетка, а за таква се узимају и она дејства која ће наступити у будућности.

Завештање које би било конвалидирано одрицањем од права на истицање рушљивости не би се могло побијати из разлога због којих је конвалидација предузета.

Конверзија ништавих завештања

Примена конверзије у грађанском праву

У савременом грађанском праву конверзија представља правно средство, правну форму помоћу које се ништав правни посао одржава на снази његовим претварањем у други пуноважни правни посао. Примена конверзије је најчешћа у уговорном праву. Код нас, сходно члану 106. Закона о облигационим односима до конверзије долази под следећим условима: "Када ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, онда ће међу уговарачима важити тај други уговор, ако би

то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду када су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора." Код конверзије се полази од претпоставке да је за странке важнији практичан, економски циљ који су правним послом желеле постићи од изабране правне форме, и да су оне услед ништавости правног посла и немогућности постизања жељених правних ефеката, спремне да прихвате, ако не истоврсна, оно макар слична правна дејства или правна дејства слабијег интензитета. Из ефеката који наступају применом конверзије њу не можемо сматрати посебним случајем делимичне ништавости правног посла.[16] Разлог томе је што делимична ништавост доводи до квантитативне промене у садржини правног посла који подлеже овој парцијалној ништавости, а конверзија омогућава квалитативну промену ништавог правног посла.[17]

За примену конверзије примарна је процена хипотетичке воље странака, при којој се мора поћи од економских циљева и садашњих видљивих интереса које су ништавим правним послом странке желеле постићи. Након утврђивања хипотетичке воље, поставља се питање да ли тај други правни посао представља погодно средство за остварење намераваних циљева. Такође, конверзија претпоставља да су у ништавом правном послу садржани сви елементи за пуноважност другог правног посла којим се ништав правни посао спашава - способност, допуштеност садржаја и основа и потребна форма.

Као што се не може сматрати посебним случајем делимичне ништавости, конверзија се не може поистовећивати ни са тумачењем уговора. Док суд тумачењу уговора, утврђивањем смисла и домашаја уговорних одредби, приступа када су поједине уговорне одредбе нејасне или двосмислене, тако да међу уговарачима постоји спор око њиховог значења и домашаја, до конверзије долази и када су уговорне одредбе потпуно јасне али се не могу применити из разлога што при склапању уговора није испуњен неки од услова пуноважности, чије непостојање чини уговор ништавим, оставља га без дејства. У том смислу се конверзија као тенденција очувања уговора надовезује на тумачење, јер се процена хипотетичке воље странака заснива на утврђивању њихове заједничке намере до које се долази тумачењем уговора.

У уговорном праву конверзија није могућа код уговора који су противни јавном поретку, принудним прописима или добрим обичајима, јер би то било противно њиховој природи и циљу ништавости.[18] Међутим,

[16] Стојановић Драгољуб, Увод у грађанско право, Београд, 1990. године, стр. 363.
[17] Ђуровић Љиљана, Непостојећи и ништави уговори, Правни живот, бр. 10, Београд, 1996. године, стр. 448.
[18] Стојановић Драгољуб, нав. дело, стр. 363; Перовић Слободан, нав. дело, стр. 232; Ђуровић Љиљана, нав. дело, стр. 449.

ако се правним послом вређа нека законска забрана, његова конверзија у други правни посао је допуштена уколико циљу забране не противречи и овај други прави посао.[19]

Примена конверзије у наследном праву

Конверзија у законским текстовима

На који начин је у савременим законодавствима уређена примена конверзије у наследном праву уопште и посебно код завештања?

ЗОН Србије познаје један случај законске конверзије који се односи на претварање уговора о уступању и расподели имовине за живота, са којим се нису сагласили сви потомци уступиоца који су по закону позвани да га наследе,[20] у уговор о поклону.[21] Овде је самим законом одређена правна квалификација другог пуноважног уговора када уговор о уступању и расподели имовине за живота не испуњава одређене законске услове. Код завештања, чланом 92. ст. 2. ЗОН Србије, предвиђено је да ништавост међународног завештања не утиче на његову пуноважност као завештања друге врсте. Осим ових, ЗОН Србије не садржи друге одредбе којима би се уређивала примена конверзије у наследном и посебно завештајном праву, одредбе којима би се одређивали неки посебни, другачији услови коришћења овог правног средства уведеног у грађанско право у циљу одржања правног посла на снази упркос његове ништавости. Из овог разлога практичарима преостаје да, посредством чл. 25. ст. 3. ЗОО, примену конверзије у области наслеђивања заснивају на истим оним квалификативима на којима је она уређена у уговорном праву (на поменутој одредби чл. 106. ЗОО).

За које услове се везује примена конверзије код завештања у упоредном праву?

У немачком наследном праву примена конверзије се процењује према условима предвиђеним у Општем делу Немачког грађанског законика.[22] Примењена на тло наслеђивања, сврха конверзије је да обезбеди пуноважност изјављене воље учињене у цију реализације слободе располагања имовином за случај смрти (дакле не само слободе завештања), уклањањем препрека које стоје на путу остварења такве воље узроковане ништавошћу правне форме у којој је воља изражена.[23] Сходно томе, подручје примене конверзије у наследном праву Немачке је, у

[19] Стојановић Драгољуб, нав. дело, стр. 363.
[20] Видети чл. 183. ЗОН Србије.
[21] Видети чл. 187. ЗОН Србије.
[22] Видети параграф 140 BGB.
[23] Münchener Kommentar BGB, Erbrecht, München, 1986. године, стр. 809; Lange H. - Kuchike K., Erbrecht, München, 2001. године, стр. 796.

поређењу са условима и границама постављене слободе располагања имовином *mortis causa* у нашем праву, знатно шире постављено.

Претпоставка за примену конверзије је постојање правног недостатка, односно разлога неважности који битише од момента настанка правног посла, услед кога је правни посао остао без дејства (ништавост услед недостатка форме, због постојања ограничене пословне способности код уговора о наслеђивању, због кршења законске забране итд.). Правни посао који подлеже конверзији може бити како двострани правни посао (уговор о наслеђивању, уговор о поклону) тако и једнострани правни посао (завештање).

Ништав правни посао може бити одржан на снази тако што ће му се дати другачији садржај од оног недозвољеног, без мењања његове правне природе (завештање новца уместо недопуштеног завештања земљишта). Други начин одржања ништавог правног посла на снази је управо обрнут, преко промене његове правне природе. У тамошњем праву за примену конверзије није неопходно да други правни посао буде истоврстан са ништавим. Чак се у првом плану, као случајеви у којима се конверзија најчешће примењује, налазе они који се односе на преобраћање завештања у други правни посао *mortis causa* или на промену завештања у правни посао међу живима. То значи да се уговорна изјава последње воље може конверзијом одржати на снази као завештање и обрнуто, једнострани правни посао за случај смрти може бити претворен у уговор о наслеђивању.

У немачкој теорији права, поставља се питање да ли се под конверзију из параграфа 140. BGB, могу уопште подвести случајеви промене једне од форми завештања у другу (на пример, својеручни тестамент уместо нотарског), односно да ли се избор форме може уврстити под категорију садржаја изјаве последње воље.[24] На ово питање даје се потврдан одговор имајући у виду да завештајне одредбе у нотарском и својеручном завештању имају исто дејство, али и да ипак постоје разлике у њиховом правном третману након сачињавања завештања - на пример, посебна форма опозива из параграфа 2256. BGB важи само за нотарски тестамент.

За примену конверзије неопходно је да други правни посао у који се ништав преобраћа испуњава све услове пуноважности. Стога треба проверити да ли су у ништавом правном послу остварене претпоставке за пуноважност другог правног посла (укључујући и прописе о форми). Конверзија је забрањена ако би циљ норме којом је прописана ништавост био у супротности са конверзијом. То значи, да ако се другим правним

[24] Münchener Kommentar BGB, нав. дело, стр. 810; Lange Heinrich, Lehrbuch des Erbrecht, München und Berlin, 1962. године, стр. 361-362.

послом забрањени циљ, услед кога је ништавост првобитног установљена, постиже и заобилазним путем, конверзија се не може допустити.

И у немачком праву се код конверзије полази од хипотетичке воље[25] изјавиоца код једностраног правног посла, односно давалаца изјаве код двостраног правног посла, па се она примењује само ако се може претпоставити да би они желели други правни посао, да су знали за ништавост сачињеног. Хипотетичка воља одређује границе ефеката који се другим правним послом остварују. Конверзијом се не смеју постићи економски битно другачије или далекосежније последице од оних које су првобитно жељене.

И у аустријском наследном праву конверзија код правних послова за случај смрти допуштена је под истим условима као код правних послова међу живима. Дакле, уколико је правни посао ништав због недостатка законских услова пуноважности, он може опстати као други правни посао, ако се може претпоставити да би то више одговарало вољи странака него ништавост.[26]

Тако, формално неважећи писмени тестамент или кодицил, може важити као усмено завештање, ако су истовремено присутна три сведока чула садржину последње воље из уста завештаоца; или формално неважећи јавни тестамент као приватни. Поред разлога формалне неважности, конверзијом се неважећи уговор о наслеђивању може одржати као завештање (параграф 1250. ABGB) или поклон за случај смрти као легат (параграф 956. ABGB).

Конверзија у нашој правној теорији и судској пракси

О употреби конверзије у материји завештајног права у нашој, савременој правној теорији, мало је писано. Том приликом, предмет интересовања правних теоретичара била је конверзија завештајних форми, док се о другим случајевима примене конверзије није говорило.

Тако, Славко Марковић[27] истиче да се примена правила о конверзији уговора садржана у одредби чл. 80. Нацрта закона о облигацијама и уговорима (а која је истоветна напред поменутој одредби чл. 106. ЗОО), има применити у свему и на завештања. По њему, код оцене форме није меродавна субјективна већ објективна квалификација форме, па ће у случају да је неко сачинио писмени тестамент пред сведоцима и тако га у наслову означио, а суд нађе да не постоји тај тестамент, већ да су

[25] Brox Hans, Erbrecht, Köln - Berlin - Bonn - München, 1974. године, стр. 148.
[26] Koziol H. - Welser R., Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band II, Wien, 1988. године, стр. 318; Gschnitzer Franc, Erbrecht, Wien, 1964, стр. 25-26.
[27] Марковић Славко, Наследно право, Београд, 1981. године, стр. 244.

испуњени услови форме усменог тестамента, наступити конверзија форми о којој суд води рачуна по служеној дужности.

Оливер Антић и Зоран Балиновац,[28] позивајући се на поменуту одредбу члана 92. став 2. ЗОН Србије која је у наше право уведена посредством Закона о ратификацији Конвенције о једнообразном закону за облик међународног тестамента, истичу да нема разлога да се посредством одредбе члана 25. став 3. ЗОО конверзија не примени и за остале облике завештања. Образлажући свој став они наводе да се овде ради о општим правилима грађанског, а тиме и завештајног права, па да сходно томе, када у конкретном случају једно завештање не испуњава услове који се траже за један облик завештања, оно може да буде пуноважно ако је испунило услове за пуноважност другог облика. Илустрације ради аутори дају пример, да ако је завештање ништаво као судско, може бити пуноважно као алографско, или ако је ништаво као алографско, може бити пуноважно као усмено.

Постојећа судска пракса такође подржава напред изнете ставове.[29]

Правила о конверзији садржана у ЗОО представљају општа правила грађанског права па се, сходно томе, могу примењивати и треба их примењивати и у области завештајног права. Међутим, оно што приликом преношења примене конверзије са терена уговарања на тло завештања одмах пада у очи је да постоји известан раскорак, размимоилажење, неподударност између законом јасно, недвосмислено, постављених услова

[28] Антић О. - Балиновац З., нав. дело, стр. 460.

[29] - Писмени тестамент пред сведоцима на основу чл. 69. ЗОН завешталац мора потписати, а ако је завешталац био толико болестан да га није могао потписати, онда тај тестамент може бити пуноважан као усмени тестамент, ако испуњава услове из чл. 78. Закона о наслеђивању. Окружни суд Панчево, Гж. 956/68.

Наведено из Актуелне судске праксе из грађанско-материјалног права, Београд, 2000. године, стр. 200.

- У случају постојања тестамента састављеног пред судијом и записничарем пре ступања на снагу Закона о наслеђивању (Сл. лист ФНРЈ, бр. 20/55), који не испуњава форму судског тестамента из чл. 70. ст. 1. истог закона, тестамент ће имати правну важност уколико испуњава законску форму писменог тестамента пред сведоцима из чл. 69. Закона о наслеђивању, који прописује да завешталац који зна да чита и пише може направити тестамент на тај начин, што ће исправу коју му је неко други саставио својеручно потписати у присуству да сведока, изјављујући пред њима да је то његов тестамент. Како се судија и записничар могу сматрати сведоцима тестамента, то овакав тестамент испуњава законску форму тестамента пред сведоцима. Врховни суд Србије, Гж. 635/79.

Наведено из Збирке судских одлука из области грађанског права од 1973-1986, Београд, 1986. године, стр. 158.

- Ваљан је тестамент састављен код суда, иако не испуњава претпоставке за судски тестамент, ако одговара претпоставкама прописаним за писмени тестамент пред сведоцима. Врховни суд Хрватске, Рев. 428/83.

Наведено по: Вуковић Светислав, Коментар ЗОН и ЗВПП са судском праксом, Београд, 1996. године, стр. 77.

за чије постојање се везује могућност њене примене и услова под којима се, према изнетим теоријским схватањима и актуелној судској пракси конверзија користи у нашем наследном праву. Наиме, сходно слову закона до конверзије долази "кад ништав правни посао испуњава услове за пуноважност неког другог правног посла...", док се у области завештајног права као најтипичнији и у пракси најчешће сусретан случај конверзије наводи конверзија форми (преобраћање једног неважећег облика завештања у други пуноважан), мада се неиспуњење услова форме прописане за поједине облике завештања према одредби члана 168. ЗОН Србије санкционише његовом рушљивошћу, а не ништавошћу. У наследном праву, непоштовање форме завештања у ужем смислу подводи се под санкцију слабијег правног дејства од оне предвиђене у материји уговорног права где се недостатак конститутивне форме уговора санкционише ништавошћу уколико из циља прописа којим је одређена форма не произилази нешто друго.[30] Примена максиме "ко може више може и мање" према којој ако се ништаво завештање може конвертовати у други, пуноважни правни посао, онда тим пре може и рушљиво будући да је у њему садржан недостатак блажег степена, у овом случају била би оправдана да законодавац сасвим јасно није ограничио домен примене конверзије - само ништави правни послови могу се конвертовати, рушљиви не подлежу конверзији него конвалидацији. Но, и поред овакве регулативе својеврсних дејстава неважећих правних послова садржане у ЗОО, проширење примене конверзије на завештања рушљива услед неиспуњења захтева форме појединих облика завештања било би допуштено да ЗОН садржи одредбу која би, као *lex specialis,* остављала такву могућност. Како то није случај, примена конверзије у области завештања морала би се базирати на истим оним условима који су прописани Законом о облигационим односима.

Када у покушају да одговоримо на питање има ли места конверзији код завештања у наследном праву Србије, применом аналогије пођемо од решења у нашем облигационом праву и ако се осврнемо на конверзију у упоредном наследном праву, мишљења смо да је конверзија могућа само уколико је сачињен правни посао (тестамент) ништав, односно уколико од момента настанка не производи никаква правна дејства. Код рушљивих завештања конверзија се не примењује - код њих постоји могућност накнадног оснажења путем конвалидације.[31] Ово практично значи да се примена конверзије код завештања не може распростирати на оне случајеве неважности завештања код којих неиспуњење услова пуноважности узрокује рушљивост наредбе последње воље (недостатак

[30] Видети чл. 70. ст. 1. ЗОО
[31] Перовић Слободан, нав. дело, стр. 232.

форме завештања у ужем смислу, постојање мана завештаочеве воље, повреда права на нужни део као стварног права, недостатак способности за расуђивање). Што се тиче одредбе из члана 92. став 2. ЗОН Србије којом се говори о могућности преобраћања међународног завештања ништавог због повреде форме у пуноважно завештање друге врсте, чије уношење у наше право представља израз тежње за праћењем светских токова усмерених ка проналажењу универзалне форме завештања примењиве на међународном простору, а потом и околности да се у упоредном праву одсуство облика завештања углавном санкционише ништавошћу, она се може тумачити као изузетак, као нека врста имплантанта уметнутог у наше право, будући да се годинама уназад непоштовање форме завештања код нас санкционисало његовом рушљивошћу. Такође, у упоредном праву су услови за примену конверзије донекле погоднији јер постоји већа разноликост у погледу правних облика у којима може бити изражена воља за располагањем имовином за случај смрти (поред завештања, ту су и уговор о наслеђивању, као и заједничко завештање између мужа и жене - параграф 1248. ABGB).

Полазећи од разлога ништавости завештања предвиђених ЗОН-ом Србије и сврхе норме којом је санкција ништавости установљена, с једне стране, а са друге стране, од циља конверзије, чини нам се да у појединим случајевима, због саме природе неких од разлога ништавости, конверзија није могућа. Како се код конверзије полази од хипотетичке воље завештаоца, од претпоставке да би завешталац други правни посао желео да је знао за ништавост сачињеног, уз пристајање на слабије економске ефекте од планираних, то она није могућа код завештања ништавих због недостатка завештајне способности.[32] Одсуство завештајне способности значи одсуство правно релевантне воље. Таква воља не може бити погодна за пуноважно сачињавање ма ког правног посла. Из правно непризнате воље неког лица не може се извлачити хипотетичка воља којом се могу произвести извесни допуштени правни учинци. Слична ситуација постоји и код фалсификованих завештања.[33] Будући да кривотворено завештање уопште не садржи завештаочеву вољу и да само ствара привид постојања наредбе последње воље, оно се не може одржати на снази претварањем у други правни посао. У оба ова случаја, циљ којим је прописана ништавост је у супротности са конверзијом.

Сходно решењу у уговорном праву, конверзија није могућа ни код завештања ништавих због противљења њихове садржине јавном поретку, принудним прописима или добрим обичајима[34] (недопуштен предмет или

[32] Видети чл. 156. ЗОН Србије
[33] Видети чл. 157. ЗОН Србије
[34] Видети чл. 155. ЗОН Србије

основ завештања), јер би супротно било инкомпатибилно са циљем ништавости. Из свега изнетог може се извући закључак да се допуштеност конверзије код завештања, сходно постојећој законској регулативи, може свести на мали број случајева у којима је ништавост наредбе последње воље резултат кршења неке законске забране, и то под условом да циљу забране не противречи и тај други правни посао.[35] То би на пример био случај одржања ништавог завештања којим се наређује фидеикомисарна супституција као завештања којим се успоставља обична супституција или завештања којим се наследник поставља под условом или роком. Даље, то би могао бити случај одржања ништавог заједничког завештања на снази његовим претварањем у пуноважну наредбу последње воље, ону у којој неко лице, поштујући принцип једностраности завештања, распоређује своју заоставштину за случај смрти. Они покривају случајеве преобраћања ништавог завештања у пуноважно, путем давања другачијег, допуштеног садржаја, уместо оног законом забрањеног, без промене његове правне природе.

Што се тиче другог случаја конверзије претварањем ништавог завештања у други правни посао променом његове правне природе, на пример у двострани правни посао међу живима и обрнуто, који је познат у упоредном праву, он би у нашем праву, а сходно постојећој законској регулативи, могао бити примењен само ако ништаво завештање садржи у себи све елементе неопходне за пуноважност тог другог правног посла (на пример, претварање ништавог завештања у пуноважан уговор о поклону). Уколико нема свих потребних услова, већ је неопходно преузимање још неких правних радњи, не може се говорити о конверзији.[36] Свакако да ће, због специфичне правне природе завештања као једностраног, строго формалног правног посла који производи дејство *mortis causa*, случајеви преобраћања ништавог правног посла *inter vivos* у пуноважно завештање, бити веома ретки, тако да се слажемо са констатацијом да је могућност примене конверзије у наследном праву ограничена, те да она нема онај значај који јој је дат у материји уговорног права.[37]

Уколико су испуњени услови за конверзију суд приступа правној квалификацији тог другог правног посла, пошто је претходно, на основу хипотетичке воље утврдио да се тим правним послом постиже исти или сличан циљ који је жељен ништавим правним послом. У примени општих правила о конверзији, одлука суда има конститутивно дејство. Насупрот овоме, код случајева законске конверзије (поменута одредба члана 187.

[35] Стојановић Драгољуб, Увод у грађанско право, Београд, 1990. године, стр. 363.
[36] Ђуровић Љиљана, Непостојећи и ништави уговори, Правни живот, бр. 10, Београд, 1996. године, стр. 448.
[37] Круљ Врлета, Ништавост правних послова (последице ништавости), док. дисертација, Београд, 1954. године, стр. 66.

ЗОН Србије) судска одлука има декларативни карактер; њоме суд само констатује да су испуњени законски услови за конверзију.

Закључак

Имајући у виду да је циљ конвалидације, као израз потребе за претварањем фактичког стања у правно, истоветан за све правне послове, треба оставити могућност наступања конвалидације рушљивог завештања и путем одрицања од права (правне моћи) на поништење завештања. Повод оваквом ставу налази се у околности да се у свим случајевима истицања разлога рушљивости правног посла (било уговора или завештања) ради о активностима усмереним ка заштити и остварењу приватних интереса, којих се њихови титулари могу и одрећи. На овај начин би правна неизвесност која, сходно постојећем законском решењу, траје до истека рока за поништај рушљивог завештања била скраћена у доброј мери, чиме би био дат значајан допринос постизању правне извесности и сигурности.

Што се тиче конверзије, њена примена у материји завештајног права, а посебно с обзиром на ограничења у погледу могућности располагања имовином за случај смрти која постоје у нашем законодавству али и нарочиту правну природу завештања, нема ни онај значај ни делокруг примене које ово правно средство има у сфери уговорних односа. Врста разлога ништавости завештања и сврха норми којим се установљава ништавост, своде могућност одржања ништавог завештања на снази, без мењања његове правне природе а путем давања завештању другачијег садржаја од оног недопуштеног, на мали број случајева. Они обухватају оне случајеве у којима је ништавост завештања последица кршења неке законске забране.

Dragica Živojinović, a docent

SOME OF THE EFFECTS OF NON-VALID WILLSS

Bearing in mind that the goal of convalidation, as an expression of need to change the factual state into a legal one, is same in all legal activities, then we should leave a possibility for the convalidation of a voidable will through the renouncement of the right to terminate the will. This stand can be justified by the view that in all the cases of emphasizing the reasons to avoid a legal act (a contract or a will) the bottom line is the protection and realization of private interests which could be renounced by their beneficiaries. In this way the legal uncertainty, which, according to the existing regulative, lasts until the expiration of the period given to terminate a voidable will, could be minimized. This would greatly contribute to achieving legal certainty and assurance.

When speaking about the conversion, its application in the field of law of succession is not as wide as in the contracts law because of the limitations related to the possibility of disposing of the property in case of death and to the specific nature of the law of succession. The types of reasons to avoid a will and the purpose of regulations which allow this termination leave a very restricted possibility to keep a voidable will in effect by giving the will the other content, still valid by law without changing its legal nature.

Одељак IX

ПРАВО НА ЗАСНИВАЊЕ И ЗАШТИТУ ПОРОДИЦЕ

Др Зоран Поњавић,
редовни професор

***UDK**: 347.627.2*

МОГУЋНОСТ УГОВАРАЊА У ПОРОДИЧНОМ ПРАВУ, ПОСЕБНО КОД РАЗВОДА БРАКА

Интимни односи које одржавамо и развијамо током нашег постојања доприносе стварању нашег идентитета и генерално гледано учвршћују наше припадање колективу. Ти односи су истовремено и извор наше среће, напретка и снаге. Поједини од њих се одвијају сасвим спонтано, без икакве форме и било чије подршке, док други, насупрот овога, захтевају минимум правног уобличавања. Такав је случај са односима који подразумевају истинску емотивну и економску независност и који, на уопштен начин регулисани, подразумевају одређени вид кохабитације између лица на која се односи.

Брак и ванбрачна заједница савршено илуструју овакав тип односа. У случају када се односи између партнера, засновани на осећањима која их уједињују, не извршавају, та лица могу бити позвана да узајамно обезбеде поштовање њихових потреба. Упркос заједничких особина, сви ови односи унутар породице не уживају исто правно признање. Држава се нарочито интересује за односе међу супружницима и при томе запоставља остале породичне односе.[1]

Тако је брак подигнут готово на ранг институције и одавно представља предмет врло широког државног регулисања. Без упуштања у социо-правно разматрање може се рећи да и ванбрачна заједница представља један вид заједничког живљења коме законодавац данас посвећује све већу пажњу и интересовање дајући јој све шире последице.

Уговарање у породичним односима

У склопу свега овога морамо се запитати каква данас мора бити улога државе у погледу ових личних односа између брачних другова, и уопште, и које вредности она мора следити код сваке садашње и будуће реформе. У овом контексту свакако треба размотрити и значај уговора у регулисању

[1] Уосталом и актуелни Закон из ове области у Републици Србији носи назив: Закон о браку и породичним односима (ЗБПО), чиме је брак добио привилеговано место.

ових интимних односа. Јер, Држава није ту само да испуњава своју политику и социјални програм у складу са постављеним циљевима, она се мора интересовати за начине правног организовања приватних односа у које ступају лица.

У овом погледу, уговорни модел представља потенцијално интересантан начин. Инструмент за регулисање приватних интереса, уговор даје оквире правног регулисања сваког односа. Преузет из једног врло дефинисаног правног окружења он може осигурати адекватно признање и подршку односима који су личне природе, чувајући све време вредности једнакости и аутономије које им чине основ.

Постоји устаљена предрасуда да је уговор страни елеменат у породичном праву и да је с тога сметња у одвијању породичних односа.

Стран, зато што је породица, по традицији, један од стубова правног, политичког и друштвеног поретка. Уговор је, поред осталог, најбољи инструмент савременог капитализма и налази се у срцу имовинског права, док се породица, заснована на браку или ванбрачној заједници, налази ван ове сфере. И тачно је да већина уговора има имовински карактер[2] што га сврстава у облигационо право, по чему се они разликују од уговора који постоје у другим гранама права.

Он је сметња за одвијање породичних односа зато што је прихватање улоге индивидуалне воље често праћено узмицањем вредности основних породичних институција. Тако прихватање развода без контроле државног органа значи напад на институцију брака. Међутим, појава идеологије права човека мења угао посматрања и даје нову скалу друштвених вредности. Одлучујући утицај на овом плану одиграла је Европска конвенција о правима човека у којој се, између осталог, даје примат интересима појединаца над интересима група, па и друштва у целини (чл. 2). Све ово нужно мора имати одраза и у породичним односима.[3]

Према томе, текст који следи износи схватање о уговору као начину организовања и планирања врло присних односа, били они по својој природи брачни или неки други. Најпре ћемо се позабавити уобичајеним заблудама у погледу уговора као начина регулисања породичних односа. Прва се тиче уопште поимања уговора, његовог теоријског концепта, а

---

[2] Општи имовински законик за Црну Гору у чл. 905. управо истиче овакав карактер уговора: Уговор је у смислу овог Законика свака погодба, било она усмена или писмена, која се углави међу имаоницима о какву имовинском послу, по коме се један уговорник (дужник, 901, 902) подвезује да ће другоме (дужитељу, 901, 902) нешто дати или учинити или допустити..."

[3] Француски социолог Irene Thery све промене везане за породицу своди на три момента: Индивидуализацију (појединац постаје основа друштва а не група), приватизацију (колективне норме губе на значају и предност се даје аутономији личности) и плурализација (више не постоји породица већ породице). Видети: "Couple, filiation et parente aujourd hui, le droit face aux mutations de la famille et les institutions (Odile Jacob 1998).

друга се тиче става да прихватање уговора означава слабљење породичних односа. На првом месту треба дати теоријске оквире уговорног модела регулисања ових питања.

Теоријски оквири

У колективној свести уговор је генерално гледано синоним хладног рационализма. Он се поима као једно дефанзивно средство, средство последње заштите на који се странке могу позвати у погодном моменту. Уговор се доима као свечани документ, ригидан и нефлексибилан, под чијим притиском једна страна у крајњем случају прихвата поштовање својих обавеза.

Ова концепција уговора вуче своје порекло из класичне правне теорије према којој се уговор дефинише као сагласност воља којом се стварају последице правно обавезујуће. У ширем смислу речи она означава сваки вид сагласности воља. Међутим, наш Закон о облигационим односима не дефинише уговор, већ се оне јављају у правној теорији. Тако се среће дефиниција уговора као сагласности воља два или више лица којом се постиже неко правно дејство.[4]

Уговор јесте сагласност воља, извор обавеза које су санкционисане законом. Француска правна теорија разликује појам конвенције, споразум воља чији правни ефекти могу бити врло широки, али коначно правно обавезујући, од уговора.[5] На крају разликујемо и "споразуме" воље који нису правно обавезујући, нарочито у оним областима у којима странке нису те које регулишу међусобна права. На овом плану треба правити разлику између "пакта" и "уговора".[6] У питању су уговори који нису заштићени тужбом. Њихово извршење зависи више од искрености и поштења уговорних страна, а мање од неког државног ауторитета.[7]

У сваком случају, оваква класична концепција уговора не би задовољила особе које су ангажоване у једном врло присном односу, коме треба брижљиво одредити правне оквире. Како би се, примера ради, брачни другови који деле свакодневицу могли затворити унутар једног фиксираног оквира када се њихов однос мења са годинама, зависно од околности. Како да себе замисле у будућности као противнике и да

---

[4] С. Перовић, Облигационо право, Београд, 1973, стр. 87.

[5] Или што би рекао проф. Перовић "конвенција се схвата као genus, а уговор као species". Исто, стр. 88.

[6] Више о овом: Поњавић, Зоран. Уговори којима се уређују лични односи у породичном праву, *Правни живот,* 9, 1998, стр. 669 - 683.

[7] Ово је и био разлог да се овакви споразуми у Француској назову ´´Pacte d´honneur´´ (уговори части). Видети: A. Chapelle, Les pactes de famille en matiere extra-patrimoniale, Revue trimestrielle de droit civil, 3/1984, стр. 412.

пристану на један уговор чија правна санкција представља првенствени циљ. Дефинитивно, љубавни, братски, породични односи или пријатељски, не могу се прилагодити клими подозривости и неповерења коју подразумева ова ограничена концепција уговора.

Уговор не може међутим бити дефинисан полазећи од само једне и исте парадигме. Корективна улога уговора на којој почива класична теорија не сме сакрити друге функције уговора, нарочито оне које показује уговорна пракса социјално-економских учесника. Изгледа да социјално-економски актери не приступају уговору само као средству-санкцији, већ као средству комуникације, организације и планирања њихових односа. У суштини, уговорне стране не посматрају уговор само кроз призму коју користе правници. Његова корективна функција је сведена на ранг акцесорног значаја.

Ова неусаглашеност између класичне теорије и уговорне праксе допринела је појави једне нове теорије прилагођене стварности. Елаборирана од стране Ian R. Macneil, ова теорија позната под именом «Релациона теорија уговора» предлаже концепцију уговора прилагођенију савременим разменама, која боље одговара посебној динамици присних односа.[8]

Macneil класификује уговорне размене на две категорије. Прва категорија обухвата оне уговоре у којима се одиграва трансакција. Њима се констатује или предвиђа извршење само једне размене. Она постоји између страна које у принципу неће одржавати никакве значајне везе сутрадан по извршењу споразума. Уговор о продаји добро илуструје овај вид размене који само констатује трансфер права на продатом добру и плаћање тражене суме. Друга група обједињује «релационе» размене. Овај тип размене тиче се пројекта коперације на дужи период. Релациона размена заузима тренутно много шири простор него претходни вид размене јер има циљ да се настави у будућности, чије је трајање генерално неодређено. Помислимо, примера ради, на односе које одржавају чланови једног привредног друштва између себе, на радне односе између радника и послодавца, итд. Дакле, према Macneil, класична теорија и херметичка догма која јој чини основ односи се на трансакциони уговор и искључује или маргинализује релациону размену. Само једна нова концепција уговора може бити у стању да узме у обзир све ове суптилне уговорне односе.

У суштини, према Macneil-у, не би се могло разумно разматрати релациони уговор само у светлу идеје генерално прихваћене и инспирисане класичном теоријом. Тако, противно трансакционом уговору

[8] Наведено према: A. Roy, Contrat en contexte d`intimité, Revue de droit de McGill, 47, стр. 861. и даље.

у коме странке поступају без обзира на свој идентитет, релациони уговор одговара једном начину организовања односа који се тиче одржања и наставка сарадње лица која су узајамно изабрана да сарађују у реализацији једног пројекта имајући у виду личне карактеристике друге уговорне стране. Не ради се о уговору у коме не постоји поверење и где се предвиђа санкција за неизвршење, већ о успостављању нормативног оквира унутар кога ће се односи артикулисати кроз један дужи временски период. Чини се да управо треба прихватити једну овакву уговорну концепцију у контексту наше теме када се говори о уговорима којима се регулишу интимни односи, тј. кроз питање односа уговора и развода. У овом случају уговор никада није само инструмент за заштиту индивидуалних интереса једне стране.

Друго заблуда која постоји у погледу уговора је да "контрактуализација" породичног права представља синоним слабљења правних обавеза које проистичу, рецимо, из брака и развода. Некада се неразрешивост брака, или ограничене могућности његовог престанка, доктринално објашњаване институционалним карактером брака, што је искључивало примену уговорних принципа као што је раскид због неизвршења. Њихово прихватање се поимало као слабљење функционисања брака или било које друге породичноправне установе. Као да се заборавља став Облигационог права о обавезној снази уговора. И уговорни режим познаје значајну строгост и није тако једноставно закључити један уговор или га ревидирати. То што су брак и развод постали паралелно са овим прилично гипки, и то ће бити у будуће, далеко је од тога да буде објашњено само са прихватањем уговора.

Уговор ни у ком случају није синоним неједнакости. Као да се често заборавља да савремени уговор садржи и своја ограничења која се најпре тичу принципа уговарања који се морају поштовати, на првом месту савесности, поштења и правичности. Они управо представљају баријеру експлоатацији једног брачног друга од стране другог.

С друге стране, чињеница да се нпр. супружници ангажују у регулисању тешкоћа заједничког живљења не значи да су они одабрали лакши пут и да ће из свега увек проистећи споразум. Потребно је, међутим, трагати за једним пријатељским споразумом и тиме избећи судске процесе и сачувати лаку ломљиву породичну равнотежу. И у ситуацији када се судски процес не може избећи инсистирање на споразуму омогућава да се ублаже одређени конфликти. Ако је један од задатака права и да разрешава друштвене конфликте, у овом случају породичне, зашто то онда не омогућити и у сфери личних односа и то без ангажовања државног органа. Тим пре што чланови породице најбоље познају своју ситуацију.

Предмет уговора

Опште је правило да се уговор тиче једино имовинске димензије односа са задатком да га регулише. Ово је сасвим очигледно у грађанској и трговачкој материји. Уговор није намењен да регулише личне односе партнера, осим само акцесорно.

Не може се међутим приступати регулисању присних односа између пунолетних лица на исти начин као пословним односима. Односи које одржавају партнери, и који се одвијају по правили под истим кровом, генерирају не само економску независност већ и релациону, дакле емоционалну. Укратко, њихов заједнички пројекат не може се јединствено изразити кроз симбол новца. Чак супротно, имовински аспекти њиховог односа су у већини случајева подређени аспектима изван имовинским (неимовинским). Економска самосталност је само последица емоционалне самосталности. Међутим, као што истиче Радбрух, иако знамо да је љубав пролазна, свака нова љубав верује за себе да је вечита. И с тога, она са својом пролазношћу одбија правно везивање, док са својим захтевом да буде вечита управо жели да се веже и да буде везана.[9]

Листа могућих уговора, као начина регулисања односа или решавања спорова, међу људима је дугачка. И области које су некада биле затворене за ове начине решавања друштвених односа данас постају за њих отворене. Чак смо сведоци да они продиру и у материју кривичног права: рецимо кроз договор између суда и заштићеног сведока.

Ми ћемо се овом приликом задржати само на питању односа уговора и развода брака. Премда су ове две појаве на први поглед неспојиве јер уговор уједињује а развод дели, односно уговор ствара обавезе а разводом оне углавном престају, покушаћемо показати да је то само привид и да оне, парадоксално, имају заједничких карактеристика.

Уговор и развод

Ако говоримо о споразумима брачних другова код развода треба истаћи да се они не заснивају на аутономији воље. Она подразумева да једанпут слободно постигнут споразум може бити модификован само на исти начин, споразумом уговорних страна. Садржина самог споразума је међутим под стриктном и систематском контролом суда.

Споразум који су постигли брачни другови може бити готово увек модификован од стране суда. Тако да се ови споразуми брачних другова

[9] Управо овако објашњава Радбрух (Филозофија права, Београд, 1980, стр. 195) индивидуалистичко схватање о браку, говорећи о односу еротике, "најћудљивије и најсамовољније појаве" и права "најрационалнијег и најдоследнијег поретка људског живота".

могу третирати једино као пројекти споразума који ће постојати само ако буду неизбежно судски потврђени. Но, поред овог што је очигледно, споразум брачних другова има одговарајућу улогу и код развода који је иницран једностраним захтевом једног од њих, тј. тужбом.

А. Споразум супруга у оквиру развода по тужби једног брачног друга

Споразумевању брачних другова дато је значајно место у праву Србије не само у оквиру поступка споразумног развода брака већ и у оквиру оног спорног, који отпочиње тужбом једног од њих. Поред ове почетне импресије о повећању значаја индивидуалне воље, једна финија анализа показује да је она широко подређена датим правним оквирима и да начин постизања сагласности и модулација њених ефеката је удаљавају од уговорног модела. Нужност да брачни друг који тражи развод докаже постојање "озбиљног и трајног поремећаја брачних односа" (чл. 83. ЗБПО) као и чињеница да се у овом спору сходно одредбама ЗПП-а[10] не може прихватити признање брачног друга као доказ у поступку утврђивања разлога за развод брака у суштини значе да је овде воља са врло ограниченим дејствима. Све друге одредбе о процедури фактички овај развод чине врло олакшаним што све појачава његов уговорни карактер. Међутим, судови у пракси иду и даље од овога. Начин на који судови у пресудама описују чињенично стање, кроз врло уопштене и стереотипне ситуације, будући да се кривица за развод не утврђује, говори у суштини о томе да судови пропуштају да залазе дубље у разлоге поремећаја прихватајући саглашавање уз обострано попуштање, од стране брачних другова.

Парадоксално у овом случају је то што се узрок за развод овде налази у његовој последици, озбиљном и трајном поремећају брачних односа. На овај начин се, уствари, маскира воља једног брачног друга да се брак разведе. Брачни друг који не жели развод може само негирати постојање озбиљног и трајног поремећаја брачних односа. На овај начин може, у суштини, добити само на времену док суд не донесе коначну одлуку да се брак разведе. Суд јесте имао обавезу да испитује стање брачних односа, али с обзиром да то ради на описани начин, исход је неминован.

Поред овога у Закону Србије постоји и једна процесна одредба која на мала врата уводи једну нову врсту споразумног развода који се постиже у току парнице за развод.

Према овом правилу, садржаном у чл. 348. ст. 3. ЗБПО СР Србије, које гласи:´´Ако један брачни друг поднесе тужбу за развод брака, а други најкасније до закључења главне расправе изричито изјави да не оспорава основаност тужбеног захтева, сматраће се да су брачни другови поднели

[10] Закон о парничном поступку

предлог за споразумни развод брака´´.[11] Овим решењем је створена хибридна установа која има елементе развода по тужби и по споразуму супруга.[12]

Ако бисмо тражили сличне одредбе у упоредном праву онда се чини да нешто овако постоји у француском Закону бр. 75-617 из 1975. године. У делу овог закона који регулише развод брака по споразуму изричито се нормира и развод тражен од једног и прихваћен од другог супруга (чл. 233 - 236). Без обзира на овакву законску систематику, у Француској правној теорији постоји спор о природи овог развода. Нејасно је да ли је у питању споразумни или спорни облик развода брака.[13] Ако, према чл. 233, један брачни друг тражи развод брака због чињеница које се могу приписати у кривицу и једном и другом супружнику, које чине неподношљивим даље одржање заједничког живота и ако их као такве призна други брачни друг, суд ће тада прогласити развод због обостране кривице. Међутим, ако други не призна чињенице, суд не може прогласити развод из простог разлога што у француском Закону не постоји развод због неподношљивости заједничког живота.[14] Тужиоцу не остаје ништа друго него да покуша тужбом, из неког другог разлога, тражити развод брака (због одвојеног живота или због кривице).

Међутим, у Закону Србије постоји само један узрок за развод брака по тужби, те у случају да не дође до споразума на основу изјаве о неоспоравању основаности тужбеног захтева, поступак се даље одвија по тужби, како је и започео. Сврха поднетог захтева према француском праву управо је да га други брачни друг прихвати, јер он самостално не може постојати. По њему, као таквом, поступак се не може окончати разводом брака. Сврха поднете тужбе код нас није оваква, али је с обзиром на карактер споразумног развода, такав исход пожељан.

Оно што се чини најпримеренije нашем решењу је одредба чл. 246. француског Закона. Према њој, када је развод покренут на било који

[11] Истоветну одредбу садржи и Породични закон Ц. Горе (чл. 303. ст. 3).

[12] Оваква процесна могућност, законом установљена, наставља се на ранију праксу примене савезног Основног закона о браку. Саглашавање туженог са наводима из тужбе због разлога из чл. 53. (општи узрок), доводило је у пракси редовно до тога да се тужба у даљем току поступка сматрала као споразумни предлог.

[13] О овом више: J. Carbonnier, La question du divorce, (Memoir a consulter), Recueil Dalloy, Sirey, 1975, стр. 119. Аутор сматра да је у питању ´´недовршени (непотпуни) споразумни развод брака´´. Поменутој нејасноћи нарочито доприноси супротност чл. 233. СС према одредбама Декрета из 1975. године који регулише процедуру развода. Видети: A. Benabent, Droit civil, Paris, 1982, стр. 209.

[14] Премда постоје снажна залагања за његово увођење. Тако: Renover le droit de la famille, (F. Dekeuwer-Defossez), La Documentation francaise, 1999. У делу овог извештаја под називом "Поштовање слободе супружника" предлаже се увођење новог узрока за развод под називом "непоправљиви прекид заједнице живота", који би заменио постојеће узроке на основу кривице и због прекида заједнице живота.

начин, пре доношења коначне одлуке, брачни другови могу тражити од суда да констатује њихов споразум и потврди договор којим се регулишу последице развода. У овом случају ће бити примењене одредбе које важе за споразумни развод брака.

Према Закону Србије последице изјаве о неоспоравању основаности тужбеног захтева су исте без обзира да ли брачни другови имају или немају заједничку малолетну децу.

Како иначе долази до оваквих ситуација? Један брачни друг је покренуо тужбом поступак за развод брака због озбиљног и трајног поремећаја брачних односа или због неостваривања сврхе брака из неког другог разлога (чл. 83). Други брачни друг се противи овоме и не жели развод. Он се још увек нада да може сачувати брак и не жели да буде иницијатор тог раскида. Могуће је да и он жели развод али се супрузи не могу постићи споразум у вези неког питања о чему су обавезни поднети суду уз предлог за споразумни развод (чл. 84. ст. 3). У току поступка пошто увиди да његов партнер неће да се мири и настави заједнички живот са њим, брачни друг даје изјаву којом изричито потврђује да не оспорава основаност тужбеног захтева. Давање ове изјаве може бити мотивисано и накнадним договором око спорног елемента споразума којим су регулисане последице развода. Управо је постизање овог споразума пробни камен за испитивање стварне решености супруга да се разведу и на миран начин изађу из једне неподношљиве брачне ситуације.

Потребна је само изјава тужене стране, при чему она не мора изричито тражити развод. У пракси се овакав споразум постиже међусобним попуштањем, када обе стране изјаве да се желе споразумно развести. Но, у крајњем случају, све зависи од тужене стране.

Као и сваки други споразум, тако и овај о разводу брака, настаје тако што тужилац изложи свој предлог за развод у тужби, што асоцира на понуду код закључења уговора. Крајње дејство ове понуде је да заједно са прихватом доведе до развода брака. Овај крајњи циљ понуде ипак се не може остварити без одлуке суда. Споразум ће настати само онда ако понуђена страна (тужени брачни друг) потпуно прихвати понуду, тј. ако њена изјава садржински одговара чињеничним и правним наводима у тужби.

Цео поступак настанка споразума у току поступка за развод, ипак, одступа од опште уговорне теорије. Пре свега, тужба нема карактер понуде. Познато је да је понуда увек упућена другој страни у циљу закључења уговора. Тужилац у спору за развод брака нема ту намеру, премда није искључено да приказујући чињенично стање у тужби жели потајно такав споразум. С друге стране, тужба не поседује структуру једне понуде јер не мора садржати предлоге за уређење последица развода, који чине конститутивни елемент споразума. Понуда је довољна да заједно са прихватом доведе до закључења уговора без икаквог посредовања

државног органа. Изјава о неоспоравању основаности тужбеног захтева има вредност само ако буде дата пред судом и ако он у том смислу донесе решење.

Од момента изјаве о неоспоравању основаности тужбеног захтева поступак се одвија као по предлогу за споразумни развод брака. На место једне иницијалне радње суд пред собом има сада сасвим другу страначку иницијалну радњу, што и парници даје битно другачији карактер.

Постизање споразума у току парнице може у пракси изазвати извесне недоумице јер није до краја јасно на шта се све односи изричита изјава тужене стране. Наиме, примећено је да судови у готово идентичним ситуацијама неједнако поступају, онда када тужена страна изјављује да не оспорава основаност тужбеног захтева, али да оспорава све, или само неке чињенице наведене у тужби за развод брака. Суд у наведеним случајевима понекад сматра да су странке поднеле предлог за споразумни развод брака. Неслагања у погледу чињеница због којих је дошло до поремећаја брачних односа не узимају се у обзир као релевантне околности.

Међутим, суд често поступа и другачије. Неслагање странака око чињеница, без обзира на изјаву тужене стране да не оспорава тужбени захтев и да жели да се разведе, може бити протумачено од стране суда као непостојање сагласности за развод и претпоставки за примену чл. 348. ст. 3. ЗБПО.[15]

Може се закључити да у пракси постоје два схватања о правној природи сагласности супруга у току бракоразводног поступка, када тужени брачни друг не оспори основаност тужбеног захтева.

Према првом, ширем, схватању довољно је да тужена страна изјави да не оспорава основаност тужбеног захтева, без обзира што истиче друге разлоге поремећаја брачних односа од оних наведених у тужби. Овакав став веома проширује могућност постизања споразума брачних другова у току бракоразводног поступка, пошто се саглашавање о крајњем исходу поступка најлакше постиже. Саглашавање око чињеница наведених у тужби већ иде много теже. Противљење чињеничним наводима тужиоца може имати за тужену страну, између осталог, значење једног моралног оправдања, поготову што му се њима на терет ставља, најчешће, одређено неморално понашање.

Друго, уже, схватање полази од тога да је за постизање споразума у току поступка потребна сагласност брачних другова и око разлога поремећаја брачних односа. Чињенична ситуација мора бити проверавана од стране суда да би се уверио у неостваривање сврхе брака. Овакво

[15] Тако у случају П 77-88, тужена не оспорава основаност тужбеног захтева али оспорава наводе у тужби као нетачне. Суд је у овом случају брак развео на основу чл. 83, због озбиљног и трајног поремећаја брачних односа. Слично је и у случајевима П 102-81, П 175-81 и 139-81. Све су ово необјављене судске одлуке Окружног суда у Крагујевцу.

схватање изражено је и у већ цитираном решењу Врховног суда.[16] Овим се веома сужава могућност постизања споразума у току бракоразводног поступка.

Уколико брачни другови немају децу о којој треба да се споразумеју, моментом изјаве о неоспоравању основаности тужбеног захтева настају правне последице предвиђене у чл. 348. ст. 3. ЗБПО. Истицање различитих чињеница као разлога за поремећај брачних односа нема значај уколико обе стране тврде да је наступила последица која се по закону тражи: "озбиљан и трајан поремећај брачних односа". Евентуална изјава тужиоца да не пристаје на споразумни развод, већ захтева да суд поступи по тужби, нема правни значај. Суд ће, не изводећи даље доказе и не позивајући се на дотле утврђено чињенично стање, донети пресуду на основу њихове сагласне изјаве воље.[17]

Уколико брачни другови имају заједничку малолетну децу питање је да ли се изјава о неоспоравању основаности тужбеног захтева односи и на тужбене захтеве у вези поверавања те деце, или само на захтев за развод брака. Изгледа да је ово друго једино исправно. Ако је овако онда произлази да брачни другови кад подносе предлог за споразумни развод брака морају, по закону, да приложе два споразума: писмени споразум о разводу и други, о уређењу вршења родитељског права по разводу, а када се у току бракоразводног поступка постиже споразум о разводу, све се ово једноставно избегава. У том случају довољан је само први споразум.

Оно што је једино извесно, у овом случају, је жеља и намера брачних другова да се разведу. Све остало је спорно. По низу других питања суд мора утврђивати чињенице и изводити доказни поступак, као по тужби, све у име заштите интереса деце. Фактички, овај облик развода се од споразумног развода разликује само у погледу степена споразума. У овом случају брачни другови су сагласни само око принципа развода, али не и око његових последица.

Што се тиче регулисања последица овог спорног облика развода брака одмах треба рећи да споразум странака у погледу њихове деце нема изгледа већи значај. Ова област се традиционално сматра тереном у коме доминира *"ius imperium"* као начин да држава у улози *parens patriae* заштити интересе деце. Али да ли је баш тако и према Закону Србије. Могућност споразумевања родитеља о овом питању није ништа мања од оне када се ради о регулисању њиховог међусобног односа по разводу. И

[16] Потврђено је још једном одлуком из 1986. године. У њој се каже:´´Кад не постоји споразум странака у погледу чињеница које су довеле до поремећаја брачних односа, нема места разводу брака применом чл. 84. ст. 1. ЗБПО´´. Одлука је објављена у Збирци судских одлука из области грађанског права, 1973 - 1986, Врховни суд Србије.

[17] О овом шире: З. Поњавић, Изјава о неоспоравању тужбеног захтева у току поступка за развод брака, *Право-теорија и пракса*, бр. 11-12, 1995, стр. 103-111.

овде се уводи "споразум", како се истиче у чл. 125, као начин уређења овог питања. Суд о овом питању решава онда када се родитељи нису споразумели или ако њихов споразум не одговара интересима деце. Очигледно да суд није везан њиховим споразумом о деци. Све зависи од његове процене заштићености интереса деце. Обавезна снага споразума брачних другова у погледу деце не проистиче из њиховог споразума већ из одлуке суда.

Другачије стоји са споразумима брачних другова којима регулишу међусобне односе по разводу брака. Ови споразуми у оквиру спорног облика развода нису обавезни али су пожељни. Тако се они могу договорити о међусобном издржавању по разводу брака. Тај споразум не мора бити потврђен од стране суда. Тек ако једна од страна прекрши споразум друга страна се може обратити суду са захтевом да он то питање реши. Како из Закона Србије проистиче рок за тражење издржавања од две године почиње да тече од момента задњег доброчиног давања по већ постигнутом споразуму (чл. 288. ст. 3).

Супружници могу постићи потпуно аутономно споразум о међусобном издржавању и тај споразум може представљати саставни део судске пресуде о разводу. У овом случају суд не улази у садржину њиховог споразума, као што то чини када су у питању споразуми о деци, чиме се знатно проширује поље примене аутономије воље у овој области. Шта више, у судској пракси се прихватају и споразуми којима се једна од страна, разведени брачни друг, одриче издржавања чиме се знатно проширује аутономија воље странака.[18]

На много изричитији начин даје се снага споразуму брачних другова у погледу деобе заједничке имовине. Заједничка имовина се може поделити у браку и после његовог престанка. Овај споразум је у ствари уговор где су брачни другови уговорне стране.[19] Услов за ово је да споразум мора бити сачињен у писменој форми (чл. 327. ст. 3). Само у случају да се брачни другови не могу споразумети о томе ће одлучивати суд (чл. 328). Када брачни другови уговарају деобу заједничке имовине њихова воља је слободна у мери као код било ког другог уговора. Они нису везани унапред задатим решењима и условима. Нико други сем њих нема право овај споразум мењати.

---

[18] У овом смислу и пресуда Врховног суда Србије Рев. 2465/90, објављена у "Судској пракси", бр. 12/90. Ова пресуда је послужила Грађанском одељењу Врховног суда Србије од 12.11 1990. г. Видети критику овог става: В. Вучковић, Располагање правом на издржавање, Остваривање и заштита права на законско издржавање, Правни факултет у Крагујевцу, 2002. г, стр. 41. и даље.

[19] М. Поповић, Породично право, Београд, 1982, стр. 205.

Б. Споразум брачних другова код споразумног развода брака.

Споразумни развод брака не само да се заснива на споразуму супруга већ подразумева два споразума о којима закон изричито говори: споразум о самом разводу и споразум којим се регулишу последице у погледу деце (чл. 84. ЗБПО).

Према томе, први споразум се тиче самог развода брака. Истина, законодавац није баш доследан. У ставу 3. чл. 84. говори се само о предлогу за споразумно развод, док у ст. 4. се каже да је то "споразум брачних другова" који суд може одбити. Али, ако га суд прихвати, он сам није довољан. Уз њега брачни другови морају поднети и писмени споразум којим се регулишу питања чувања, васпитања и издржавања заједничке деце, као и начину одржања личних односа са њима. Тако да се овај споразум јавља као услов за прихватање и споразума о разводу. Међутим, изгледа да оба ова споразума немају уговорни карактер.

Пре свега, ни један од ових споразума нема обавезну снагу ако није потврђен од стране суда који разводи брак. Брачни другови нису везани постигнутим споразумом све до момента његовог потврђења од стране суда. Они га могу повући све до тог момента, тј. до правоснажности пресуде о разводу. Јасно је дакле, да ни сви анекси споразума који нису потврђени од стране суда немају никакву вредност.

Споразум о разводу и споразум о последицама развода везаних за децу су нераздвојиви. Што значи да се никако не може десити да један од њих буде усвојен а други не.

Што се тиче заштите слободне воље брачних другова у погледу развода треба рећи да суд не располаже овлашћењима па стога и не може бити гарант одсуства утицаја принуде или заблуде. С тога споразум који је потврђен и усвојен од стране суда може бити нападан због мана воље као и било који други уговор чије се поништење тражи. Он може интервенисати само ако се једна од страна по донетој пресуди која још није постала правоснажна позове на мане воље и тражи његово побијање. И то, као што се изричито каже у Закону само "у делу о разводу брака може се побијати ....због тога што је предлог дат у заблуди, или под утицајем принуде, или преваре" (чл. 365). То значи, не и споразум који се тиче деце. Овим је ипак на крају уздрмана идеја о нераздвојивости ова два споразума. Истина законодавац је овим хтео да искључи могућност да споразум буде нападан из других разлога, непотпуно утврђеног чињеничног стања, рецимо, будући да чињенице нису ни испитиване, али је тиме створио један други проблем. Створио је могућност да потврђени споразум о разводу буде оборен због мана воље, а да споразум о деци, који у суштини има акцесорни значај, опстане и постане пуноважан. Све ово је ипак неспојиво са логиком Закона.

Нема сумње да је законодавац суду поверио тежак задатак. Он мора проверити слободан пристанак брачних другова на развод, испитати споразум о деци, али без могућности да сазна разлоге поремећаја брачних односа. Укратко, узрок за развод је једино споразум брачних другова, али који производи последице тек пошто буде проверен од стране суда у погледу слободе и у погледу последица.

Судска контрола споразума о деци се спроводи путем овлашћења која су му дата законом. Наиме, суд поседује два значајна овлашћења. Оба се тичу заштите интереса заједничке малолетне деце. Према чл. 362. ЗБПО суд може одлучити да спроведе доказни поступак као по тужби за развод брака, ако у поступку мирења оцени да оправдани интереси заједничке малолетне деце захтевају да се брак одржи. Поред овога он може испитивати чињенице везане за децу ако сматра да споразум родитеља о њима није добар.

Развод остаје ствар брачних другова, заснован на њиховој вољи, једино онда када брачни другови немају заједничку малолетну децу. Само у овом случају развод се заснива на пуном поверењу у вољу брачних другова, у њихов споразум. У питању је уговор којим се мењају породични односи уговорних страна. На овај начин уговорне стране прелазе из брачног у разведено стање. Споразум уговорних страна у овом случају не представља изузетак већ правило и у основи представља нову оријентацију законодавца у области породичних односа. У питању је споразум којим се у основи решава породични конфликт па стога не изненађује фаворизовање споразума и у случају када је развод покренут по тужби једног брачног друга.

Закључак

Уобичајено схватање по коме је уговор страни елеменат у породичном праву мора бити кориговано његовим све већим прихватањем у разним областима. При томе, морамо претходно усвојити једну нову концепцију уговора по коме се њиме подразумева стварање оквира у коме се одвија активност уговорних страна у једном дужем временском периоду. Странке су међусобно одабране на основу личног карактера, а њихов однос се заснива на поверењу а не на страху од могуће санкције за неизвршење уговорних обавеза.

Уговор има значаја и у области развода брака, ма како то парадоксално изгледало. При томе се не мисли само на споразумни развод брака. Споразумевању има места и у оквирима спорног развода, оног који се одвија по тужби једног од брачних другова. Некада та могућност проистиче из самог закона, а некада се фактички ствара у пракси кроз настојања странака и суда да што пре окончају спор.

Свакако у овом погледу најјаснију потврду значаја уговора код развода брака даје споразумни развод. Међутим, и овде аутономија воља брачних другова има различите нивое. Све зависи од тога да ли се ради о уговарању односа по разводу брака који се тичу брачних другова или деце. У првом случају аутономија воље брачних другова је готово потпуна, док је у другом случају она подвргнута судској контроли.

Zoran Ponjavić, a full-time professor

POSSIBILITY OF AGREEMENT IN FAMILY LAW, ESPECIALLY AT DIVORCE

In this paper (work) we can see the relation between the contract and family law. Tradicionally, it is considered that the family law is defined by legal normes ius cogens, without any possibility of agreement. However, everything depends on the fact how the contract is understood. If it isjust a frame for expressing both sides' activites in contract, for a long period of time, in which both sides take part according to their personal analities, then it even has its own place in the family law .

The relation between contract and divorce is analyzed separately. Although it seems like paradox, the contract has its place in this field. Especially, as it is widely known, in agreement by mutual divorce. However, even in aproblematic divorce when one side is suing for divorce, the agreement becomes more significant. As we can see in this work, that can be achievedthrough tendency of the court and both sides, to reach the agreement aboutthe divorce even when law doesn't explicity offer such possibilities. Marital partners, without any help of society in preserving their marriage, want even to make their marriage private in this way, disregarding the state when its intervention is considered to be late.

Др Душица Палачковић,
редовни професор

***UDK**: 347.634*

ОГРАНИЧЕЊА ИНТЕРВЕНЦИЈИ ОРГАНА СТАРАТЕЉСТВА У НЕКИМ СТВАРИМА ВРШЕЊА РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Орган старатељства (односно центар за социјални рад, у оквиру кога се овај орган формира) врши низ послова у "стварима" вршења родитељског права. Реч је о органу чије су надлежности изузетно екстензивно одређене већ општом формулације ЗБПО РС, из чл. 23/1., односно да врши послове заштите породице, помоћи породици и старатељства, али и низом одредби које конкретизују његове надлежности као самосталног органа или у судским поступцима заштите. У оквиру самосталних надлежности за тзв. поверене послове, он је управни орган (чл. 23/2. ЗБПО РС) у области породично-правних односа у ширем смислу, односно и односа родитеља и деце. Дакле, решава у управним стварима, односно доноси управно-правне акте, па и у циљу заштите деце. Истовремено, у стварима вршења родитељског права, решења нашег позитивног права упућују на закључак о подељеној надлежности између судова и органа старатељства. Правна доктрина указује, при томе, да је породично законодавство, када су поменуте надлежности у питању, компликовано и недоследно у регулативи[1], односно да постоји низ случајева тзв. конкуренције надлежности.

Указује се, даље, на преовлађујуће управно-правне елементе у правним стварима које су у надлежности органа старатељства.[2] При томе, чини се да није беспредметно ни покушати са упоређењем тзв. правих ванпарничних ствари[3] које за предмет имају уређење правних односа о којима не постоји спор у смислу изразите супротност интереса учесника, односно о субјективном, материјалном грађанском праву, а у које се управо убрајају правне ствари које се тичу уређења правног статуса. И орган старатељства у највећој мери реализује своје надлежности у

---

[1] Обретковић, Надлежност органа старатељства и суда у стварима вршења родитељског права, Реформа породичног законодавства, Зборник радова, Београд, 1996, стр. 188.
[2] *Ibidem,*
[3] Видети, нпр. Познић, Ракић-Водинелић, Грађанско процесно право, Београд, 1999, стр. 512-513.

стварима статусног карактера па је у оваквим правним стварима, у контексту реформе породичног законодавства можда добро преиспитати случајеве поменуте конкуренције надлежности суда и органа старатељства у истим "правним стварима". Ово је корисно управо стога што се у подели надлежности користи недовољно садржински издиференциран критеријум "правне природе" (материјално-правне природе) "правне ствари", односно преовлађују правно-политички разлози на основу којих се законска подела надлежности "окамењује", уз допуну разлозима правне сигурности и сложеношћу правних ствари,[4] ма шта то значило. Наиме, ови су критеријуми до те мере апстрактни да се различито схватају и тумаче што условљава нејединство у њиховој примени, а, онда, и усвајању недовољно конзистентних решења у регулативи.

Такође, и процесна улога органа старатељства веома је хетерогена уколико своју основну функцију заштите права и интереса посебних категорија правних субјеката не остварује непосредно, дакле као надлежни управни орган који доноси одлуку, већ у судским поступцима. Разлике су уочљиве и у његовој улози у појединим грађанским судским поступцима (парнични, ванпарнични, извршни), али и у сваком од ових поступака појединачно може имати, опет, различиту процесну позицију. Собзиром на бројност надлежности и функција, предмет овог Рада су само поједини интересантни случајеви поступања органа старатељства при обезбеђењу вршења или надзору над вршењем родитељског права који стварају недоумице било услед нормативне неусклађености, било услед сложених теоријских дилема о "природи" правних ствари о којима је реч. При том пажњу поклањамо искључиво проблемима који се тичу личног аспекта родитељског права и његовог вршења.

Један број спорних питања препознат је у правној теорији, присутан је и низ новонасталих, упућују на закључак да у склопу дугогодишњег рада на реформи породичног законодавства треба извршити инвентарисање постојећих законских решења о надлежностима органа старатељства и отклонити неусклађености на које доктрина упозорава.

[4] Обретковић, *op. cit.,* стр. 189.

I Надлежност у споровима о поверавању деце - законска регулатива и неусклађености

1. Родитељско право[5], према изричитој одредби чл. 123/2. ЗБПО РС и чл. 66/1 ПЗ РЦГ, врше родитељи заједнички и споразумно. Ипак, родитељско право може вршити и само један родитељ: уколико је други умро или је проглашен за умрлог; уколико други родитељ није познат и уколико је други родитељ лишен родитељског права.[6] Чини се да је исправније говорити, ипак, о родитељском односу, односно односу родитеља и њихове малолетне деце или деце над којом је продужено родитељско право, а не искључиво о родитељском праву. То је изузетно специфичан правни однос који се заснива рођењем, а у коме превагу имају родитељске обавезе чији су корелат права детета, док у обрнутом смеру не важи исти принцип. Наиме, малолетно дете "према коме" су успостављена и родитељска права, у мањој мери, и родитељске дужности, које су и бројније и суштински важније у односу, не може, по природи свог положаја у правном систему ни имати дужности према родитељима. Тек са пунолетством или и раније, са навршених 15 година, и то уколико остварује приходе сопственим радом, овакво лице постаје обавезно да издржава родитеље. Ипак, чињеница да, како то исправно закључују у правној доктрини, "родитељско право није само субјективно право родитеља према детету које од њега потиче", већ и "правни инструмент помоћу кога родитељи треба да испуне задатке које им је друштво наменило у циљу успешног одгајања потомства"[7] говори у прилог закључку да је родитељско право сасвим специфичан институт породично-правног режима и регулативе и правни појам настао управо да би се кроз његову специфичну садржину остварили поменути циљеви. Стога односи родитеља и деце, чији најважнији део чине, заправо, родитељске дужности, није, или у највећој мери није, двострано обавезујући правни однос.

Напомињемо да ЗБПО, говорећи о вршењу родитељског права, одредбом чл. 123/2, предвиђа ситуације у којима родитељско право,

---

[5] За дефиницију родитељског права као укупности права и дужности родитеља да се брину о личности, правима и интересима свог малолетног детета, видети, Драшкић, Породично право, Београд, 1998, стр. 255. и литературу на коју Аутор упућује у фусноти бр. 271. али нам се чини неопходним допунити овакву дефиницију констатацијом да се но може продужити и после пунолетства, дакле да није овим моментом апсолутно ограничено. Одредба чл. 58. ПЗ РЦГ дефинише родитељско право као скуп права и дужности родитеља да се брину о личности, правима и интересима своје малолетне деце. Реч је о строго личном, односно непреносивом праву.

[6] Видети чл. 113/2. ЗБПО РС, односно чл. 59/1. ПЗ РЦГ, који не предвиђа случај када је родитељ проглашен за умрлог.

[7] Драшкић, *op. cit*, стр. 256.

заправо, припада родитељима, али га фактички може вршити само један родитељ: уколико је један родитељ лишен родитељског права или пословне способности, односно ако услед других околности није у могућности да "врши" родитељско право.[8] Овоме, свакако треба додати претходно побројане ситуације у којима родитељско право "припада" само једном родитељу (пом. чл. 113/2. ЗБПО РС и чл. 66/2. ПЗ РЦГ). Спреченост једног или оба родитеља да врше родитељско право могућа је услед фактичких или правних околности. Прва је најчешће повезана уз болест, одсуство, односно тако условљену одвојеност родитеља и детета (или деце), а друга је условљена чињеницом малолетства родитеља или лишењем пословне способности.

2. За тему овог Рада од интереса је, пре свега важећа законодавна регулатива о начину, односно надлежном органу, а онда и правилима процедуре која се примењује, у стварима у којима се одлучује о поверавању детета када родитељи живе одвојено. Наиме, изричита законска норма да у оваквим ситуацијама родитељ код кога дете живи врши родитељско право није сасвим довољна. Допуна решења из овог члана (124/1), садржана у ставу трећем, одређује да родитељско право може "вршити" само један од родитеља у случају када је управо њему поверено дете на чување и васпитање. Међутим, управо за овакав случај неопходно је упозорити на неусклађеност позитивног законског решења и усвојене Конвенције о правима детета.[9] Наиме, у случају неслагања, код одвојеног живота родитеља, о томе код кога ће дете да живи, као први начин одлучивања о вршењу родитељског права предвиђен је споразум родитеља, а као допунски, одлучивање органа старатељства (управо уколико споразума нема). Решење ове, али и низ других ситуација у којима је неопходно донети одлуку о поверавању детета[10] није, међутим, усклађено са одредбом чл. 9/1. Конвенције о правима детета собзиром на

[8] Види и чл. 66/2. ПЗ РЦГ

[9] Усвојена резолуцијом Генералне Скупштине УН од 20. 11. 1989. год., а код нас ратификована, види Закон о ратификацији Конвенције УН о правима детета, Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 15/1990.

[10] Треба овде поменути да је у теорији породичног права одавно присутно закључивање, применом аргумента *a contrario*, о могућим случајевима надлежности органа старатељства за одлучивање о томе код ког родитеља ће дете да живи, а тиме и да такав родитељ врши родитељско право. Такви су следећи случајеви: 1. када брачни другови живе одвојено, није покренут поступак за развод или поништење брака, а не могу се споразумети о томе код ког родитеља ће дете живети или је њихов споразум противан интересима детета; 2. ако ванбрачни родитељи не могу постићи поменути споразум или је постигнути споразум противан интересима детета; 3. ако је у брачном спору одбијен захтев за развод или поништење брака или усвојен захтев за утврђење постојања брака, а брачни другови не живе заједно; 4. уколико услед измењених околности треба донети нову одлуку о поверавању детета ако је ранију донео орган старатељства. Видети, нпр, Драшкић, *op. cit*, стр. 268.

то да је управо у односу на ову одредбу скинута резерва коју је наша држава ставила при депоновању ратификационих инструмената.[11] Поменутим чланом Конвенције предвиђена је искључива надлежност судова у свим случајевима када се одлучује о одвајању деце од родитеља против њихове воље. Реч је управо о свим споровима када се дете поверава једном од родитеља, али и другим лицима или установама. Но, мада опстаје констатација да се у изради текста новог породичног закона РС мора и о овоме повести рачуна, чињеница да је поменута Конвенција, сада без поменуте резерве на чл. 9/1, ратификацијом стекла важност прописа који се може непосредно применити у поступку пред нашим органима, говори да и тренутно у поменутим случајевима одлуку о поверавању једном родитељу, другом лицу или установи, односно о одвајању од родитеља против њихове воље, не сме донети орган старатељства, већ искључиво суд.

Овом констатацијом се отвара још једном поменути проблем материјално-правних карактеристика односа о којима се одлучује, односно питање која судска процедура је најадекватнија према њиховој правној природи и врсти "проблема", да не прејудицирамо парничну процедуру помињући "спор". Наиме, две су дилеме - да ли је реч о спору о родитељском праву и да ли уопште постоји "спор". Уколико нема споразума међу брачним или ванбрачним родитељима, можда би се и могло, заправо, претпоставити постојање "спора". Ако не спора у смислу тзв. актуелног спора, односно оног који је последица повреде или угрожавања субјективног права, онда свакако тзв. латентног спора, односно оног који у моменту отпочињања поступка није актуелан, није очигледна супротност интереса, али се не искључује настанак у току поступка.[12] Спор субјективном праву претпоставља примену правила парничне процедуре, док тзв. латентни спор не спречава примену ванпарничне процедуре. У прилог ванпарничне говорила би и констатација да су ово "правне ствари" родитељског статуса. Тада су то, чак, тзв. праве ванпарничне ствари. Ипак, сасвим је сигурно да сви "спорови" о поверавању деце морају бити у надлежности суда, а он у парници, односно применом правила једног спорног поступка, већ одлучује у низу ситуација које одређује чл. 125/1. ЗБПО односно чл. 68/3. ПЗ РЦГ (случајеви када је парнични суд развео или поништио брак, односно одбио захтев за утврђење постојања брака, када истом одлуком одлучује и о поверавању, односно чувању и васпитању малолетне деце), па

[11] Закон о изменама Закона о ратификацији Конвенције УН о правима детета, Сл. лист - Међународни уговори, бр. 4/1996.

[12] Видети Познић, Ракић-Водинелић, *op. cit*, стр. 516, затим дело *Le Ninivin-a, La jurisdiction gracieuse dans le Nouvau code de procedure civile, Paris,* 1983, s. 83. и след., као и Генерални реферат изложен на VII Светском конгресу за процесно право, 1983., Аутора *Stalev*-а.

би принцип правне сигурности као и потреба за прихватањем јединствене процедуре у идентичним ситуацијама, говорила за парничну.

3. Како је надлежност органа старатељства да о поверавању деце одлучује у свим другим ситуацијама просто механички "пренета" на судове, настао је проблем примене правила парничног или ванпарничног поступка. Теорија је и условима када је надлежност била подељена, односно до скидања поменуте резерве са чл. 9/1. Конвенције, указивала на непостојање разлика, у материјално-правном смислу, односно у погледу циља у коме се поступци воде, а то је доношење одлуке која у највећој мери одговара интересима детета и успостављање равнотеже интереса родитеља и детета, а тиме и њихова стабилизација, без обзира на врсту поступка, односно надлежног органа.[13] Било који такав орган мора утврдити све околности од значаја за доношење исправне одлуке у интересу детета и извршити њихову оцену са овог аспекта, а такве су стамбене прилике родитеља, здравствене, финансијске прилике, карактер и понашање родитеља појединачно и узраст детета.[14] У том погледу нема разлика.

Ипак, не даје ли парнична процедура, односно парнични поступак, као поступак у спорним стварима, низом својих инструмената више гарантија одлуци која ће у пуној мери послужити реализацији основног, поменутог циља, доношења одлуке у најбољем интересу детета. Поменути идентитет процедура у идентичним правним стварима (собзиром на већ дуги низ година примењена решења о одлучивању у оквиру брачних спорова), али и аргумент да су случајеви када је, у околностима пре прихватања Конвенције, одлучивао орган старатељства, увек повезани уз непостојање "споразума" родитеља о томе код кога од њих ће дете да живи, а онда ће он вршити фактички и родитељско право. Ово би могло упућивати на закључак да се, ипак, препознаје, макар и сасвим специфичан "спор", спор о томе "ко ће?", а онда то, сасвим сигурно значи и "како ће?" вршити родитељско право. Ситуација која, такође, по позитивној регулативи постоји, јесте и одлучивање када постојећи споразум родитеља не одговара интересима детета. Тада се може препознати једна сасвим специфична супротност интереса - јавног, да се дете повери родитељу који ће у највећој мери, вршећи родитељско право, омогућити васпитање и развој који је у интересу самог детета, али и државе, и приватног, појединачног, родитељског, да се дете повери оном родитељу окоме су се они сами споразумели.

Како, као што је већ поменуто, постоје, међутим, и тзв. неправи ванпарнични поступци, у којима се препознаје тзв. латентни спор, теорија

[13] Обретковић, *op. cit,* стр. 197.
[14] Драшкић, *op. cit,* стр. 270.

би, уз корисна искуства органа старатељства и судова, требало да одмери овде поменуте, и вероватан низ других аргумената, како би се о врсти поступка донео исправан суд од стране законодавца у моменту када се поново актуелизује дугогодишњи рада на новом породичном закону.

II Неспоразум родитеља о вршењу родитељског права или "спор" о праву

1. Ако је сада сасвим неспорно да одлуке о поверавању деце у свим "спорним" ситуацијама мора да донесе суд, уз резерве већ поменуте у погледу коначне одлуке о самој врсти поступка у коме ће се одлучивати, органу старатељства, ипак, остаје низ значајних надлежности у односу на непосредно, фактичко вршење родитељских права, односно и дужности. Споразум родитеља и овде је, свакако, основни и најбољи вид решавања насталих проблема у начину вршења родитељског права. Наиме, родитељ који не врши родитељско право дужан је да доприноси издржавању детета (чл. 298/1. ЗБПО РС), односно родитељ са којим дете не живи у породичној заједници има право да одржава личне односе са дететом.[15] Свакако да су могући неспоразуми у реализацији родитељског права, односно дужности. Но, овде се не одлучује у "спору" о самом одвајању детета, односно поверавању једном од њих или другом лицу или установи, односно, како је то у теорији већ запажено, не доводи се у питање само родитељско право у смислу овлашћења на његово вршење, већ неслагање родитеља постоји о фактичком понашању, појединим поступцима једног од њих, фактичким радњама, али, рекли бисмо ипак, и нечињењима (ако други родитељ управо мисли да је неко чињење било неопходно).

2. Надлежност органа старатељства, према важећој законској регулативи, постоји увек када се ради о несагласности брачних или ванбрачних родитеља који не живе заједно о поменутим проблемима вршења родитељског права, односно начину вршења, методама или модусу васпитања, степену бриге, нези детета и сл. Он одлучује и када треба поново уредити начин одржавања личних односа родитеља и детета ако о захтевају измењене околности.[16] Реч је, заправо о ситуацији када промењене околности условљавају изнова вођење поступак о поверавању детета, односно судског поступка. На основу овакве одлуке орган старатељства ће одлучивати о начину одржавања личних односа у измењеним околностима. Као "специјализовани" орган који је кадровски оспособљен стручним тимовима, он је у позицији да удовољи циљу

[15] Уп. чл. 125/3,4. ЗБПО РС, о праву родитеља да захтева од суда да уреди начин одржавања његових личних односа са дететом, односно о измени раније донесене одлуке о томе.
[16] Види, чл. 131/1,2. ЗБПО РС

поступака које води у овим ситуацијама, да изнађе најбоље начине вршења родитељског права који ће обезбедити најбољи интерес детета. Односно, он у овим поступцима, такође, по правилу, разрешава "спор" који постоји о начину вршења, а по захтеву оног родитеља који са њим није сагласан, односно који и сам сматра, а то би требало и да одговара истини, да други родитељ доноси одлуке, предузима или не предузима радње, а све то не одговара најбољем интересу детета. У том циљу може привремено забранити лични контакт (уп. чл. 131/3. ЗБПО РС, који говори о привременој забрани личних односа, али је суштински реч о забрани личних контаката родитеља и детета) родитеља и детета или га ограничити.

3. Позиција органа старатељства је, ипак, законском одредбом поменутог члана веома ограничена у доношењу оваквих одлука. Наиме, обе врсте одлука, и забрана и ограничење, могуће су искључиво због заштите здравља детета или других важних интереса деце. Оваквим, веома уопштеним одређењем разлога, законодавац је управо органу старатељства оставио дискреционо право да одлучи шта су то "важни интереси детета", изузев здравља, које, свакако, претпоставља и ментално здравље. Према ставу у теорији, циљ и садржина самог родитељског права, међутим, значајно смањују обим дискреције.[17] Свакако да је веома тешко стриктно одредити елементе појма "интерес детета" или "најбољи интерес детета", и свакако да околности у којима родитељи и дете живе, уз карактер и родитеља и детета, значајно условљавају и могућност доношења исправне одлуке и могућност њене реализације како би се он постигао. Ипак, ни законска формулација "важни интереси детета", као ни она из чл. 130. која је нешто конкретнија, односно наводи као елементе утврђења "интереса детета" све околности које су од значаја за правилан духовни и физички развој и васпитање детета, али и његове емоционалне потребе и жеље, нису довољне. Пре свега стога што чл. 131/3. користи појам "важних интереса", односно упућује на извесну градацију самих интереса, а чл. 130. говори о елементима којима се надлежни орган мора руководити када утврђује шта је у "интересу" детета, односно не и "најважнијем" интересу. Свакако да је утврђивање садржине појма "најважнији интереси детета" веома тешко простим набрајањем, али би, можда, и ово питање могло бити предмет пажње у оквиру рада на новом породичном закону.

4. Чини се да, после усвајања Конвенције о правима детета,[18] нема спора о томе да ли је, већ само у којој мери је, дете субјект односа са родитељима, те да би се такво шта могло и законски нормирати. Тако би,

[17] Обретковић, *op. cit,* стр. 200.
[18] Види чл. 9/3. Конвенције УН о правима детета.

дакле, право детета да одржава личне односе и непосредне контакте са оба родитеља у случају да је одвојено од једног или оба, могло бити основ његовом праву да, преко посебног заступника (терминологија Европске конвенције о заштити дечјих права) иницира регулисање начина вршења родитељског права у свим спорним ситуацијама. Свакако да то подразумева одређени узраст детета који одређује национално законодавство. Ово би, такође, морало бити предмет пажње у изради новог породичног закона. Ипак, ова тема захтева шири приступ и дискусију, собзиром на бројност ситуација у вршењу родитељског права у којим би се о оваквим решењима могло размишљати.

5. Орган старатељства, такође, одлучује и о приговору родитеља који не врши родитељско право који је упутио другом родитељу, односно оном који га фактички врши, уколико није сагласан са неком његовом мером или поступком. Односно, орган старатељства ће овде водити поступак и одлучити да ли је таква мера или поступак у интересу детета само уколико родитељ коме је упућен приговор не буде сагласан са наводима из приговора, односно не поштује га (чл. 127. ЗБПО РС).

6. У теорији се поверавање вођења поступака и одлучивање о начину вршења родитељског права органу старатељства у поменутим ситуацијама оправдава истицањем да ови спорови нису или нису примарно, спорови у вези остварења права родитеља, односно да су права детета и родитеља неспорна, а да је потребно само формулисати начин реализације, прилагођавајући га интересу детета. Али, остаје наша већ изречена констатација да и ванпарнични поступак није суштински спор о повреди или угрожавању субјективног права, већ управо често о начину вршења права.[19] Такође, у теорији има и мишљења, сасвим оправданих, да неизвршавање законске обавеза родитеља да споразумно врше родитељско право, као и ометање личних односа другог родитеља са дететом, повређује субјективно право детета, као и другог родитеља, што, онда, веома асоцира на потребу разрешења "спора", односно на спорну, парничну процедуру. Или, можда, довољне гарантије даје и ванпарнична процедура. Али, и у једном и у другом случају је то судски поступак. Дилеме су, свакако, од суштинског значаја - опстаје ли аргументација да се бројне "правне ствари" могу поверити у суштини управном органу, какав је центар за социјални рад, или је неопходно коначно формирати специјализоване, тзв. старатељске судове и тиме неспорно разрешити

[19] Можда није примерено поређење, собзиром да је реч о имовинско-правној ванпарничној ствари, али нпр. ванпарнични поступак уређења управљања и коришћења заједничке ствари (чл. 141-147. ЗВП РС) управо има за циљ уређење начина вршења права "заједничара", а таквих је примера више управо у ванпарници као претежно "неспорном" поступку.

највећи број ових дилема. То је, такође, тема за тимове који ће учествовати у формулисању нових законских решења.

За сада, оправдање решења да се овакав неспоразум разрешава у поступку пред органом старатељства могло би бити управо у чињеници да поменуте специјализоване судове за ове области односа наше право не познаје. На страни органа старатељства у односу на редовне судове опште надлежности тренутна је предност управо стога што према природи функција које су му поверене има и одговарајуће тимове специјализоване неопходних управо за изналажење разрешења несагласности у поменутим областима односа.

7. У случају када је услед измењених околности потребно донети нову одлуку о поверавању деце, поступак пред судом може и покренути орган старатељства (чл. 125/4. ЗБПО РС). Мада законодавно није разрешена дилема да ли је увек реч о парничним поступцима или то могу бити и ванпарнични, у случајевима када се питање поверавања деце не решава у брачном спору, процесна позиција органа старатељства је неспорно позиција странке, тужиоца или предлагача из тзв. јавноправних разлога.[20]

III Надзор над вршењем родитељског права

1. Вршење надзора, а у оквиру тога и надлежност за изрицање одређених мера, од којих је мера одузимања детета од родитеља најтежа, на које ЗБПО овлашћује орган старатељства управо су облик његове управне функције, функције органа државе, односно државне власти. У том смислу предвиђена је општа обавеза органа старатељства, која је сасвим у складу са местом и улогом која му је поверена, односно да предузима потребне мере у циљу заштите личних и имовинских права и интереса малолетника (чл. 133/1. ЗБПО РС; чл. 76/1. ПЗ РЦГ). У теорији постоји несагласност о дометима, границама овог надзора, односно броју и врстама мера које орган старатељства може у вршењу надзора да предузме. Ипак, чини се да више присталица има екстензивно тумачење ове одредбе у смислу да орган старатељства може предузимати и друге мере, изван оних које ЗБПО помиње, односно да оне нису одређене системом *numerus clausus.*[21] Као критеријум одабира врсте мере помиње се

[20] Уп. излагање Познић, Ракић-Водинелић, *op. cit,* стр. 103-104. о процесној позицији јавног тужиоца у спору о поништењу брака из тзв. јавноправних разлога, односно излагање о тзв. функционалном појму странке, странци по положају, дужности или функцији, Станковић, Грађанско процесно право, Ниш, 1998, стр. 136.

[21] Види, Драшкић, *op. cit*, стр. 276. као и литературу на коју Аутор упућује у фусноти 350. овог Рада, као и Комар, Кораћ, Пољавић, Породично право, Београд, 1996, стр. 235., из чијег става се, ипак, посредно, може закључити супротно, односно да је закон таксативно набројао мере, а да је само, практично општа обавеза појединаца и институција да пријаве

избор оне која ће на најадекватнији начин исправити грешку родитеља учињену у вршењу родитељског права, а да, истовремено, родитељ тиме буде најмање погођен, а интерес детета остварен у највишој могућој мери.[22]

2. Не набрајајући, овде, све субјекте који имају обавезу да обавесте орган старатељства о потреби његове интервенције у оквиру послова надзора над вршењем родитељског права, чини се да, без обзира на формулацију Закона који говори о "дужности" обавештавања пракса показује да се то нерадо чини, или уопште не чини. Довољно је подсећање на бројне јавности познате случајеве који су се догодили последњих година да би се извео неспоран закључак да одредба, ма колико изричита није и примењена. Вероватан узрок јесте чињеница да обавези, односно "дужности" обавештавања не следи одговорност и санкција у правном поступку за њено непоштовање.[23] При томе, сасвим је сигурно да управо детету најближе окружење (сродници, комшије, познаници и пријатељи, школа и сл.) имају најпре могућност да сазнају за најразличитије, нарочито оне на први поглед видљиве, недостатке у начину васпитања и подизања детета од стране родитеља који врши родитељско право. "Линија мањег отпора" генерално је оправдање да се о овоме, ипак, најчешће ћути. Санкционисање ове "дужности" једини је начин да се овакав однос промени, али је на законодавцу да изнађе начин за то, што није ни мало лако, собзиром на бројност субјеката обавезе и њихове веома различите позиције или друштвене функције.

3. Такође, поред ситуације у којој га неко други обавештава о недостацима у подизању и васпитању детета, собзиром на функције које су поверене органу старатељства није неприхватљиво законско одређење и да он мора самоиницијативно да поступа у истом циљу. Такве изричите одредбе у тексту актуелног ЗБПО, међутим, нема. Наиме, бројне надлежности овог органа и изван области вршења родитељског права упућују нас на закључивање да је најкомпетентнији, али и најобавештенији, о породицама које живе на маргини друштва услед финансијских, али и низа других околности, а управо су у таквим ситуацијама и "проблеми" у вршењу родитељског права најчешћи.

4. Поред мере упозорења родитеља на недостатке у подизању и васпитању, орган старатељства има и обавезу да у оваквим ситуацијама пружи помоћ родитељима како би родитељске дужности биле оствариване у најбољем интересу детета, а у том циљу може упутити родитеља (или родитеље) посебно или заједно са дететом (или децом) да се обрате

случајеве када родитељ није у могућности да врши родитељско право, односно да је детету неопходна заштита из других разлога (чл. 133/2. ЗБПО РС и чл. 76/2. ПЗ РЦГ).

[22] Драшкић, *op .cit,* стр. 276.

[23] Тако и Комар, Кораћ, Пољавић, *op .cit,* стр. 235.

одређеним установама (саветовалишта, здравствене, социјалне, васпитне и сл. (чл. 134. ЗБПО РС; чл. 77. ПЗ РЦГ). Све ове, у суштини мере превентивног карактера,[24] нису, ипак, искључива последица "нарушавања правила понашања или стандарда родитељског старања" већ се правна интервенција мора схватити као "усмеравање, управљање добрима детета, као одлука којом се надомешта његова воља", а онда, неспорно, "дете остаје једини релевантан субјект, а његов интерес једини циљ регулисања односа".[25] С друге стране, овим се оставља по страни субјективно право самог родитеља да подиже и васпитава своје дете. Односно, оно се поменутим мерама свакако ограничава, некада и веома ригорозно. Да ли је то онда спор о субјективном праву, не захтева ли то онда судску процедуру?[26]

5. Поменуте ситуације нису спорне искључиво са аспекта материјалног права, односно ко је заправо субјект права у односу родитеља и детета и када је "правна ствар" настала повредом или угрожавањем субјективног права, а када понашања нису таква да захтевају судски поступак, споран и контрадикторан, или барем ванпарнични. Склони закључивању да је субјект родитељског односа ипак дете, или, барем и дете, свесни смо даље, процесноправне дилеме да у ситуацијама повреде или угрожавања права или само потребе да се "уреди" вршење родитељског права, односно потребне судске процедуре, отварамо питање активно легитимисаног лица. Опредељење да дете у свакој таквој ситуацији има положај странке условљава неопходност његовог заступања од стране посебног заступника, за шта основ дају одредбе већ помињане Конвенције ЕУ о заштити права детета. Али, свесни смо и тога да овако радикално нов и искључив систем једног субјективног права има и своју "лошу страну" у запостављању права родитеља да се, првенствено он, брине о сопственој деци и препознаје његове најбоље интересе, а у ширем смислу овакав став занемарује и још једну његову важну сврху - остварење породичног интегритета.[27]

6. У поменутим ситуацијама, дакле, има основа и аргумената за закључке и у прилог управном (пред органом старатељства) и судском поступку. У једној другој ситуацији, уз идентичну аргументацију повезану уз скидање резерве са чл. 9/1. Конвенције УН о правима детета, дилеме више нема. Реч је о надлежности за изрицање мере одузимања детета (чл.

---

[24] Комар, Кораћ, Пољавић, *op. cit,* стр. 236.
[25] Види, Обретковић, *op .cit*, стр. 202.
[26] Тако, веома давно, Поповић, Старатељство над малолетницима, 1973, стр. 176. и след. пледира за судску процедуру увек онда када треба "пресудити", односно увек када "ствари" излазе из појма "контрола" и "надзор", а у којима једино и може да поступа управни орган (што орган старатељства јесте).
[27] Обретковић, *op .cit,* стр. 202.

136. ЗБПО; чл. 79. ПЗ РЦГ), која без обзира на актуелно законско решење практично не може опстати. Наиме, ово је само још један случај одузимања детета против воље родитеља, тако да је надлежност суда, као и у случају доношења одлуке о поверавању детета, искључиво судска. Подсећамо на већ изречене дилеме у погледу врсте грађанског судског поступка чија би правила била најадекватнија карактеру "правне ствари" о којима је било речи, а чије је решење овде нешто једноставније. Наиме, одузимање овде није адхезиони поступак у брачном спору који се одвија по правилима парничне процедуре која су, онда, примењена и на одузимање детета. Односно, нешто "слободније" се може закључивати, искључиво разрешавајући дилему да ли је то спор о субјективном праву или не.

Уместо закључка

Већ и помињање само једног броја дилема о правним карактеристикама "правне ствари" која се тиче вршења родитељског права, односно да ли она има типичне карактеристике управне ствари или је то, ипак, судска ствар, условљава неопходност преиспитивања позитивно-правних решења. Конкуренција надлежности суда и органа старатељства, која кроз одредбе ЗБПО РС још увек опстаје, указује на констатацију да о овоме нема неспорних закључака, односно да је неопходно теоријски аргументовати опредељење које ће, надамо се, бити учињено у оквирима најновије реформе породичног законодавства.

Допуна, односно чињеница којој се мора поклонити неопходна пажња, јесте и међународна регулатива која, неспорно, даје примат судској процедури у свим поступцима одвајања деце од родитеља, противно њиховој вољи. Непостојање посебних судова који би решавали у свим ситуацијама постојања актуелног или латентног спора о вршењу родитељског права, условљава, још увек, изузетно значајне и бројне надлежности органа старатељства. Ипак, изузев функције надзора над вршењем родитељског права, која би се могла одредити суштински као управна функција, материјално-правне карактеристике "неспоразума" родитеља у бројним другим ситуацијама немају такве преовлађујуће карактеристике.

Коначно али и неопходно прихватање нове позиције детета у родитељском односу, на шта нас обавезују и усвојене међународне конвенције, пре свих Конвенција УН о правима детета, такође условљава неопходност измене става и о начину реализације права и обавеза из овог односа.

Dr Dušica Palačković, a full-time professor

LIMITATIONS IN THE INTERVENTIONS OF GUARDIANSHIP BODIES IN SOME ACTIVITIES OF EXERCISING PARENTAL RIGHTS

Even mentioning some of the dilemmas on legal characteristics of legal matter related to exercising the parental rights, that is whether it has typical traits of a legal matter or it is just the court matter, requires reviewing of some legal solutions. According to the regulations of the Act of marriage and family relations, the competition over the jurisdiction of the court and guardianship bodies still remains. Therefore, it is not possible to make a definite conclusion, that is it is necessary to clarify this issue within the framework of the latest reform of family relations law.

Also, it is essential to pay attention to international regulations which, favor the court procedure in all cases of child's separation from the parents against his will. The absence of specialized courts which could deal with actual or latent disputes on this matter allows guardianship bodies to have numerous and important competences. Yet, apart the supervision over the exercising of parental rights, which can in essence be defined as a legal function, other material and legal characteristics of disputes between parents do not have a prevailing legal content.

Finally, having adopted several international conventions reflecting new views in children-parents relationship, particularly the UN Convention on the rights of children, we are required to adjust our stand and comply with the regulations in this field.

Одељак X

СЛОБОДА ТРГОВИНЕ И ПРАВА ПОТРОШАЧА

Др Миодраг Мићовић,
редовни професор

***UDK**: 366*

НЕПОШТЕНИ УГОВОРНИ УСЛОВИ И ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА

1. Начело аутономије воље и потрошачки уговор

Према начелу аутономије воље уговорне стране су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја да свој однос уреде по сопственој вољи (чл. 10. ЗОО). То значи да аутономија воље уговорних страна није апсолутна, да се о њој може говорити само ако се креће унутар одређених граница, ако су задовољене одређене претпоставке. Између осталог, аутономија воље може да се испољи само ако су уговорне стране равноправне (чл. 11. ЗОО). А, та равноправност, једнакост страна не постоји када се закључује потрошачки уговор. То је уговор о продаји покретних ствари или вршењу услуга, који се закључује између професионалаца (произвођач, продавац) и потрошача, ради задовољења личних (сопствених) потреба потрошача или потреба његовог домаћинства.

Код ових уговора, неједнакост уговарача може да се испољи на два начина. Прво, неспорно је да се потрошач, с обзиром на његову економску снагу, знање, искуство, информисаност, појављује као слабија страна у односу према професионалцу. Он често није у стању да правилно процени обавезе које преузима закључењем уговора. Отуда, начело слободе уговарања, које важи између уговорних страна једнаке преговарачке моћи, мора да устукне пред начелом социјалне правде, у складу са којим потрошач, као несразмерно слабија страна има право на заштиту.[1] У том циљу законодавац одређује елементе које уговор мора да садржи или оставља потрошачу рок за размишљање у оквиру кога потрошач може да одустане од уговора. Друго, у вези са продајом робе потрошачима (или у вези са осигурањем, превозом, потрошачким кредитом, туристичким услугама) користе се често унапред одштампани типски уговори и општи

[1] Станивуковић, М., Уговори са потрошачима са иностраним елементом, Зборник радова Правног факултета Нови Сад, XXXVII, бр. 3/2003, стр. 190.

услови пословања. Према Нацрту Закона о заштити потрошача под типским уговором подразумева се уговор који се закључује са више лица, који је без учешћа потрошача унапред формулисао продавац (чл. 42. ст. 1). Захваљујући типским уговорима остварују се одређене погодности: привредни промет се одвија рационалније и брже, остварују се уштеде у времену и трошковима закључења уговора. Али, овакво закључење уговора има и своје мане. Оне погађају потрошача, а темеље се на чињеници да типски уговор, без претходних преговора, саставља страна која је економски и правно јача, што јој омогућава да своје услове наметне другој страни, која има једино могућност да их прихвати или одбије.[2] Неки од уговорних услова, на чије формулисање потрошач није имао утицаја, често нису подједнако правични за обе уговорне стране. У том случају, а у циљу успостављања равнотеже између уговарача, ограничава се дејство начела аутономије воље тако што се потрошачу пружа заштита од некоректних уговорних услова. Заштита се остварује превентивно (пре усвајања типски уговор се подноси надлежном органу на одобрење) или накнадно, тако што надлежни орган цени да ли је уговор ништав, у целини или делимично, због тога што садржи клаузуле које су супротне интересу потрошача.[3] При томе, правило је да се данас тежиште заштите потрошача од непоштених уговорних услова усмерава на контролу садржине општих услова пословања, мада су присутна решења према којима се контрола усмерава на закључење уговора или на тумачење општих услова пословања.[4]

2. Појам и критеријуми за одређење непоштених уговорних услова

Поводом одређења непоштених уговорних услова (употребљавају се са истим значењем и изрази неправичне или некоректне уговорне клаузуле) у доктрини се истиче да је то свака клаузула која противно принципу савесности и поштења, на штету једне стране у уговору ствара значајну неравнотежу између права и обавеза. При томе, непоштени услови се везују за опште услове пословања. С обзиром да су стипулисани у искључивом интересу стране која је саставила опште услове, они представљају прави пример за непостојање еквивалентности у узајамним правима и обавезама уговорних страна. Њихово постојање у општим условима противи се начелу комутативне правде, због чега из њих морају

[2] Драшковић, М., Закључење уговора о продаји, Београд, 1986, стр. 284.
[3] Вилус, Ј., Хармонизација права СРЈ са правом ЕУ у области правне заштите потрошача, Право и привреда, бр. 5-8/96, стр. 664.
[4] Ђурђевић, Н., Контрола општих услова пословања по основу правичности, Правни живот, бр. 11-12/94, стр. 1544.

бити уклоњени.[5] Из наведеног би се могло закључити да су непоштене клаузуле општи услови који се противе начелу савесности и поштења, којима се ствара неравнотежа између права и обавеза и наноси штета једној страни из уговора, односно потрошачу.

Поред доктринарних ставова, за одређење непоштених услова значајна су решења која су прихваћена у појединим законодавствима, као и у Директиви ЕУ 93/13 од 5. 4. 1993. године о некоректним клаузулама у уговорима са потрошачима, где се уз помоћ генералних клаузула дефинишу непоштени уговорни услови.

Према Директиви ЕУ некоректна клаузула је уговорна клаузула која није појединачно уговорена уколико, супротно захтевима добре вере, проузрокује значајнији поремећај баланса између права и обавеза уговорних страна која настају на основу уговора, на штету потрошача (чл. 3. ст. 1).

На основу овако одређеног појма проистиче да некоректне клаузуле карактеришу следеће особености. Прво, то су клаузуле које нису појединачно уговорене. Сматра се да клаузула није појединачно уговорена када је формулисана унапред и потрошач, према томе, није био у могућности да утиче на суштину клаузуле у контексту унапред формулисаног стандардног уговора (чл. 3. ст. 2). Дакле, некоректне клаузуле се везују за опште услове пословања, односно типске уговоре које унапред формулише једна страна и презентира их другој страни.[6] С обзиром да оне нису резултат слободног споразумевања, да је потрошач често принуђен да их прихвати, чак и кад су за њега неправичне, јер му права ограничавају и ускраћују, то се намеће потреба да се потрошачу пружи заштита од могућих злоупотреба и непоштеног пословања економски супериорније стране.[7] Обрнуто, клаузуле које су појединачно уговорене не могу да се квалификују као некоректне и на њих се не примењује Директива ЕУ. Уколико продавац робе или давалац услуге тврди да је нека клаузула типског уговора појединачно уговорена, он ће то морати да докаже (чл. 3. ст. 2. тач. 2).

Друго, то су клаузуле које су супротне захтевима добре вере, односно начелу савесности и поштења. У овом случају начело савесности и поштења има ограничавајућу или коригујућу функцију. Њиме се спречава

[5] Ђурђевић, М., Ограничење слободе уговарања о кредиту између банке и појединца, Право и привреда, бр. 5-8/2003, стр. 353.
[6] Вилус, J., Судско и вансудско решавање спорова по праву ЕУ, Право и привреда, бр. 1-4/2003, стр. 70.
[7] Ђурђевић, Н., нав. чланак, стр. 1543.

поверилац од злоупотребе у вршењу свог права и у недозвољеном коришћењу свог правног положаја.[8]

Уопштено посматрано, начелу савесности и поштења се придаје велики значај као критеријуму на основу кога се врши контрола садржине уговора. У том циљу закони многих земаља садрже одредбе које упућују на примену начела савесности и поштења ради заштите потрошача од неправичних општих услова. У Шпанији, Закон о заштити потрошача захтева ради остварења равнотеже престација да се поштује начело савесности и поштења (чл. 10), а у Португалији се прописује да су општи услови пословања који су супротни начелу савесности и поштења забрањени (чл. 16. Декрет – закона из 1986. године). Грађански законик Квебека даје широко право судији да поништи сваку недопуштену клаузулу уговора којом се један уговарач, супротно начелу савесности и поштења, доводи у неравноправан положај на неразуман и неумерен начин.[9] У нашем праву чл. 143. ЗОО на индиректан начин отвара могућност примене начела савесности и поштења приликом процене да ли су поједине одредбе општих услова пословања неправичне или претерано строге.[10] Принципи европског уговорног права из 1998. године одређују да клаузула која није била предмет индивидуалног преговарања може да буде поништена ако, супротно начелу савесности и поштења, изазива на штету једног уговарача знатну неравнотежу између права и обавеза које настају за уговараче из уговора, имајући у виду природу престације, све друге клаузуле уговора и конкретне околности под којима је уговор закључен (чл. 4 – 110).

Треће, то су клаузуле којима се у погледу права и обавеза уговорних страна наноси значајан поремећај баланса између права и обавеза уговорних страна, на штету потрошача.

У Немачкој контрола општих услова пословања регулисана је Законом о уређењу права општих услова пословања. Према генералној клаузули (пар. 9) одредбе општих услова пословања су неважеће, када уговорног партнера корисника, супротно начелу савесности и поштења, претерано оштећују. Из наведеног се може закључити да је за постојање некоректних клаузула потребно да буду испуњене исте претпоставке које захтева и Директива ЕУ. Разлика се огледа у томе што се предвиђају помоћни критерији на основу којих се, у случају сумње, врши процена „претеране штете“. У сумњи сматра се да постоји претерана штета, односно да је клаузула некоректна ако се њоме одступа од битних законских принципа

[8] Коментар Закона о облигационим односима, редактори: Перовић, С., Стојановић, Д., I књига, Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, стр. 111.

[9] Jobin, P. G., La modernité du droit commun des contrats dans Code civil du Quebec: quelle modernité, Revue internationale de droit comparé, бр. 1/2000, стр. 55.

[10] Ђурђевић, Н., нав. чланак, стр. 1553.

или се њоме суштинска права или обавезе које произилазе из природе уговора тако ограничавају да је угрожено постизање циља уговора. Према становишту немачког Савезног суда, садржинска контрола општих услова усмерена је на очување елементарне уговорне правичности, и води ка томе да се ускрати важност клаузулама које једнострано одређују права и обавезе уговорних страна и слабијој страни намећу неочекиване ризике.[11]

У Словенији, Закон о заштити потрошача из 1998. године одређује да су непоштене клаузуле оне којима се на штету потрошача проузрокује знатна неравнотежа између права и обавеза уговорних страна, или клаузуле које неосновано проузрокују извршење уговора на штету потрошача, или клаузуле које проузрокују извршење које се знатно разликује од онога што је потрошач основано очекивао, или клаузуле које су супротне начелу савесности и поштења (чл. 24). Словеначко решење је оригинално, али не и добро, како примећује њихова доктрина[12], јер се у генералној клаузули алтернативно наводе услови за постојање некоректне клаузуле.

У Француској у погледу заштите потрошача од некоректних клаузула усвојена су решења за која се може рећи да су оригинална, да се ослањају на Директиву ЕУ и чл. 8. који даје могућност да се заштита потрошача уреди и на строжији начин од оног како је то учињено у Директиви, да померају границе заштите потрошача, да одступају од традиционалних схватања о условима под којима потрошач може да ужива заштиту. Према чл. 132 – 1 Закона о потрошњи из 1995. године некоректне клаузуле су оне клаузуле које имају за предмет или циљ стварање, на штету не-професионалца (привредни субјект који закључује уговор изван делатности којом се професионално бави)[13] или потрошача, значајне неравнотеже између права и обавеза уговорних страна. То значи да се некоректна клаузула дефинише искључиво на основу резултата који се њом остварује: значајна неравнотежа. При томе, за одређивање да ли се ради о некоректној клаузули без значаја је понашање, намера једне стране да злоупотреби своју економску снагу.[14] За постојање некоректне клаузуле потребно је да је неравнотежа учињена на штету потрошача а од стране професионалца, корисника неравнотеже.

За разлику од Директиве ЕУ и других законодавстава, у Француској се шири домен заштите потрошача од некоректних клаузула. Док се уобичајено заштита потрошача од некоректних клаузула везује за типске уговоре и клаузуле које нису појединачно уговорене (које су састављене без учешћа потрошача), у Француској потрошач ужива заштиту без обзира

[11] Исто, стр. 1545.
[12] Забел, Б., Тржно право, Љубљана, 1999, стр. 486.
[13] Ferrier, D., La protection des consommateurs, Paris, 1996, стр. 51.
[14] Payet, M. S., Droit de la concurrence et droit de la consommation, Paris, 2001, стр. 128.

на форму уговора и без обзира да ли је учествовао или не у формулисању клаузула (чл. 132 – 1. ст. 4). На тај начин се поље заштите потрошача од некоректних клаузула шири, јер се као услов за примену правила о заштити појављује постојање односа који карактерише неједнака снага уговорних страна. Слабост потрошача оправдава његову заштиту. При томе, ради се о релативној, а не о слабости која је својствена потрошачу. Потрошач није слаб зато што троши, већ зато што у односу на професионалца не располаже са потребним знањем и искуством за закључење одређеног уговора, што је због стања „нужде“ често присиљен да прихвати неповољне услове чак и кад је савршено свестан на шта се обавезује.[15]

Дакле, за заштиту потрошача од некоректних клаузула потребно је да постоје два елемента: однос моћи, односно неједнакости и значајна неравнотежа између права и обавеза.[16] Остало, као што је намера да се злоупотреби економска моћ да би се остварила корист, или постојање свести о уговорним клаузулама без значаја је за примену правила о заштити потрошача.

У нашем праву, слично решењима која су прихваћена у већини законодавстава, заштита потрошача од некоректних клаузула везује се за типске уговоре и опште услове пословања. Нацрт Закона о заштити потрошача не садржи клаузулу којом би се на генералан начин одредило шта се подразумева под некоректним клаузулама. Општим правним правилима, која се могу применити и на потрошаче, а садржана су у ЗОО, одређују се путем генералне клаузуле границе у оквиру којих општи услови пословања производе правно дејство. Утврђује се да су ништаве одредбе општих услова које су противне самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су општи услови који их садрже одобрени од надлежног органа (чл. 143. ст. 1).[17] Ако нађе да је оправдано с обзиром на све околности конкретног случаја, суд може одбити примену појединих одредаба општих услова које су неправичне или претерано строге према другој страни (чл. 143. ст. 2).

[15] Исто, стр. 130.
[16] Исто, стр. 172.
[17] Такво законско решење последица је доследно спроведене уговорне теорије о правној природи општих услова и у складу са њом третирању општих услова као опште понуде. Отуда, одобрење државног органа има искључиво јавно-правни карактер и не мења ништа у правној природи општих услова, који без обзира да ли се захтева њихова провера и одобрење од стране управног органа или не, задржавају карактер понуде јавности чијим прихватањем настаје уговор. О овоме: Голдштајн, А., Опћи увјети пословања, Зборник: Опћи увјети пословања у унутрашњој и међународној трговини, Загреб, 1970, стр. 12.

3. Подела неправичних уговорних услова

Зависно од тога да ли суд мора или може да поништи неправичне уговорне услове разликују се клаузуле чија се забрана може процењивати и клаузуле које су неважеће без могућности било какве процене или расправе о њима. У том смислу, Закон о уређењу права општих услова пословања Немачке, у пар. 10, одређује да је ништава, са могућношћу процене, одредба којом корисник за себе резервише несразмерно дуге рокове за прихватање или одбијање понуде; којом корисник резервише несразмерно дуг накнадни рок у погледу чинидбе коју треба да изврши; којом се кориснику даје право, без стварно основаног и уговором утврђеног основа, да се ослободи своје обавезе на чинидбу; којом корисник стиче право да обећану чинидбу измени или да од ње одступи, уколико се од друге стране не може очекивати да остане при споразуму о измени или одступању; којом корисник, ако друга страна одустане од уговора, стиче право да захтева несразмерно високу накнаду за коришћење или употребу ствари, или несразмерно високу накнаду трошкова. Суд може да прихвати пуноважност наведених клаузула уколико се њима друга страна не оштећује претерано. Процена се врши према начелу савесности и поштења, уз узимање у обзир интереса обе уговорне стране.[18]

Насупрот наведеним клаузулама, неважеће су, без могућности процене, одредбе: којима се уговорном партнеру корисника одузима овлашћење да пребије неспорно или правоснажно утврђено потраживање; којима се корисник ослобађа законске обавезе да другу уговорну страну опомене или јој остави накнадни рок; којима се кориснику обећава уговорна казна за случај да чинидба не буде предузета или буде предузета са закашњењем, у случају доцње у плаћању или за случај да друга уговорна страна раскине уговор; којима се искључује или ограничава одговорност за штету која се темељи на повреди уговора грубом непажњом корисника или на намерном или грубом непажњом изазваној повреди уговора од стране законског заступника или пуномоћника при испуњењу корисника; којима се за случај доцње у извршењу чинидбе корисника или немогућности чинидбе за коју он одговара искључује или ограничава право друге уговорне стране да одустане од уговора или да захтева накнаду штете; којима се одређује да уговорне обавезе уместо корисника испуњава треће лице, осим ако је треће лице именом означено или ако је другој страни признато право да од уговора одустане; којима корисник мења терет доказивања на штету друге уговорне стране, а

[18] Ђурђевић, Н., нав. чланак, стр. 1546.

нарочито ако се намеће терет доказивања за околности које леже у сфери одговорности корисника или одређених чињеница као истинитих (пар. 11).

Слично немачком праву, с том разликом што се то чини на један уопштенији начин, ЗОО прави разлику између клаузула које су ништаве (противне циљу уговора или добрим пословним обичајима) и оних за које суд може утврдити да су ништаве (неправичне или претерано строге према другој страни). У нашој доктрини је присутан став, супротан ономе који је изражен у француској теорији, према коме када судија утврди да је уговорна страна свесно прихватила одредбе општих услова пословања, тада он није овлашћен да из разлога правичности одбије примену одређене одредбе општих услова и тиме уговор подвргне коректури.[19]

Клаузуле које су наведене у Директиви ЕУ (листа је индикативна и отворена, што значи да се може проценити да је некоректна и свака друга клаузула која задовољава претпоставке из генералне клаузуле која дефинише непоштене уговорне услове)[20], под чијим утицајем је код нас припремљен Нацрт Закона о заштити потрошача (у основи, разлика је што Нацрт не садржи генералну клаузулу о непоштеним условима и што се уместо 17 некоректних клаузула наводи 11), с обзиром на циљ или последице које настају, могу се поделити у три групе.

У прву групу спадају клаузуле које су противне принудним прописима и добрим обичајима. Како се аутономија воље мора кретати у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, то је дејство оваквих клаузула, и независно од постојећих прописа, ограничено општим правним правилима. У ову групу спада клаузула која неопозиво обавезује потрошача на услове са којима није имао прилику да буде упознат пре закључења уговора (чл. 43. тач. 8). Према општим правилима о споредним тачкама поводом којих није постигнута сагласност приликом закључења уговора, свака страна има право да се накнадно изјасни. Ако уговарачи не постигну сагласност о њима, споредне тачке ће уредити суд водећи рачуна о претходним преговорима, утврђеној пракси између уговарача и обичајима (чл. 32. ст. 2. ЗОО). С обзиром да је наведена клаузула супротна постојећим правилима, она не може да произведе правно дејство. Или, противна је принудним прописима клаузула којом се аутоматски продужава важење уговора са фиксним роком (ако је уговор закључен на одређено време, а уговорне стране нису постигле сагласност о његовом продужењу, истеком времена на које је уговор био закључен његово дејство престаје), клаузула на основу које продавац стиче право да једнострано измени или раскине уговор (у складу са начелом *pacta sunt servanda,* промена већ закљученог уговора врши се споразумом странака –

[19] Исто, 1554.
[20] Ripert, G., Roblot, R., Traité de droit commercial, Paris, t. 2, 1996, стр. 598.

Општа узанса бр. 51) закључен на неодређено време (чл. 43. тач. 6. и 7); клаузула на основу које продавац или давалац услуге цедира права и обавезе из уговора на треће лице без сагласности потрошача (да би уступање уговора произвело дејство према другој уговорној страни из уговора који се преноси, потребно је да она на то пристане – чл. 145. ст. 1. ЗОО), ако се тиме мењају гаранције потрошачу (Директива, тач. *p*).

У другу групу спадају клаузуле којима се ограничава или искључује одговорност дужника за неиспуњење или за неуредно испуњење уговорне обавезе. Према општим правилима уговором се може ограничити или искључити одговорност дужника у случају обичне непажње, али не и за намеру или крајњу непажњу (чл. 265. ст. 1. ЗОО). Али, када се ради о односу у коме уговорне стране нису равноправне (као што је то случај са потрошачким уговором), тада суд може на захтев повериоца поништити и уговорну клаузулу о искључењу одговорности за обичну непажњу (чл. 265. ст. 2. ЗОО). У ову групу могу се сврстати клаузуле којима се: укида или ограничава законска одговорност продавца; укидају или ограничавају законска права потрошача у случају потпуног или делимичног неизвршења или неадекватног извршења уговорних обавеза од стране продавца; даје право продавцу да самостално тумачи услове уговора (чл. 43. тач. 1, 2. и 11. Нацрта); искључује или ограничава одговорност професионалца у случају смрти или телесне повреде потрошача до којих је дошло услед радње или пропуштања професионалца; неодговарајуће искључење или ограничење права потрошача у случају потпуног или делимичног неизвршења било које обавезе професионалца; ограничава одговорност професионалца у погледу обавеза које су преузели њихови заступници; искључује право потрошача да покрене тужбу или да се користи било којим другим правним средством, а нарочито захтевање од потрошача да спорове решава искључиво путем арбитраже за коју нема правних правила (Директива, анекс тач. *a, b, n, q*).

У трећу групу спадају клаузуле којима се олакшавају обавезе професионалаца и смањују права потрошача. Ту спадају клаузуле којима се професионалцу омогућава да једнострано измени било коју карактеристику производа или услуге коју треба да испоручи; предвиђа закључење уговора који би био обавезан за потрошача, док би извршење престације од стране професионалца зависило од његове воље; обавезује потрошач да испуни обавезе у случајевима када продавац или давалац услуге нису испунили своје (Директива, анекс тач. *c, k, o*); клаузуле које су обавезујуће само за потрошача независно од његове воље; којима се задржава новчани износ потрошача у случају када он одлучи да не закључи или не изврши уговор; једнострано мењају услови уговора без консултовања квалификованих организација потрошача, државних органа и органа локалне управе (чини се да је довољно за непоштеност клаузуле да је предвиђена могућност једностране измене услова, како је одређено у

Директиви – клаузула (*j*), нарочито ако се има у виду да и кад је дата сагласност од стране надлежног органа на услове то не значи да суд не може поништити одређене одредбе општих услова); даје продавцу да повећа цену, без могућности потрошача да раскине уговор у случају кад је коначна цена превисока у односу на уговорену цену производа или услуга (чл. 43. тач. 3, 4, 9, 10. Нацрта).

Контроли не подлежу сви општи услови, односно не сматра се да су одређене клаузуле некоректне у свим ситуацијама. Тако, у немачком праву потпуно су изузети од контроле општи услови које користе предузећа за снабдевање електричном енергијом и гасом у односу на потрошача, као и поједине одредбе општих услова организација које се баве организовањем лутрије или игара на срећу, ако су одобрени од стране државе (пар. 23. Закона о уређењу права општих услова пословања). Или, Директива ЕУ одређује да се клаузула којом се омогућава раскид уговора неограниченог трајања (*g*), једнострана измена услова уговора без ваљаног разлога наведеног у уговору (*j*) не примењује на трансакције које се тичу хартија од вредности, производа и услуга у случају када је цена повезана са флуктуирањем берзанских котација, индекса цена или финансијског тржишта које професионалац није у стању да контролише; уговоре који се односе на куповину или продају стране валуте, путничких чекова или међународних новчаних налога одређених у страној валути (Анекс, чл. 2. тач. *c*).

4. Процена, тумачење, дејство и заштита потрошача од непоштених уговорних услова

Некоректност уговорне клаузуле процењује се тако што се узимају у обзир све околности које су биле присутне при закључењу уговора, друге клаузуле уговора или клаузуле другог уговора који је у правној вези са уговором који се анализира (на пример, уговор о кредиту је у правној вези са уговором о продаји робе која се купује уз помоћ одобреног кредита).[21] Приликом те процене суд ће нарочито водити рачуна о основним правним начелима, као што су начело савесности и поштења, забрана злоупотребе права и искоришћавања монополског положаја.

Процена некоректне природе клаузуле не односи се на дефиницију основног предмета уговора, на адекватност цене и награде у односу на понуђену робу или услугу, под условом да су те клаузуле формулисане једноставним и разумљивим језиком (чл. 4. ст. 2. Директиве ЕУ). Разлог овоме је што се утврђивањем да су одређене клаузуле некоректне жели да се коригује неравнотежа која је изражена у уговорним одредбама, на терет

[21] Исто, стр. 597.

потрошача, у погледу појединих права и обавеза, а не да се осигура еквивалентност између цене, коју треба платити, и понуђене робе и услуге.[22] Отуда изненађује одредба у Нацрту (чл. 43. тач. 5), према којој се под некоректном клаузулом подразумева и уговарање непропорционално високе цене независно од квалитета и квантитета производа и услуга.

У случају нејасноћа или двосмислености (типски уговори треба да буду написани на српском језику, јасно, конкретно, једноставно и разумљиво за потрошача – чл. 19. Закона о заштити потрошача), клаузуле у типским уговорима тумаче се на штету стране која их је саставила. Примењује се познато правило *in dubio contra stipulatorem*.

Према правилима потрошачког права непоштени уговорни услови не обавезују потрошача, а уговор ће наставити да важи за странке, уколико је постојање уговора могуће без некоректних клаузула (чл. 6. ст. 1. Директиве ЕУ). Ради се о ништавости релативне природе, с обзиром да заштиту ужива само потрошач, ништавост не обухвата уговор у целости већ се ограничава само на спорне уговорне одредбе.[23]

У циљу пружања што ефикасније заштите потрошачима, у Директиви ЕУ се одређује да је потребно обезбедити одговарајућа средства која би онемогућила континуирано коришћење некоректних клаузула у уговорима. У том циљу овлашћена лица или организације могу да покрену тужбу пред судовима или код надлежних управних тела у циљу доношења одлуке о томе да ли су уговорне клаузуле некоректне, како би, на основу тога, могле да се примене ефикасне мере ради спречавања некоректне употребе таквих клаузула (чл. 7. Директиве). Позитивна пресуда суда има дејство према свима, тако да се свако може позвати на правоснажну пресуду којом је утврђена неважност одређених уговора, појединих одредби тих уговора или општих услова пословања укључених у те уговоре (чл. 76. Закона о заштити потрошача Словеније).

5. Закључак

У нашем праву питања везана за непоштене уговорне услове регулисана су општим правилима облигационог права и правилима потрошачког права.

Према општим правилима ништаве су одредбе општих услова које су противне циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, с тим што суд може да одбије примену појединих одредаба општих услова које су неправичне или претерано строге према другој страни.

---

[22] Ferrier, D., нав. дело, стр. 51.

[23] Weill, A., Terré, F., Droit civil – les obligations, Paris, 1980, стр. 293; Ferrier, D., нав. дело, стр. 51.

Постојећа правила потрошачког права једино регулишу питање тумачења нејасних одредби уговора, на начин како је то већ учињено у општим правилима (чл. 100. ЗОО). Нацрт Закона о заштити потрошача, у складу са израженим опредељењем у ЕУ, наводи клаузуле које се сматрају непоштеним. На овај начин потрошач долази у повољнији положај јер унапред зна које су клаузуле неправичне. Оно по чему се Нацрт суштински разликује у односу на Директиву ЕУ, а што се показује као недостатак, то је одсуство генералне клаузуле којом се дефинишу непоштени услови, односно критеријуми на основу којих се може утврдити да ли је нека клаузула некоректна, поред оних које су наведене у чл. 43. Нацрта. Осим тога, за разлику од Директиве ЕУ, којом се одређује да се процена некоректне природе клаузула не односи на адекватност цене у односу на понуђену робу или услугу, Нацрт одређује да ће се сматрати некоректном клаузула којом се уговара непропорционално висока цена у односу на робу или услугу. Тиме се одступа од владајућег става према коме утврђивањем да је одређена клаузула некоректна настоји се да се отклони неравнотежа у погледу права и обавеза између уговорних страна, а не да се осигура еквивалентност између цене и понуђене робе.

Miodrag Mićović, a full-time professor

UNFAIR CONTRACTUAL CONDITIONS AND CONSUMERS' PROTECTION

In order to establish a balance between rights and duties of contracting parties entering a consumer agreement, the consumer is offered a protection from unfair contractual conditions. The basic principles of this protection applied in EU countries from December 31, 1994 are given in EU Directive referring to the unfair clauses of the contracts entered with consumers. This Directive contains an open and explicit list of unfair clauses, as well as a general clause defining these clauses. Under this Directive, the unfair clauses are considered to be those clauses which are not separately agreed on, and which, contrasting the principle of good faith, create a discord between rights and duties of contracting parties to consumer' s disadvantage.

Compared to this EU Directive, a considerable step forward was made by French law regulating this field. Namely, French law does not relate the consumer' s protection only to the clauses regulating general trading conditions which are established without the consumers participation. Their consumers enjoy the protection regardless the form of the agreement and no matter whether they participated or did not participate in formation of its clauses.

Бојан Ђокановић,
асистент-приправник

***UDK**: 366*

ИМОВИНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Потрошач је свако физичко лице које купује производе или користи услуге за личне потребе или потребе свог домаћинства.[1]

Због неспорног удела потрошача у стварању националног дохотка, државе са развијеном тржишном привредом, а у последње време и земље у транзицији, покушавају да потрошачу обезбеде што потпунију правну заштиту. Та заштита се може оправдати не само комерцијалним, већ и хуманитарним, здравственим и социјалним мотивима. Свакако да и разлози правичности изискују стављање потрошача у што бољи правни положај, јер је потрошач (купац) редовно слабија страна у купопродајном уговору.

Имовинскоправна заштита потрошача се у почетку вршила пре свега судским путем. Пракса да се искључиво судови баве овом проблематиком се све више напушта, јер се показало да је то најмање погодан начин за ефикасну заштиту потрошача (како због дужине трајања, тако и скупих судских процеса). Иако још увек постоје случајеви када судови решавају спорове потрошача, што је и потребно код одређене врсте спорова, све више се прибегава вансудском решавању спорова јер се такво решавање показало као много ефикасније за потрошаче.[2]

СУДСКА ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА

Имовинскоправна заштита због повреде права потрошача остварује се тужбом у парничном поступку.[3] Тужбу може поднети потрошач или удружење потрошача и поступак по њој је хитан. За разлику од већине европских закона исте врсте, наш законодавац не ослобађа потрошача плаћања

---

[1] Чл. 2. ст. 1. Закона о заштити потрошача, Сл. лист СРЈ бр. 37/2002

[2] Вилус, Ј., Судско и вансудско решавање спорова потрошача по праву Европске уније, Право и привреда бр. 1-4/2003, стр. 69.

[3] Чл. 50. ст. 1. Закона о заштити потрошача, Сл. лист СРЈ бр. 37/2002

таксе на тужбу. Тако, на пример, закон Руске Федерације о заштити потрошача[4] (члан 16. ст. 3) ослобађа потрошача плаћања државне таксе за тужбе које се тичу повреде њихових права.

Сврха подношења тужбе је добијање праведне накнаде за оправдане рекламације, укључујући и накнаду за лажно приказивање својстава производа и услуга, неквалитетну робу или незадовољавајуће услуге.

УСЛОВИ СУДСКЕ ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА

I Штета - Постојање штете је основни услов за остваривање права потрошача на обештећење. Готово сва европска законодавства на сличан начин дефинишу појам штете. Можда и најконцизнију дефиницију штете садржи члан 5. енглеског Закона о заштити потрошача.[5] Према њему "штета" значи "смрт или телесну повреду или било који губитак или оштећење имовине".

II Рекламација - Слање приговора је други услов за остваривање права потрошача на накнаду штете. Потрошач је дужан да без одлагања обавести продавца о постојању штете. Приговор (рекламација) мора бити уложен у законом или уговором одређеном року. Према нашем Закону о заштити потрошача, потрошач мора уложити рекламацију најдоцније у року од 90 дана од дана куповине производа.

Према прописима Европске економске заједнице рокове у погледу слања приговора, као и крајње рокове до којих се приговор мора послати, одређују својим прописима државе чланице.[6]

III Оправданост рекламације - Рекламација мора бити јасна и јасно указивати на последице које је проузроковао одређени производ. Рекламација је оправдана уколико потрошач својим радњама није довео до последица због којих захтева накнаду штете. У супротном, произвођач може бити ослобођен одговорности или накнада може бити сразмерно снижена.

---

[4] Закон Россијској Федерацији о зашчите прав потребителеј; Ведомости Россијској Федерацији, 1992, бр. 15, стр. 1001-1022.

[5] Consumer Protection Act; Law Reports; The General Acts and General Synod Measures, 1987, Part II, The Incorporated Council of Reporting for England and Walles; Chapter 43, pp. 1475-1554.

[6] Вилус, J; Правна заштита потрошача, Институт за упоредно право, Београд, 1996, стр. 108.

ПРАВА ПОТРОШАЧА У СЛУЧАЈУ ДА РОБА ИМА НЕДОСТАТКЕ

Купац (потрошач) који је благовремено уложио приговор да је испоручена роба лошијег квалитета од уговореног, има на основу члана 488. ст. 1. нашег Закона о облигационим односима[7], неколико алтернативних права.

I Право на оправку ствари - Отклањање недостатка је и за продавца и за купца најефикаснији начин обештећења купца. Оправку ствари врши продавац, али се купац овим правом не може користити ако би такав захтев био неразуман. Тако, можда би било разумније да купац сам изврши оправку и да износ трошкова одбије од цене, него да продавац шаље своје раднике код купца да би отклонио недостатак.[8] Ако оправка није могућа или је после ње умањена вредност ствари купац (потрошач) има право на бонификацију, односно, под одређеним условима и на раскид уговора.

II Право на замену ствари - Да би купац (потрошач) могао захтевати од продавца замену испоручене ствари морају бити испуњени следећи услови:

а) Потребно је да се уговор односи на ствари одређене по роду
б) Замену је могуће захтевати само ако ствар има крупније недостатке
в) Потребно је да ствар буде у оном стању у каквом је испоручена
г) Потребно је да захтев купца за замену ствари није неразуман с обзиром на околности конкретног случаја.

Уместо ствари која има недостатак, продавац ће купцу предати другу ствар исте врсте без недостатка. Трошак и ризик у вези са новом испоруком падају на терет продавца.

III Право на снижење цене (бонификација) - Купац може захтевати снижење цене у оној мери за колико је вредност ствари услед постојећег недостатка мања од вредности коју би ствар имала да је испоручена у исправном стању. Према Закону о заштити потрошача Руске Федерације, у случају испоруке робе са недостатком може се извршити ревизија цене, сем у случају да се неисправна (неквалитетна) роба може заменити за исправну робу исте марке.[9]

IV Право на раскид уговора - Раскид уговора треба да буде крајња мера која купцу стоји на располагању. Све док постоје друге алтернативе, а интереси купца се не доводе у питање, купац би требао да се определи за неку од њих, а не за раскид уговора. Право на раскид уговора купцу треба признати само ако је несаобразност од битног значаја. Према чл. 25. Бечке

---

[7] Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ бр. 29/78 са изменама и допунама у броју 39/85 и 57/89 и у Сл. листу СРЈ бр. 31/93
[8] Јанковец, И; Привредно право, Београд, 1999, стр. 381.
[9] Вилус, Ј., наведено дело, стр. 120.

конвенције[10] повреда уговора коју чини једна страна сматраће се битном уколико се њоме проузрокује таква штета другој страни да је суштински лишава оног што је оправдано очекивала од уговора, изузев ако такву последицу није предвидела страна која чини повреду нити би је предвидело разумно лице истих својстава.

V Право на накнаду штета - Према законодавствима свих европских држава, прописи о продаји робе признају потрошачу право на накнаду штете, чак и кад се користио неким од напред наведених права. Да би потрошач имао право на накнаду штете потребно је да је благовремено уложио приговор и да није допринео да до недостатка дође.

НАЧИН ОДМЕРАВАЊА И ВИСИНА НАКНАДЕ ШТЕТЕ

Ако уговор о продаји није раскинут, одмеравање накнаде штете врши се с обзиром на стварну штету и измаклу корист коју је купац претрпео због мана ствари (конкретан начин одмеравања висине накнаде штете). Ако је купац (потрошач) раскинуо уговор о продаји, он може да бира између три начина за одмеравање накнаде штете: конкретног, апстрактног (разлика између уговорене и текуће цене) и куповине ради покрића.

Према чл. 32. ст. 1. шведског Закона о продаји робе потрошачима[11] накнада штете за случај доцње продавца или за случај кад роба није саобразна уговору обухвата накнаду трошкова, губитак зараде, разлику у цени (ако је купац извршио куповину ради покрића), као и друге губитке до којих је дошло услед доцње или несаобразности робе. Накнада изгубљене добити (*lucrum cessans*) се обично предвиђа у уговорима између трговаца, па је мало вероватно да би суд доделио ову врсту накнаде потрошачу.[12]

Готово сви правни системи у Европи предвиђају одговорност произвођача без обзира на кривицу, када се ради о производу са недостатком који је угрозио живот и здравље потрошача. То је повољност за купце јер је једини услов за њихово обештећење да докажу постојање штете. Што се тиче обештећења за испоруку неквалитетне робе, важе општа правила о уговорној одговорности. У великом броју европских земаља законодавац је лимитирао висину накнаде штете причињену потрошачима, чиме се онемогућава потпуно финансијско уништење произвођача. Тако, наведени Закон Шведске о продаји робе потрошачима у чл. 34. предвиђа да, ако је обавеза накнаде штете услед продавчеве доцње или робе која није саобразна уговору неразумно оптерећење, узимајући у обзир финансијске околности стране која је одговорна за штету, накнада може да се прилагоди оном што

[10] Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године.
[11] The Consumer Sales Act; Swedish of Statutes, 1990:932
[12] Вилус, J., наведено дело, стр. 120.

се сматра разумним. С тим у вези, у обзир ће се узети постојеће осигурање одговорности купца, могућности одговорне стране да предвиди и спречи штету, као и друге околности. С друге стране, поједини закони као услов судске заштите предвиђају минимални износ штете. У том смислу, у Закону о заштити потрошача Велике Британије (чл. 5. ст. 4) се наводи да потрошач може да покрене тужбу уколико износ штете на имовини коју је претрпео услед тога што је производ садржавао недостатке пређе износ од 275 фунти.[13]

СУДСКО ТУМАЧЕЊЕ ТИПСКИХ УГОВОРА

У модерном пословању уговори се закључују на основу унапред састављених формулара (типских уговора), при чему је преговарање, а тиме и аутономија воље, сведено на минимум. Купац (потрошач) је стављен у неравноправан положај, те се судовима оставља да цене евентуалну некоректност клаузула. Према чл. 3. ст. 1. Директиве савета 93/13/ЕЕЗ од 5. априла 1993. године о некоректним клаузулама о уговорима са потрошачима[14], уговорна клаузула која није појединачно уговарана сматраће се некоректном уколико, супротно захтевима добре вере, она проузрокује значајнији поремећај баланса између права и обавеза уговорних страна, која настају на основу уговора, на штету потрошача.

Приликом тумачења таквих клаузула, суд примењује добро познато правило "*in dubio contra stipulatorem*", односно у случају нејасноћа тумачећи их на штету стране која их је саставила. Такве клаузуле неће обавезивати потрошача, а уговор ће остати на снази уколико је то могуће без спорне клаузуле.

ВАНСУДСКО РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ПОТРОШАЧА

За повреде права потрошача, односно учињене штете мале вредности, могу се образовати тела за решавање спорова потрошача у складу са законом.[15] Оваква начелна одредба, вероватно није најјаснија ни законодавцу а камоли потрошачима.

У упоредном праву постоје судови за спорове мале вредности у циљу бржег, ефикаснијег и по потрошаче јефтинијег решавања спорова. У том смислу потрошач се може обратити таквом суду и без ангажовања адвоката.

---

[13] О томе више, Вилус, J., наведено дело, стр. 112.

[14] Council Directive 93/13/EEC of 5. April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ No 95/29, 21.4.1993.

[15] Чл. 51. Закона о заштити потрошача, Сл. лист СРЈ бр. 37/2002

Једини заједнички именитељ члана 51. Закона о заштити потрошача и упоредноправне праксе је "спор (штета) мале вредности". Пошто поменути члан предвиђа образовање посебних тела, очигледна је жеља законодавца за решавање спорова вансудским путем. Ако му је то била интенција морао је детаљније да регулише ово питање, макар у смислу одређивања (именовања) таквих тела, посебно имајући у виду сасвим добро развијене регулативе у земљама Европске уније. Тако, у великом броју земаља спорове везане за потрошаче решавају вансудска тела као што су: концилијација, арбитража или омбудсман, а заштита колективних интереса се остварује преко организација за заштиту потрошача или преко одређених управних тела.[16]

ЗАКЉУЧАК

Као важна карика у стварању националног дохотка, потрошач заслужује адекватну заштиту својих права. Пре свега, он је заинтересован за имовинскоправну заштиту, односно евентуалну накнаду штете коју је претрпео услед испоруке несаобразне робе или непружања задовољавајуће услуге. То своје право потрошач може остварити како судским тако и вансудским путем.

Наш законодавац је штуро регулисао питање права потрошача у смислу имовинскоправне заштите, и поред постојања више него довољно јасних националних закона о заштити потрошача, као и многобројних прописа комунитарног права везаних за заштиту потрошача.

Поред многих других разлога, и питање имовинскоправне заштите потрошача свакако изискује доношење новог закона о заштити потрошача, који ће детаљније регулисати питање права потрошача, а самим тим и право на имовинскоправну заштиту.

[16] О томе више, Вилус, J., нав. чланак, стр. 74-78.

Bojan Djokanovic, an assistant beginner

LEGAL AND PROPERTY PROTECTION OF CONSUMERS

As an important ring of the chain of contributors to the growth of national income, consumers deserve an adequate protection of their rights. Before all, they require protection of their legal and property rights, that is they expect a remedy for the injury suffered through the delivery of inadequate goods or services. Consumers can require to be compensated through both court and out-of- court measures.

Despite a considerable number of clear national and EU laws on the consumers protection, our legislators have scarcely regulated this matter, especially in the field of protection of their legal and property rights. Therefore, it is necessary to pass a new law which would more closely define this matter.

Одељак XI

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

Др Марко Павловић,
редовни професор

***UDK**: 323.15(497.1)*

ПОЛОЖАЈ МАЊИНА У СРБИЈИ И ЈУГОСЛОВЕНСКОЈ ДРЖАВИ

МАЊИНЕ У СРБИЈИ XIX ВЕКА

Срби су се први пут са проблемом националне мањине суочили на питању правног положаја Јевреја. Наиме, београдски Јевреји су се, 31. јануара 1856, обратили Попечитељству (министарству) внутрени дјела с молбом у којој су изложили „ограничења, која према њима у Србији постоје, и навели шта од правитељства у цјели изравнања с осталим србским житељима моле“. Министарство је јеврејску молбу проследило законодавно-управном органу, Савету, тражећи од њега мишљење. Савет је, прво, изнео примедбу „да се међу точкама прозбе Јевреја налазе и такови, за које они неумјестно моле се, почем им то и досад није забрањивано, као: по внутрености Србије земаљске производе куповати и продавати, дјецу своју на занате давати и у Јеснафе уводити, као што им нигда забрањивано није панађуре земаљске посјећавати и на њима трговину куповања и продавања упражњавати“.

ОГРАНИЧЕЊА ЗА ЈЕВРЕЈЕ. Београдски Јевреји су тражили „да им се дозволи по внутрености земље упражњавати, као: дућане држати, непокретна добра куповати, богомоље дизати“. Министарство није удовољило овим захтевима, који су се сводили на право настањивања у унутрашњости. Оно је издало забрану настањивања Јевреја у унутрашњости. Ипак, министарство је својим решењем бр. 1660 од 30. октобра 1856, проширило права Јевреја на цео Београд: „да се права ова, која су Јевреји до сад у внутрености шанца београдског уживали, на цјелу варош Београд распростру, разумевајући под варош Београдом сва предградија вароши Београду принадлежећа ... изван овог простора пак да им се поискујема права не подаре“.[1]

[1] Зборник закона и уредаба у Књажеству Србији, књ. 30, Београд, 1877, стр. 340, 341. - О односима између Срба и Јевреја крајем 50-тих година XIX века, веома је индикативан један сегмент из јавних разговора чланова одбора за оснивање трговачке коморе. Наиме, у

Кнез Милошев повратак на престо донео је промену и у погледу положаја Јевреја. Кнежевским указом од 26. септембра 1859, дата је Јевејима „слобода упражњавања сваковрсне радње и трговине“, што је схваћено и као њихово право да се настањују у унутрашњости. Кнез Михаилов министар финансија, 28. фебруара 1861, поново је забранио „настањивање Јевреја по унутрашњости Србије“.

На Преображенској скупштини, 1861, питање правног положаја Јевреја, јавило се у два маха као специфичан вид антијеврејског расположења. Прво, приликом давања одобрења на Пројекат закона о народној војсци, 11/23 августа 1861, Скупштина је закључила да се, на „надлежном месту“ изнесе њена жеља „да се Јевреји искључе из личног участија у народној војсци, па да им се допусти део, кои би на њи пао, новчаном подпором и другим војеним потребама одуживати“. Други пут, 14. августа 1861, међу посланичким прединицијативама нашао се и предлог о повлачењу Јевреја из унутрашњости. „Посланик шабачки, Ненад Деспотовић - каже се у Протоколима - предложи: да се Јевреји из унутрашњости Србије уклоне, и опет у Београд поврате, где су и пре били, између остали узрока и зато, што Јевреји почињу неморалан живот по земљи разпростирати. Предлог овај, подпомогнут и писмено, и устмено од многи други посланика, би усвојен, те се закључи умолити владу књажеску, да се не само Јевејима у напредак недопусти из Београд изсељавати се, но да се и они, који су се већ изселили, натраг у Београд поврате.“[2]

Жељама посланика Преображенске скупштине није удовољено, али кнез Михаило морао је да се правда енглеском конзулу Лонгворту за на њој испољено „једногласно“ антијеврејско расположење. Кнез га је објашњавао трговачким ривалством „пошто Јевреји продају јефтиније од србијанских трговаца и позајмљују новац са нижом каматном стопом“.

разговорима је покренуто и питање слања државних питомаца на трговачке науке у иностранству. Члан одбора, Давид Хајим, „Јевреј и трговац“, том приликом изнео је став „како Правитељство треба да обрати пажњу и на ’Евреи’ па да кога и од њих узме за питомца. А Кумануди га пита: ’Господине Давид, ми имамо овде у земљи и наше школе, основну, гимназију и Лицеј. Па колико има ваше деце, у нашим школама?’ ’Нема, вели Давид, никога’. ’А колико у гимнацији’, вели Кумануди. ’Нема ни у гимназији’, рече Давид. ’Ето видите, рече Кумануди, њима (Јевејима) нико не смета да дају децу своју у наше школе, али они сами неће да знају за српске школе, а овамо пребацујете Србима како они, тобож, праве разлику између Јевреја и Срба’. И Давид, кад га Кумануди овако заклопи, ућута. Хоће Чива - прокоментарисао је Д. Маринковић у својим записима - да се Јевреји шаљу за питомце на страну, али и то само за трговину, а за остало не маре“ (Успомене и доживљаји Димитрија Маринковића 1846-1869, Београд, 1939, стр. 113).

[2] Протоколи Ванредне скупштине народње држане о Преображењу 1861 у Крагујевцу, Београд, 1861, стр. 40, 53, 54.

Лонгворт је још додавао да је у народу раширено уверење „да су Јевреји тајни агенти Турака“.[3]

Ипак, узимајући у обзир расположење посланика Преображенске скупштине, кнез Михаило је својим указом оснажио министарско решење од 30. октобра 1856. Тим указом, посебно је регулисан статус Јевреја који су се населили у унутрашњости Србије у време важења кнез Милошевог указа. Кнез Михаиловим указом призната су Јеврејима стечена права: „Да се сви они Јевреји, српски поданици“, који су се настанили у унутрашњости Србије „и одпочели за себе какву самосталну радњу, оставе и даље само у оном месту у уживању тога стеченог и наведеним указом додатог им права на упражњавање радње и трговине“.[4] Посебно је било прописано да се стеченим правима Јевреја не могу користити њихови наследници.

Прописи о забрани настањивања Јевреја у унутрашњости Србије, са Уставом од 1869, постали су уставни прописи. Уставна одредба о томе гласила је овако: „Остају у важности: закон од 30. Октобра 1856. године В№ 1660; и закон од 4. Новембра 1861. године В№ 2244.“ Убрзо по доношењу Устава од 1869, аустро-угарски конзул Бењамин Калај скренуо је пажњу Намесницима на то да ће уставна одредба којом се Јеврејима „ускраћује право сељења, изазвати у Европи веома лошу сензацију и нека буду спремни да ће бити нападнути с више страна“. Намесник Ристић је изразио жаљење „што је тако, али нација је тако хтела“. За Калаја то објашњење није било сасвим уверљиво, пошто је сматрао да је „влада могла спровести своју вољу“.

У извештају свом министарству у Бечу, Калај је навео да је забрана Јеврејима да се насељавају у унутрашњости Србије у „драстичној супротности са духом времена“ западно-европске цивилизације, али да је Намесништво ипак заслужно за то „што су Јеврејима загарантована сва права равноправних грађана бар у градовима у којима су до тада живели“. Нешто више од месец дана после доношења Намесничког устава, Калај је добио инструкцију од свог министра (Бајста) да „због запостављања Израелћана у српском Уставу“, у договору с енглеским и француским конзулом у Београду, предузме извесне кораке код владе Србије, али који не би прелазили границе „пријатељског саветовања“. Водећи пријатељску политику према Намесништву, Калај је ублажио садржај заједничке

[3] Лонгворт Булверу, Београд, 23. новембра 1861, Public Record Office, FO -78/1585.

[4] „Но у колико кои од ови у унутрашњости Србије настањени и самостаном радњом занимајући се Јевреја, није до сад радњу са мануфактурним фабрикатом тако названим меким, као и колонијалним еспапом отворио, томе да се недозволи ни у будуће такову у унутрашњости отворити. Исто тако да се недозволи ни другима у унутрашњости Србије настањенима Јевреима и другу дућанску радњу отварати, у колико досада ма какву такову, као самостално, нису отворили“ (Сборник закона и уредба, књ. XIV, стр. 194, 195).

дипломатске ноте, и уз то Намесницима дао савет ког тона да се држе у одговору.

У одговору на конзулску ноту, „намесничка влада је доказивала да положај Јевреја у Србији није тако неравноправан као што се износи у јеврејским жалбама, а уколико постоје извесна ограничења која важе само за њих, она су условљена специфичним условима развоја. Њих влада не може укинути јер су Уставом и законом утврђена у Народној скупштини, према исходу гласања народних посланика, по жељи и захтеву већине народа. Прецизира се да је према попису становништва из 1866. тада у Србији живело 1.500 јеврејских грађана. Већином су били настањени у Београду. У осталим средиштима њихов много мањи број је у сразмери са могућностима њиховог живљења и трговачког занимања. У Смедереву било их је 9, Крагујевцу 2, Пожаревцу 73, Неготиву 5, Обреновцу 15, Свилајнцу 7, Убу 6, и Шапцу 55. Њихова равноправност се најречитије доказује слободом вероисповести, могућностима школовања и васпитања у јеврејском духу. Ограничења која су им наметнута у вођењу трговине у унутрашњости земље ... изазвана су првенствено понашањем њих самих. ... Они су својим ексклузивним држањем, негујући своје обичаје, немешајући се са аутохтоним становништвом, инсистирајући на својим правима, изазвали подозривост и суревњивост мноштва народа.“

Обавештавајући свог министра да се треба задовољити добром вољом коју су намесници показали у одговору, Калај је додао објашњење, слично ранијем кнез Михаиловом, да су ограничења наметнута Јеврејима „последица суревњивости трговачког сталежа који је у Србији још толико заостао да се не може носити са страном конкуренцијом, па је онда одстрањује присилним мерама“.[5]

Берлинским уговором (1878), Србији је укидање ограничења за Јевреје наметнуто као међународна обавеза. Наиме, услед жалбе Светског савеза Јевреја, у Берлински уговор унета је следећа одредба: „У Србији разлике у вери и вероисповести неће моћи да буду сметња да неко из тог разлога буде искључен или спречен да ужива своја грађанска и политичка права ... или да не обавља разне занате и занимања, ма у коме месту то било.“ Следствено, влада Србије је, у јулу 1878, пред Скупштином покренула поступак укидања чл. 132. ст. 2 Устава од 1869. Али, уз владин предлог за „ситну промену“ Устава, јавили су се посланици са својим предлозима других уставних измена.[6] То је довело до тога да је делимична уставна ревизија одлагана све до 1888. када је донет нов Устав.

ПОКУШАЈ УПОТРЕБЕ ВЛАХА. Друга национална мањина, која је у Србији XIX века у неколико махова била предмет посебне пажње, била

[5] А. Раденић, Дневник Бењамина Калаја 1868-1875, Београд, 1976, стр. 202, 211, 714, 715.
[6] Ј. Профановић, Уставни развитак и уставне борбе у Србији, Београд, 1936, стр. 244.

је влашка мањина. Као повод за спољни политички притисак, проблем влашке мањине покушао је (1869. и 1870) да створи Бењамин Калај. За ту своју активност покушао је да употреби румунског дипломатског представника у Београду (Р. Јонескуа): „Мало га подстичем - забележио је Калај у свом Дневнику - против Срба у интересу Влаха који живе у Србији.“ Једном приликом, „када се српска влада понашала одбојно“, Калај је неким министрима у Бечу предложио „да у Србији покрену национално питање Влаха, што можда неће бити немогуће, јер у овој малој земљи живи 150.000 Влаха, који су сасвим потлачени од стране Срба“.[7]

Могућност појаве проблема влашке мањине накратко је узета у обзир приликом израде Устава од 1888. Бранећи свој концепт административне поделе на десет великих јединица (жупанија), насупрот радикалском концепту поделе на мале јединице (срезове), краљ Милан је указивао на влашку („румунску“) мањину. Он је изнео да би се, при административној подели земље само на срезове, могло десити „да се у једном срезу где на пример има много Румуна служи једино румунским језиком, који би добио у том случају карактер некаквог службеног језика“.[8] Бојазан краља Милана отклоњена је тиме што се остало при старој тростепеној административној подели на општине, срезове и округе.

МАЊИНЕ У ЈУГОСЛОВЕНСКОЈ ДРЖАВИ

Проблем права националних мањина јавља се у пуној мери као пратећа појава права народа на самоопредељење на Версајској мировној конференцији после Првог светског рата. Новонастале државе, коришћењем начела самоопредељења, имале су да осигурају опстанак других народа у оквирима својих граница. Међународно-правно признање права мањина само по себи представљало је ограничење државне суверености.[9]

КОНВЕНЦИЈА О МАЊИНАМА. Немогућност да се утиче на одлуке Савета Конференције нарочито је дошла до изражаја приликом закључења мировног уговора са Аустријом у западном париском предграђу Сен-Жермену, 10. септембра 1919. Чланом 51. Сен-Жерменског уговора била је предвиђена заштита мањина, тј. „оних становника који се од већине становника разликују по раси, по језику или по вери“. Уз овај члан приложена је посебна конвенција о заштити мањина у Краљевини СХС. За Србе је изузетно неповољан био њен члан 9. који је циљао на Македонију. Њиме је било прописано да се у варошима и срезовима са

[7] А. Раденић, Дневник Бењамина Калаја, стр. 221, 422.
[8] Ф. Никић, Локална управа Србије у XIX и XX веку, Београд, 1927, стр. 258.
[9] Повијест свијета, Загреб, 1990, стр. 620, 622.

знатном мањинском популацијом „обезбеди настава у основним школама на њеном сопственом језику“, као и да се осигура „правичан удео у искоришћавању и додељивању оних сума, које би из јавних фондова ... могле бити намењене васпитним, верским или добротворним циљевима“. Правни експерт, професор Слободан Јовановић налазио је да „највећа је незгода што се Конвенцијом изузима само Србија пре Балканског рата, тако да би се прописи о заштити мањина простирали и на Македонију, а то би значило сталан грађански рат у латентном стању; завео би се исти режим у Македонији као што је био под турском управом...“ Претпостављао је да ће Бугари, „после овакве конвенције, тражити у Македонији школе своје и Егзархат“, а да би се то предупредило не треба у Македонији „дозволити признање Бугарске народности, јер ње тамо и нема“. Стога, препоручивао је да се не потпишу ни Сен-Жерменски уговор ни Конвенција о мањинама. Јовановић, а са њим и Србијин дипломата Мата Бошковић, сматрао је да се непотписивањем неће отежати међународни положај државе, јер и Кини, која је одбила да потпише Версајски уговор, то није сметало „да сарађује и потпише Сен-Жерменски уговор“.

Усвајајући Јовановићеве разлоге, Никола Пашић је упутио писмо Клемансоу тражећи извесне измене у Конвенцији. По узору на грчку конвенцију о мањинама, тражио је да се у увод српско-хрватско-словеначке Конвенције „унесе додатак да је Краљевина Србија часно испунила обавезе које је на се узела Берлинским уговором“, да се од примене Конвенције „изузму све територије Краљевине Србије, онакве какве су биле у почетку рата“, пошто „улазећи у рат Србија је уживала право пуне суверености без икаквог ограничења. Против Букурешког уговора од 1913, на основу кога је Србија задобила нове територије, ниједна Сила није учинила никакве примедбе“. Најзад, Пашић је примећивао да се Конвенцијом „није ишло на то да се створе повластице у корист мањина, већ да се заштити њихово право на језик и исповедање религије“. У складу с тим, тражио је да Конференција да изјаву којом би се нагласило „да су лица, која сачињавају мањине, дужна испуњавати часно и потпуно све дужности према Држави, које су им прописане као и свима другим грађанима“. На Пашићево писмо одговорио је председник Мировне конференције, Клемансо, износећи да су Уговор о заштити мањина „већ потписале Главне силе савезнице и удружење“, и да се он стога више не може мењати. Клемансо је навео да „Врховни савет никад није имао сумњу у погледу начина на који је Краљевина Србија извршавала своје међународне обавезе према народностима“, и да се Конвенцијом о мањинама не дају специјалне привилегије, него се спречава

„борба раса“ тако што се мањинама даје правична заштита и омогућава им се „да постану лојални грађани државе“.[10]

Приликом расправе о мањинама, поред општег хендикепа представника мале државе, делегација Краљевине СХС имала је посебан хендикеп несложне делегације. Хрватски и словеначки представници водили су бригу о свом националном интересу, истовремено побијајући српски. Словеначки представник Вошњак износио је како је са стране поручено да се не доказује „да је у Македонији српски народ“. Трумбић је истицао како је Вилсон једном рекао да су велике силе изнеле рат на својим леђима и да оне „морају и да осигурају мир, - а да би се мир осигурао потребно је заштитити мањине“. Далматинац Смодлака је примећивао да би било опортуно изоставити део „из писма г. Веснића где се говори о херојству српске војске“. Веснић је налазио да је Конвенција о мањинама „једна велика неправда, и да против те неправде можемо протествовати и подсећајући на жртве српског народа у овој борби за правду и права свих народа. С друге стране Велике Силе ову Конвенцију не примају за себе. Шта може бити разлог да нама намећу оно што оне неће. Може бити, ако већ сматрају да је она праведна, само то, да у исто време сматрају да ће оне поштовати те принципе и без специјалних конвенција, док нама не верују да ћемо их ми поштовати и без ове конвенције, из чега излази да нас стављају на нижи ступањ културе. Па то је баш разлог више да их подсетимо на жртве српског народа на страни Савезника у борби за права народа - и запитамо: да ли је тај народ са највећим жртвама заслужио да се тако третира“. Кључни разлог за хрватско-словеначко ублажавање отпора Срба против Конвенције, налазио се у намери да се заштити хрватска и словеначка мањина која би остала под италијанском влашћу. О томе се јасно изјаснио Трумбић: „Када се буде решавало наше разграничење са Италијом ми можемо тад изаћи са тражењем да Италија усвоји конвенцију како бисмо заштитили наше људе, који остану под Италијом.[11]

Југословенска држава била је међу десет држава којима су велике силе наметнуле „читав низ мера којима је циљ да спрече тиранисање мањина“. Док су себи, у односу на своје мањине остављале одрешене руке, велике силе су једном броју, углавном новостворених држава, уговорима наметнуле прописе о мањинама који су имали да „буду признати као основни закони“. Уз то, тим државама наметнута је обавеза поштовања прописа контролних органа Друштва народа.

---

[10] И. Пржић, Заштита мањина према одредбама уговора о миру 1919-1920 г. и суверена права држава, Београд, 1922, стр. 29, 32.

[11] Б. Кризман - Б. Храбак, Записници са седница делегације Краљевине СХС на Мировној Конференцији у Паризу 1919-1920, Београд, 1980, стр. 27, 180, 192, 193, 376.

УСТАВНА ПРАВА МАЊИНА. Видовдански устав садржавао је само једну одредбу која се директно односила на заштиту мањина: „Мањинама друге расе и језика даје се основна настава на њиховом материнском језику под погодбама које ће прописати закон“ (чл. 16. ст. 13). Овом уставном одредбом, Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца одговорила је обавези која јој је наметнута међународним уговором, закљученим са главним силама „савезничким и удруженим“ 5. децембра 1919. Уз то, „кроз цео Устав спроведено је начело равноправности“, што је значило да „сва грађанска, политичка, верска и др. права припадају сваком појединцу, без разлике да ли он припада народној већини или мањинама“. Заштита мањина представљала је једну трајну обавезу које се држава могла ослободити само уз пристанак Савета Друштва народа.[12]

У српским политичким и научним круговима уговор о заштити мањина доживљаван је као увреда државе: „Наше је достојанство увређено тиме што се уговор ове врсте, какви су до сада наметани само некултурним или недовољно културним државама, захтевао од нас, који смо већ привели у живот готово све обавезе које овај уговор садржи.“[13]

ОТВАРАЊЕ И СТВАРАЊЕ МАЊИНСКИХ ПРОБЛЕМА. Хрвати су имали свој рачун с мањинама. Настојећи да на међународном плану ослабе Србе, а себе афирмишу, они су се, маја 1922, обратили међународној конференцији у Ђенови са оптужбом против „београдских властодржаца“ због њихових поступака „према свима несловенским мањинама у међународним границама Срба, Хрвата и Словенаца“. Уз равноправност за несловенске мањине, хрватски блок, тражио је да „Арнаути, који су најстарији становници Балкана, Мађари који су у Подунављу преко 1000 година, Турци-Османлије и Немци који су у овим крајевима по више стољећа, имају и политичку мјесну самоуправу свуда, гдје су у већини ...“[14] Нешто касније, овим стопама странака хрватског блока пошао је „заједнички комитет неуједињених Албанаца“ подносећи Друштву народа оптужбу „против наводне свирепости српских власти“. Влада СХС је, побијајући оптужбу, изјавила да су „преки поступци били неопходни ради одржавања реда и мира“. Марта 1925, Комитет тројице надлежан за прелиминарно испитивање поштовања споразума о

[12] И. Пржић, Заштита мањина, стр. 18, 19, 21, 22, 24; С. Јовановић, Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, Београд, 1924, стр. 459, 460, 464, 465; Е. Спекторски, Дух поратних устава, Архив за правне и друштвене науке, књ. XVIII (XXXV), бр. 2, 1937, стр. 89.

[13] И. А. Пржић, Заштита мањина, 39.

[14] Б. Петрановић - М. Зечевић, Југословенски федерализам /идеје и стварност/, I, Београд, 1987, стр. 217.

мањинама, нашао је „да се не ради о случају који би требало поднети Савету“.[15]

Употреба албанске мањине. Један од начина дестабилизовања Краљевине СХС са албанске стране било је и постављање питања положаја албанске мањине пред међународним форумима. Тако, по Мусолинијевој инструкцији, првак косовских Албанаца, Хасан-бег Приштина - арнауташ, бивши Србин Шишковић из Вучитрна - поднео је Друштву народа петицију због наводног угњетавања албанске мањине. На Балканској конференцији, октобра 1931, албанска делегација поднела је мемоар о положају албанске мањине. Југословенска делегација, алудирајући на потчињеност Албаније Италији, одговорила је мемоаром о потреби борбе против доминације великих сила над појединим балканским земљама.

За Југославију, Албанија - која је била „на путу да постане италијанска колонија“, уз анархичну албанску мањину на Косову и Метохији, чији је број по британским проценама износио од 800 до 900 хиљада припадника, а по званичној југословенској статистици 441.000 - била је прототип непожељног суседа.

Македонија и њена „мањина“. Бугарска, „никад не прежаливши санстефански тренутак величине“, настојала је да питање ревизије српско-бугарске границе стално држи отвореним. У том циљу, бугарска влада, сматрајући Македонце Бугарима, пред Друштвом народа покретала је питање Македоније као питање положаја бугарске националне мањине. Са српско-југословенске стране одговарано је да бугарска мањина у Јужној Србији не постоји, „да такозвана бугарска мањина у Македонији није мањина у смислу одредби мировних уговора, пошто се њени припадници не разликују од Срба ни по раси ни по вери“. Дуже од деценије, бугарска влада указивала је наклоност и помоћ терористичкој организацији ВМРО - Внутреној (Унутрашњој) македонској револуционарној организацији. Та организација је, у бугарској - пиринској Македонији, представљала „државу у држави“; почетком двадесетих година, под вођством Тодора Александрова, бројала је преко 9.000 наоружаних људи - комита. Програм Александрова била је аутономија Македоније као прелазно решење до њеног прикључења Бугарској. Сарађивао је с комунистима и добијао новац од Мусолинија. Споразумевајући се с комунистима наводио је да му је циљ „уједињење Македоније - раскинуте између Бугарске, Србије и Грчке 1913. године по Букурешком уговору о миру и у Неју 1919. године - у једну политичку јединицу, која ће у будућности бити равноправан члан једне Балканске федерације, или бар у њеној првој етапи равноправан члан југословенске федерације“.

[15] Ж. Аврамовски, Британци о Краљевини Југославији, I, Београд-Загреб, 1986, стр. 293.

Земљораднички вођа Александар Стамболијски, на челу владе од августа 1919, прихватио је Нејски уговор, повео пријатељску политику према Краљевини СХС и у складу с тим настојао је да сузбије ВМРО. Ипак, његова политика праћена је у Београду с неповерењем. Крајем 1921, Пашић је поновио "стару формулу да је Бугарска, својом улогом у великом рату, заузела издајнички став према својој браћи и пријатељима, да је починила непотребна зверства, и да, ако Србија жели да са њом живи у миру, Бугарска треба да прође кроз раздобље покајања, од петнаест до двадесет година ..." После посете Стамболијског Београду, новембра 1922, дошло је до краткотрајног побољшања односа. Стамболијски је наступио са идејом о будућем приступању Бугарске југословенској заједници, без које је ова непотпуна. Одричући се од било каквих претензија на Македонију, он је изјављивао да његова влада не мисли о Македонији: „Мађедонци сами мисле о Мађедонији. Они су и против нас и против вас. Кад узимате Мађедонију, узмите и Мађедонце. Мађедонци су словенски Ирци. Мени кад би сад Мађедонију понудили, ја је не бих примио." Жестина са којом је осудио ВМРО „изазвала је сензацију како у Београду тако и у Софији". "Нишки споразум", од марта 1923, о чишћењу пиринског пограничног појаса од комита и њихових помагача, разгневио је бугарске екстремне националисте и шовинисте. Почетком јуна, влада Стамболијског збачена је војним пучем. Самог Стамболијског, људи Тодора Александрова исекли су на комаде.

Иако именом „унутрашња", ВМРО у источној вардарској Македонији није имала већи број присталица. Британско посланство је (1927) сматрало да је већина македонског становништва „једнако равнодушна према бугарским као и према српским претензијама, али докле год Србија (Краљевина СХС) не буде у стању да им пружи ефикасну заштиту од комитских одмазди оно ће се нерадо излагати непријатељству Македонске организације". Бацања бомби у препуне кафане, покољ десетина Срба колониста, убиства и рањавања чиновника, официра и цивила - то је био биланс упада комитских група из Бугарске. Наводећи да се терористичке акције организују на територији Бугарске, министар Маринковић је изјављивао (1927) да „Унутрашња македонска револуционарна организација није у суштини ни унутрашња, ни македонска ни револуционарна". Државни удар организације *Звено*, маја 1934, довео је до раскида бугарске државе са ВМРО. Окрећући се сарадњи са Француском и Југославијом, „звена-ри" су разоружали комитске чете и похапсили политичке вође. Самим тим, терористички упади су престали и ситуација у Македонији се смирила.

Проблем мађарске мањине. Југословенско-мађарске односе карактерисале су сталне жалбе Будимпеште на „однос према мађарској мањини у Војводини, у погледу образовања и примене аграрне реформе". Да се питање мађарских школа и национализованих имања - каква су била

и имања у Бељу једног члана хабзбуршке династије - покрећу са крупнијом ревизионистичком сврхом обелоданило се 1927, и то од једног Енглеза. У чланку „Мађарско место под сунцем“, објављеном у *Daily Mail*-у, Лорд Ротермер тврдио је да је стање у Краљевини СХС „критичније него у било којој другој европској држави“, и да би она „била оснажена“ ако би се ослободила „незадовољне мањине на северним границама“, тј. ако би део територије са мађарском мањином уступила Мађарској. Још неколико написа у прилог мађарског ревизионизма и образовање комисије Доњег дома за испитивање мађарских жалби изазвали су у Београду сумње „да Велика Британија ровари против Југославије, са Италијом као саучесником а Мађарском као оруђем“.

Ревизионистичка повезаност са непријатељском Италијом, наоружавање противно Тријанонском мировном уговору, њена шпијунска мрежа и подршка хрватским емигрантима, опасност од рестаурације Хабсбурга, стављали су Мађарску у ред „природних непријатеља“ југословенске државе. Ипак, као што је то процењивао британски посланик у Београду, питање мађарске мањине имало је слабу употребну вредност за ревизионизам мађарске државе : „... у Југославији мађарско питање много је лакше него у Чехословачкој или Румунији. Мађарска мањина овде сигурно броји мање од 500.000 људи, а можда не више од 400.000 људи. Сами Мађари више поштују своје српско-хрватске него своје румунске или чешке суседе. Ревизија, ако до ње икада дође - закључивали су Британци у Београду - требало би да буде условљена више економским него нерешивим територијалним и етничким проблемима.“[16]

Преговори о исељавању Турака. Готово све време Стојадиновићеве владе (јун 1935 - фебруар 1939), уз дуже и краће прекиде, вођени су преговори са Турском о исељавању муслимана - Турака и Албанаца у Анадолију. Турска је била вољна да, уз обештећење, прими око 200.000 усељеника, који су по менталитету слични Турцима и који су се као такви могли „лако асимиловати“. Поводом југословенско-турских преговора јавила се албанска влада тврдећи да „муслимански Косовари“ нису Турци него Албанци и да се „против њих примењује притисак који достиже размере прогона, не би ли се принудили на исељавање“. Док је Југославија желела да се ослободи једне националне мањине, која „вероватно никада неће постати миран припадник заједнице“, за Албанију велики проблем је представљао и досељавање малог броја Албанаца с Косова. Ипак, албанска влада - очекујући крупно обештећење - сама се понудила да прихвати око четрдесет-педесет хиљада сељака Албанаца с Косова. Истовремено, албанска влада подигла је процену броја косовских Албанаца на 800.000.

[16] Ж. Аврамовски, *Британци*, I, 440, 441, 514, 606, 658; II, 95, 152.

После Минхенског споразума, са којим су оживели разни иредентизми, из Албаније је организована пропаганда против исељавања. У септембру 1938, албански православни епископ Висарион тражио је од Конгреса међународног савеза цркава да стане у заштиту албанске мањине у Југославији; крајем године косовска емиграција организовала је манифестације са циљем изазивања међународне интервенције. О понуди Албаније за пријем нешто „Косовара“ за паре, преговори нису ни вођени. Турска је одбила да потпише споразум, пошто није била задовољна сумом обештећења за исељенике.[17]

Почетком фебруара, Мусолини је, настојећи да ојача своје позиције у освајачком походу на Грчку, понудио размену југословенске мањине у Истри за албанску на Косову. Кнез Павле се изјаснио против те размене: „Словенци и Хрвати живе у Истри више од хиљаду година. Југославија их неће пресељавати нити оставити Истру Италији.“

КОМУНИСТИЧКО РЕШЕЊЕ

Као револуционарни победници, у условима Другог светског рата, југословенски комунисти су наметнули свој концепт заштите мањина, који је у главним цртама био дефинисан на њиховој „знаменитој“ Петој земаљској конференцији, одржаној од 19-23. октобра 1940. у предграђу Загреба. У резолуцији те Конференције, између осталог, стајало је: „У овим судбоносним данима империјалистичког освајања, када се грубом силом уништавају остаци слободе и независности малих народа и шпекулише се угњетеним народима појединих земаља за постигнуће својих освајачких циљева, пред нашу партију се поставља у још оштријем облику једна од најважнијих и актуелних задаћа - борба за националну равноправност угњетених народа и националних мањина Југославије: а) борба за равноправност и самоодређење македонског народа против угњетавања са стране српске буржоазије ... ц) борба за слободу и равноправност арнаутских мањина на Косову, Метохији и Санџаку.“ То је значило борбу „против колонизаторских метода српске буржоазије у тим областима и протјеривање свих оних колонизираних елемената, помоћу којих српска буржоазија угњетава македонски, арнаутски и друге народе“. Борба за „ослобођење“ албанске мањине (за коју ће се касније, уместо турског - Арнаути и српког - Арбанаси, користи изворно национално име - Шиптари) имала је уједно да буде и борба против „талијанских агената“, тј. фашистичке варијанте „ослобођења“. Комунисти су се, такође,

[17] Ж. Аврамовски, *Британци*, II, 416, 648, 651; Ђ. Слијепчевић, *Српско-арбанашки односи кроз векове са посебним освртом на новије време*, Химелстир, 1983, стр. 294.

обавезали на борбу „за слободу и равноправност мађарских, румунских, њемачких и других националних мањина у Војводини ...“[18]

Децембра 1942, у свом чланку у *Пролетеру* о „Националном питању у Југославији у светлости народно-ослободилачке борбе“, југословенски комунистички вођа Јосип Броз, познатији под псеудонимом Тито, бацао је дрвље и камење на великосрпску хегемонију. Он је наводио како се „Македонци, Арнаути, Хрвати и други са стрепњом питају - па шта ће бити са нама ако се поврати оно старо?“ Истицао је да уз „угњетене народе“ стоји КПЈ која се никада неће одрећи свог „принципа кога су поставили наши велики Учитељи и Вође - Лењин и Стаљин, а то је: право сваког народа на самоодређење до отцепљења“. Потом принцип „великих Учитеља и Вођа“ везује са борбом „за братску, слободну и равноправну заједницу свих народа Југославије“. Онда закључује да „питање Македоније, питање Косова и Метохије, питање Црне Горе, питање Хрватске, питање Словеније, питање Босне и Херцеговине лако ће се ријешити на опће задовољство свих, само на тај начин што ће га рјешавати сам народ...“ У овом наводу пада у очи то да Броз нигде не помиње Србе и Србију а да Арбанасима оставља могућност прикључења Албанији. У том смислу је албански комунистички вођа, у јесен 1943, писао Брозу: „Наше је мишљење да Косово и, Дукађинска равница (Метохија и део Македоније који се граничи са Албанијом, а насељен је Албанцима), треба да буде припојен Албанији пошто Југославија буде ослобођена фашистичких канџи. Само таква перспектива ће Албанце који живе у Југославији навести да се боре“. За овакав став, Енвер Хоџа је имао подршку Миладина Поповића, кога су за његовог дугог бављење у њиховој средини албански комунисти узели под своје. Поповић је, као и његови домаћини, о Косову и Метохији закључивао по немогућој аналогији са Истром и Словеначким Приморјем. По њима, то су све ове области биле под окупацијом Италије, па би после победе над фашизмом свака од њих требало да припадне матичној земљи.

Да је „сасвим други случај са Косовом и Метохијом“ указао је ЦК КПЈ албанском комунистичком врху, писмом од 2. децембра 1943. Уз оцену да „постављати данас питање присаједињења“ иде на руку „реакцији и окупатору“, у писму је изнето: „Само оружана борба против окупатора може јасно показати шта ко хоће и исковати стварну демократију и братство народа, а није потребно наглашавати да између нас и демократске антиимперијалистичке Албаније то питање не може бити проблем ... Нова Југославија која настаје биће земља слободних народа, па

[18] Ј. Плетерски, *Нације - Југославија - револуција*, Београд, 1985, стр. 371, 372; Б. Петрановић - М. Зечевић, Југославија 1918/1988, тематска збирка докумената, Београд, 1988, стр. 388, 389.

према томе у њој неће бити места националном угњетавању ни албанских мањина“. Ово писмо ЦК КПЈ пада непосредно после Другог АВНОЈ-а на коме су комунисти свој револуцинарни концепт федерације везали за очување међународног континуитета Југославије, а тиме и њеног интегритета. Зато је у одлуци о федеративном уређењу стајало да ће се „националним мањинама у Југославији обезбедити сва национална права“. Аутономија није поменута као „национално право“ за мањине, али је у писму ЦК КП Албаније индиректно речено да националне мањине немају право на отцепљење. На комунистичко приклањање начелу интегритета земље указивао је и одустанак од „програмске пароле“ о јужнословенској и балканској федерацији, као неком продужетку. Балканска федерација је, чак, за собом вукла питање промене граница. Уосталом, реал-политичар какав је Броз, морао је бити свестан опасности у коју би довео себе ако би за Хрвате узимао Истру а истовремено Србима одузимао Косово и Метохију, и то поред живог и наоружаног Драже Михаиловића.

ОДЛУКА АВНОЈ-а И ОДБАЧЕНЕ АУТОНОМИЈЕ. Кључни комунистички документ о уређењу југословенске државе - Одлука Другог заседања АВНОЈ-а о изградњи Југославије на федеративном принципу, од 29. новембра 1943 - садржавала је једну општу одредбу о мањинама: „Националним мањинама у Југославији обезбедиће се сва национална права.“ Право значење ове одредбе налазило се у директивама и написима Јосипа Броза. Тако, Броз је комунистичком руководству Хрватске и Словеније поводом њихових обећања аутономије италијанској мањини, 1. октобра 1943. издао ово упозорење: „Није правилно оно мјесто гдје се говори о аутономији талијанске мањине. Ако се ту ради о културној, онда је то требало рећи. А за политичку нема овдје места јер је та мањина раштркана. Треба рећи да се гарантује пуна слобода и равноправност талијанске мањине.“

Броз је слично мислио и о аутономији српске националне мањине у будућој федералној Хрватској са којом је у марту 1944, изашао Моша Пијаде. Он је ту идеју изразио преко обласних „Н. О. Скупштина“ које ће „требати у Хрватској свакако, можда и у Србији уколико у њен састав уђу Војводина и Санџак“. Српска аутономна област је требало да обухвати срезове у Лици, Кордуну и Банији. Тада су неки истакнути локални партизански функционери увиђали да српска снага кладе ваља, а хрватски комунистички ум царује, па су се окретали четницима. Нови уступак Србима у облику обласне скупштине требало је да отклони нова незадовољства. Пијадин план о српској аутономној области одбацили су Броз и хрватски комунисти, под мотивацијом да се у интересу њеног

„несметаног развитка“ не може „дозволити цијепање хрватске нације као цјелине“.[19]

Пошто су одбачене могућности стварања аутономија на простору федералне Хрватске, Броз се изјаснио за аутономије на српском простору: „Без сумње - писао је Броз у марту 1944 - Војводина ће, као и друге области које претендују на то, добити најширу аутономију, али питање аутономије и питање којој ће федералној јединици дотична покрајина бити припојена, зависи од самог народа ...“ У ствари, комунисти су под Србијом подразумевали Србију по Берлинском уговору (од 1878), па је требало тек да се реши коме ће бити припојени Војводина, Новопазарски Санџак и Косово и Метохија.

Решење о припајању дошло је под притиском Кримских препорука великих савезника од фебруара 1945. Према тим Препорукама, Броз односно његови комунисти били су принуђени да сарађују са некомпромитованим некомунистима како у Влади, тако и у Привременој Скупштини. Поред савезничких препорука, уз ове које су комунисти презриво називали „реакцијом“, стајали су и остаци покрета Драже Михаиловића који се одржавао у Босни и представљао сталну претњу неучвршћеном комунистичком режиму. Тако, под притиском „реакције“, комунисти су непосредно после Кримске конференције приступили „проширењу“ оне федералне Србије која је била представљена на ВАСНОС-у (Великој антифашистичкој скупштини народног ослобођења Србије, одржаној од 9 до 12 новембра 1944). Крајем фебруара 1945, Председништво АВНОЈ-а послало је директиву Извршном одбору Већа Санџака о одређењу статуса Санџака у „федеративној Југославији узимајући за основу границу између Србије и Црне Горе како је она била утврђена после Балканског рата у 1912 години. АВНО Санџака донеће одлуку да се поврати стање од 1912. те да се делови Санџака врате Србији односно Црној Гори“. Следствено, на другом и последњем заседању Већа Санџака, 29. марта 1945, донета је одлука о повратку на стање из 1912, и о тренутном распуштању „АВНО Санџака“. Затим, 6. априла 1945, Главни НОО Војводине усвојио је став да Војводина, „као аутономна покрајина уђе у састав федералне јединице Србије“.

РЕЗОЛУЦИЈА АСНОС-а. На првом и то ванредном заседању АСНОС-а (Антифашистичке скупштине народног ослобођења Србије), одржаном од 7. до 9. априла 1945, „саслушана“ је одлука АВНО Санџака и изјаве делегата Главног НОО Војводине и Обласног НОО Косова и Метохије. О томе је донета посебна резолуција, у чијој првој тачки се каже

[19] А. Ђилас, Оспоравана земља, Београд, 1990, стр. 24; Ј. Плетерски, Срби у Хрватској, НИН, бр. 1964, 1965, 1988; Ј. Плетерски, Нације - Југославија - револуција, Београд, 1985, стр. 484.

да АСНОС „сматра правилном и поздравља одлуку“ о припајању новопазарског округа (шест срезова) федералној Србији.[20] У другој тачки Резолуције АСНОС „топло поздравља једнодушну одлуку ГНОО Војводине да Војводина као аутономна покрајина треба да буде саставни део федералне јединице Србије и да ће бити сазвана покрајинска Народна скупштина Војводине која ће о томе донети формалну меродавну одлуку ...“ Затим, каже се да АСНОС „у потпуности стоји на становишту ГНОО у погледу равноправности Срба, Хрвата, Словака и Русина, као и на становишту признања права националним мањинама. Мађарско становништво уживаће као староседелачко становништво сва грађанска права, а биће кажњени само злочинци и слуге Хортијевог окупаторског режима. Скупштина исто тако одобрава став ГНООВ у односу на немачко становништво које је у својој целини било у служби немачког фашизма и коме више нема места у нашој земљи ...“

Банат, Бачка и Барања су од 17. октобра 1944. до 15. фебруара 1945. били под војном управом. Војна управа је, по Брозовој наредби којом је установљена, имала је за циљ „да се што брже и потпуно отклоне све недаће нанесене нашем народу од стране окупатора и овде насељених туђинских елемената, те потребе мобилизације свих привредних снага за што успешније спровођење народноослободилачког рата“. Четири дана пре завођења војне управе, Пијаде је из Москве писао Брозу да би се протеривањем милион Немаца и Мађара добило „огромно много потребних ствари за наше сељаке“. Знатан део немачке националне мањине, одступао је са немачким трупама. У завичају остајали су углавном старији Немци, жене и деца. Наредбом команданта за Банат било је прописано „да, у сва немачка места, а у мађарска и румунска где то буде потребно, постављају се војни команданти са одређеним партизанским стражама...“ Забрањен је немачки говор на јавним местима; „Немци који су напустили своје куће не могу се вратити у исте. Такве Немце треба одмах ставити у логоре, а доцније предавати војном суду“. Уз то, прописано је да „све јавне радње, фабрике, индустријска и трговачка предузећа, која су била власништво Немаца прелазе под контролу народноослободилачких одбора, односно војне власти“. Председништво АВНОЈ-а је, 21. новембра, донело одлуку о експропријацији имовине припадника немачке националне мањине. Њихов највећи део депортован је у Немачку. Један део су Совјети одвели у Сибир. Мађарску националну мањину је од сличне судбине изгледа избавила интервенција Мађаша

[20] За разлику од директиве Председништва АВНОЈ-а, у Одлуци АВНО Санџака наводи се да се федералној Црној Гори припајају пљеваљски и бјелопољски срез, док се берански не помиње. Иначе, као и у директиви Председништва АВНОЈ-а, за срезове су коришћени стари српски називи: дежевски (новопазарски), штавнички (тутински), милешевски (пријепољски), златарски (нововарошки), прибојски и сјенички.

Ракошија - вође мађарских комуниста и Стаљиновог миљеника. Од почетка децембра 1944, Мађари у Војводини не третирају се као „туђински елеменат“ него као национална мањина. Такав став је унет у Резолуцију АСНОС-а.

У трећој тачки Резолуције, АСНОС „топло поздравља одлуку Обласног НОО Косова и Метохије и изјаве његових делегата о томе да се Косово и Метохија сматрају саставним делом федералне Србије. Услед прогона којима је било изложено од противнародних и угњетачких режима бивше Југославије - каже се у Резолуцији - шиптарско становништво ових области, које у њима сачињава велику већину, није у народноослободилачкој борби узело видног учешћа, а једним делом послужило је окупатору и шиптарским реакционарима као оруђе против народноослободилачке борбе Србије, Црне Горе и Албаније. Али данас Шиптари Косова и Метохије имају све могућности да увиде да су Демократска Федеративна Југославија и демократска Србија, као њен саставни део нешто сасвим друго од некадашње Југославије ... Скупштина се нада да ће нови демократски дух Југославије и Албаније подједнако утицати на развитак демократског духа у шиптарском становништву Косова и Метохије.“ У време састављања ових редова, Косово и Метохија су били под војном управом због шиптарске побуне која је избила у децембру 1944, после повлачења немачке војске, а у време британске интервенције у Грчкој. Побуњеничке снаге, бројале су око 20 000 људи. Под неколико вођа оне су ступиле у дејство на више места. У штабовима побуњеника било је и енглеских официра, који су, „враћајући“ Брозу за помоћ грчким партизанима, хтели да разбију комунистичку хармонију између њега и Енвер Хоџе. Врховни штаб партизана (НОВЈ) морао је да на гушењу побуне ангажује око 40 000 бораца.

Војна управа заведена је 8. фебруара 1945. Ипак, Броз је убрзо кренуо путем угађања Албанцима. Тако је, 6. марта 1945, донето решење којим се привремено забрањен повратак колониста на земљу коју су добили предратном аграрном реформом. Средином априла, Броз је примио делегацију Албанаца, којој се улагивао измишљајући „велики допринос“ Шиптара Косова и Метохије „за стварање јединства наших народа“. То што, по речима самих чланова делегације, они нису „учествовали у општим напорима“, Броз је објашњавао тиме што „народ је заведен и он не може да испашта“. Обећавао је амнестију свима заведенима и затражио помоћ да се она спроведе. Обећао је повраћај земље која је пре рата била „неправедно одузета“. Нагласио је да Шиптари Косова и Метохије морају имати „сва права“, пошто су они „тамо најбројнији“. Даном ослобођења читаве Југославије, 15. маја 1945, укинута је војна управа на Косову и Метохији. Потпуна пацификација Албанаца није извршена. У одметништву је остало око „педесетак група“, које ће бити гоњене следећих неколико година.

"ПРИКЉУЧЕНЕ" АУТОНОМИЈЕ. „Прикључење" Војводине Србији коначно је потврђено на војвођанској скупштини 31. јула. Обласна скупштина Космета донела је одлуку о прикључењу федералној Србији 9. јула 1945. Изјаве о прикључењу Србији од локалних скупштина Војводине и Космета, као и само њихово постојање, значило је да ће ова подручја добити посебан статус. Тај статус је прво утврђен савезним Уставом - Уставом Федеративне Народне Републике Југославије: „Народна република Србија има у свом саставу Аутономну покрајину Војводину и Аутономну косовско-метохијску област" (ст. 2 чл. 2). Затим, у Уставу Народне Републике Србије (од 17. јануара 1947), Србија је територијално дефинисана овако: „Народна Република Србија обухвата подручје: 1) садашњих округа: београдског, врањског, ваљевског, крагујевачког, крушевачког, лесковачког, моравског, ново-пазарпског, пиротског, подринског, пожаревачког, тимочког, топличког, ужичког, чачанског и града Београда; 2) Аутономне Косовско-метохијске области и 3) Аутономне покрајине Војводине." У надлежност и једне и друге аутономне јединице стављена је између осталог заштита равноправности „националности". Наиме, АП Војводина имала је да „стара се о пуном остварењу равноправности свих националности Покрајине", а Аутономна Косовско-метохијска област имала је да „штити равноправност и културна права националности".[21]

У позадини територијалних аутономија лежали су прећутно легализовани сепаратизми одложеног дејства. Наиме, пре установљења аутономије, комунисти су Војводину били наменили хрватско-српској подели,[22] Санџак је био успостављен са старом аустро-угарском сврхом раздвајања Србије и Црне Горе, а Космет је био намењен Албанији под одређеним условима, какав је био стварање Балканске федерације.

У складу с комунистичком идеологијом, аутономија Војводине и Космета оправдавана је совјетским моделом, што је представљало својеврсни израз оданости „марксистичкој идеји". „Као што - рекао је један комуниста на Конгресу 1948 - у Совјетском Савезу постоје у савезним републикама аутономне области и аутономни окрузи, исто тако и

[21] Устав ФНРЈ и Устави Народних Република, Београд, 1948, стр. 10, 62, 91, 97.

[22] О томе шта се дешавало у Војводини у првим месецима комунистичке власти говори један извештај Саве Косановића, министра за информације, од јуна 1945. У извештају се каже да „хрватска теза нагло напредује на терену ... када је Војводина остала делимично пуста у крајевима где су живели Немци, ту се сада тенденциозно убацују читаве масе Хрвата". Тако, „у простору између канала краља Петра I и Дунава (срезови сомборски, паланачки, охачки, кулски, апатински и новосадски) насељено је од 1. новембра 1944. до маја 1945. око 30 000 Хрвата. У Источни Срем (Инђија, Стара Пазова) око 3 000 Хрвата." Другим речима, Хрвати су војну управу, и време после њеног укидања искористили за насељавање западне Војводине. То је, без сумње, требало да створи основ за припајање Срема и Бачке Хрватској.

код нас постоје Аутономна покрајина Војводина и Аутономна област Косово и Метохија, обе у НР Србији.“

Као главни разлог увођења територијалних аутономија у Србији навођена је заштита мањина, односно национална сложеност појединих подручја. Тако, у једном коментару Устава од 1974, говорило се: „С обзиром на национални састав САПВ, њен устав посвећује посебну главу остваривању права *народности* ...“ Народност је термин који је уведен уместо термина национална мањина. Он је превод мађарске речи за националну мањину (немзет - народ, немзетисег - народност), а код нас је требало да означи потпуно изједначавање - и терминолошко - припадника националних мањина и припадника националне већине. У ствари, радило се о нечем другом, што се може закључити из чл. 82. Устава Социјалистичке републике Србије од 1963. У њему се о народностима говорило овако: „Шиптари, Мађари, Словаци, Бугари, Румуни, Турци, Русини и припадници осталих народности - националних мањина, који живе у републици Србији, у свему су равноправни и имају иста права и дужности, одређене уставом и законом, као и остали грађани републике Србије и уживају право слободне употребе свог језика, изражавања и развијања своје културе и оснивања установа које обезбеђују ова права.“[23] Дакле, у односу на припаднике мањина, Срби су поменути безимено, као „остали грађани“.

Комунистички систем заштите националних мањина у федералној Србији претварао се у систем фаворизовања мањина. Израз привилегованог положаја мањина биле су две територијалне аутономије, као и сам појам народности. Основ таквог концепта налазио се у комунистичкој борби против „великосрпске хегемоније“.[24]

---

[23] Чл. 82, стр. 48, 49, *Устав Социјалистичке Републике Србије са уставним законом о спровођењу устава*, Београд, 1963. - Одредбу готово истог смисла већ је садржавао чл. 7: „Грађанима у Социјалистичкој Републици Србији је зајемчена слобода изражавања своје народности и културе, као и слобода употребе свог језика. Грађанин није дужан да се изјашњава којој народности припада нити да се опредељује за једну од народности.“ Чланом 82. хтео се дати посебан значај правима мањина којима су стављани испред Срба (осталих грађана).

[24] V Конгрес Комунистичке Партије Југославије 21-28. јула 1948 / стенографске белешке, Београд, 1949, стр. 282; Правна енциклопедија, II, Београд, 1985, стр. 1543; В. Крестић - Р. Љушић, Програми и статути српских политичких странака до 1918. године, Београд, 1991, стр. 37 нап. 2; В. Дедијер, Нови прилози за биографију Јосипа Броза Тита, књ. 2, Ријека - Загреб, 1981, стр. 903, 904; Д. Богдановић, Књига о Косову, Београд, 1986, стр. 235; Косово и Метохија у српској историји, Београд, 1989, стр. 377; Б. Петрановић, Балканска федерација 1943-1948, Београд, 1991, стр. 96-99, 101-104; М. Павловић, Правноисторијски и упоредноправни поглед на уставне промене, Уставне промене - научни скуп одржан 21. и 22. априла 2003. на Правном факултету у Београду, Београд, 2003, стр. 41-45.

Marko Pavlović, a full-time professor

THE POSITION OF MINORITIES IN SERBIA AND THE STATE OF YUGOSLAVIA

The national minorities issue was raised for the first time in Serbia in connection with the problem of the legal status of Jews in Serbia of that time. Namely, the Jews who lived in Belgrade appeared before the Ministry of Interior on January 31, 1856 demanding to have the equal rights with the rest of Serbian citizens. The Ministry passed a Decree granting all the rights to the Jews who lived Belgrade, at the same time forbidding them to settle outside Belgrade municipality. This regulation forbidding the Jews to live in other Serbian regions was included into the Constitution passed in 1869.

Serbian Prince Mihajlo, as well as Austro-Hungarian Consul Kalay, tried to explain this anti-Semitic mood among the Serbian population as trading rivalry since "Jews sell their merchandise at lower price than Serbian tradesmen and lend money at lower interest rate". The English Consul also added that Serbs believed that Jews were Turkish secret agents. However, the Berlin Treaty of 1878 forced Serbia to accept its international obligation and cancel all limitations imposed on Jews.

After the World War I, the state of Yugoslavia was among the ten countries covered by Versailles, that is, Saint-Germaine Treaty, which were asked to undertake a series of measures to prevent ill-treatment of minorities. This Treaty on minorities protection was considered as an insult among the Serbian political and scientific elite. The Vidovdan Constitution included only one norm which directly regulated the minorities protection: "Minorities of other races and languages shall be given the basic education in their native language under the conditions prescribed by law". Between the two World Wars, Italy used Albanian, Hungarian and Macedonian (as Bulgarian) ethnic minorities (with the help of their mother countries) to undermine and weaken the state of Yugoslavia with the aim to create new boundaries.

The communist regime in the state of Yugoslavia solved the problem with minorities by introducing territorial autonomies, but only in the Federal Republic of Serbia. These territorial autonomies were a tacit agreement on the legalization of separatists' tendencies with a delayed effect. Namely, even before the introduction of these autonomies, the communists assigned Vojvodina to be the land of disputes between Serbs and Croats, Sandžak was

formed by Austro-Hungarians to divide Serbia and Montenegro and Kosovo was meant to be annexed to Albania under certain conditions, such was the setting up of Balkan Federation. Pursuant to the communist ideology, granting the autonomy to Vojvodina and Kosovo was justified by a Soviet model which represented an expression of loyalty to the Marxists' ideas.

Зоран Чворовић,
асистент-приправник

***UDK**: 342.731(497.11)*

СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ У КНЕЖЕВИНИ И КРАЉЕВИНИ СРБИЈИ

ПРВИ ЗАКОН О СЛОБОДИ ВЕРЕ

Међународна злоупотреба верског питања у Србији Слобода вероисповести је у Кнежевини Србији, у одсуству уставних гарантија,[1] први пут прокламована једним посебним законом о слободи вере. Реч је о Закону од 9. септембра 1853. године.[2] Доношење овог Закона није било мотивисано стварним потребама земље, већ је то учињено на захтев влада појединих европских држава. Наиме, почетком педесетих година XIX века српијанско друштво је верски и етнички било потпуно хомогено. Скоро целокупно становништво чинили су Срби православне вероисповести, једино је у Београду живео један занемарљив број римокатолика и лутерана.[3] Били су то поједини Чеси, Пољаци, Немци, као и Срби

---

[1] Слобода вероисповести, тј. право грађана да слободно исповедају своју веру и врше верске обреде, првенствено је уставна категорија. До друге владавине кнеза Михаила у Кнежевини Србији нису постојали правни и политички услови за доношење устава, а тиме и за уставно прокламовање права на слободу вероисповести (М. Павловић, Преображенски устав – први српски устав, Крагујевац, 1997, стр. 53-55, 67, 293-297). У светлу оваквог правноисторијског погледа на Србијин уставни развитак, треба оценити пропис Хатишерифа из 1838. године, којим је султан Махмуд II Христијанима Закона Греческог "даровао пуну слободу упражњавати обичне церемоније закона њиовог." Реч је о привилегији коју је православним Србима, као и целокупни акт о организацији унутрашње управе, “даровао” турски султан, а не о некаквој, “у ограниченом виду” прописаној, уставној гарантији слободе вероисповести (М. Јовичић, Лексикон српске уставности 1804-1918, Београд, 1999, стр. 263). По својој правној природи овај пропис припада оном низу прописа којима су православним Србима додељивана одређена верска права од стране турских и аустријских владара. Оно што је другачије у односу на раније акте, то је нова политичка стварност која једну овешталу оријенталну форму трансформише из акта милости у акт нужности.

[2] Закон од 9. септембра 1853. године, Сборникъ закона′ и уредби и уредбеньі′ указа′, издани у Књажеству Србији (од почетка до конца 1853) књ. VII, Београд, 1854, стр. 78-79.

[3] Годину дана након доношења првог Закона о слободи вере, извршен је попис″ поданика српских римокатоличке вероисповести″ и том приликом је утврђено да је у Београду

католици из Аустрије, који су ради посла долазили у Србију и ту остајали примајући њено грађанство. Остали инославни у Србији били су страни држављани, али се на њих нису односиле норме домаћег права, јер су на основу режима капитулација били изузети из јурисдикције домаћег правосуђа.[4] Овакво конфесионално стање није наметало потребу за доношењем једног закона којим би се уредио положај припадника неправославих вероисповести.

Насупрот томе, Аустрија је почев од 1851. године, преко свог конзула у Београду, непрекидно захтевала од српског Правитељства да донесе посебан закон којим би се гарантовала права римокатолика. Наиме, те године су римокатолици у Србији, на основу одлуке Св. скупштине о распростирању вере, извучени из јурисдикције бискупа у Никопољу и предати духовној власти бискупа из Ђакова.[5] Преласком бискупске катедре из Турске у Аустрију, ова друга је добила моћно средство за ограничавање Србијине аутономије. Први чин у политичкој акцији Аустрије био је захтев за доношење закона о слободи вере. Требало је пред европском јавношћу отворити један непостојећи проблем, као средство притиска на Србијино Правитељство, а потом поставити такве правне основе које би омогућиле Аустрији да се меша у унутрашње ствари Кнежевине, а Ватикану да од Србије направи *terra missionis*. У првој години Кримског рата, "када су под вођењем Наполеона III западне силе стале показивати учешће за унутрашње уређење и ослобођење балканских земаља", још једна европска држава постала је заинтересована за правни положај римокатолика у Србији.[6] Била је то Француска, која је за разлику од Аустрије, желела да се доношењем закона о слободи вере поставе основе за образовање једне националне бискупије у Београду, чиме би се елиминисао аустријски утицај на римокатолике у Србији.[7]

Закон о слободи вере – модус за решење верског питања Притискано са стране Правитељство је решило да донесе закон о слободе вере, али је одлучило да се пре тога упозна са одговарајућим прописима у Кнежевини Влашкој, као и да прибави званично мишљење о овом питању јерархије Српске православне цркве. У извештају из Влашке истицано је да у овој вазалној турској кнежевини нису постојали посебни закони којима би се уредио положај римокатолика и других неправославних, већ да је то

живело укупно двадесет римокатолика. Љ. Дурковић-Јакшић, Србија и Ватикан 1804-1918, Краљево –Крагујевац, 1990, стр. 137-139.

[4] М. Павловић, Европеизација правосуђа Србије 1835-1914, Зборник Србија и европско право, Крагујевац, 2002, стр. 131-133.

[5] Љ. Дурковић –Јакшић, нав. дело, стр. 105, 110, 124.

[6] С. Новаковић, Католичка црква у Србији III, Архив за правне и друштвене науке, књ. IV, бр. 1, 1907, стр. 17.

[7] С. Новаковић, нав. дело, стр. 18-19; Љ. Дурковић –Јакшић, нав. дело, стр. 174-181.

чињено на основу постојеће праксе и неких појединачних правних аката. Основно начело којег су се држале власти у Влашкој изражавало се у ставу, да "будући је господствујуће вероисповеданије Влашке обрјад греко-восточни, то су друга богослуженија трпљена са извесним ограничењима".[8] Митрополит Петар Јовановић је став ″отачествене цркве″ о положају неправославних у Србији изразио у неколико тачака: "1. Да имају своје гробље одвојено од нашег; 2. да њиов свештеник јавно, по обрјаду католичке цркве, може спроводити и сарањивати мртваце католике; и 3. да њиов свештеник може слободно походити домове своји верни по делима закона, но то да не бива никад у црквеном одејанију." По митрополиту се наведена права могу дати римокатолицима, тек онда када буду могли да "саставе једну католичку обштину и да имају своју капелу, одвојену од конзулата и да имају свог свештеника, који ће бити у свим грађанским одношенијама под влашћу нашег Правитељства". Осим тога, митрополит је од државних власти тражио да у будућем закону буду обавезно предвиђени и следећи услови: "1) да католици никад не носе литију своју по вароши и изван вароши; 2) да никога из наше вере у своју не примају; 3) да не венчавају оне бракове, где је једна, ма која страна, од наше вере, и брачне распре овакови бракова да наша духовна власт суди, а не римокатоличка; 4) да овдашњи католици своје празнике и по нашем календару сљедовательно с нами заједно, празнују."[9]

Узимајући у обзир праксу у суседној Влашкој, као и мишљење Српске православне цркве, Правитељство је сачинило предлог Закона о слободи вере, који је Совјет прихватио 1. септембра, а кнез потврдио девет дана касније.[10] То је сасвим кратак закон, састављен из преамбула и три члана.[11] У преамбули, једно вазално правитељство вођено разлозима политичког опортунитета истиче своју намеру, да "саобразно духу столетија и напредку времена у ком живимо, као и примерима, које налазимо у поступању високи дворова, господствујећег и покровителствујућег", олакша и обезбеди уживање религиозних потреба "последователима разних Христијанскијих вероисповеданија." Потом се у првом члану прокламује слобода вероисповести за припаднике свих "припознатих Христијански, Православну восточну цркву неисповедајући, вероисповеданија". Другим чланом се даје могућност припадницима "поменути Христијанскији вероисповеданија" да уз одобрење државних власти образују црквену општину, чим их буде довољно да могу да издржавају свог "Духовног пастира и једну капелу или цркву". У трећем члану стоји, да ће државна власт приликом издавања дозвола за оснивање појединих

[8] Љ. Дурковић –Јакшић, нав. дело, стр. 114-115.
[9] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 115.
[10] С. Новаковић, нав. дело. стр. 17-18; Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 123.
[11] Закон од 9. септембра 1853, Сборникъ закона′ и уредби′, књ.VII, стр. 78-79.

црквених општина, прописати “услове и правила” о управљању дотичним општинама.

Истог дана, 9. септембра 1853, уз Закон о слободи вере, донет је још један Закон.[12] Држећи се мишљења митрополита Петра, Правитељство је једним посебним актом ограничило генералну одредбу претходног закона о "слободном упражњавању вероисповеданија." У првој тачки новог Закона најстроже се забрањивао сваки "прелазак из Православне восточне вере у другу ма коју веру," а сваки онај "кои би кога на то или совјетовао и премамљивао, или иначе садејствовао к том резултату биће строгом одговору подвргнут." У другој тачки законодавац наређује, да "бракови између житеља Српски, у коима би ма која страна била Православне восточне вере, само су онда пуноважни, кад су чрез надлежног Свештеника Православне вере благословени, и у надлежне књиге венчани при Православним црквама установљене, заведени." У следећој тачки прописана је обавеза да деца из мешовитих бракова буду у Православним црквама." И најзад, у четвртој тачки овог Закона регулише се питање надлежности за брачне спорове код мешовитих бракова и утврђује се искључива надлежност "земаљски Православни духовни власти."

Без промена у аустријској и папској политици према Србији

Попечитељство иностраних дела је 21. септембра упознало представнике неправославних вероисповести, као и аустријског конзула, са садржином оба закона.[13] У писму конзулу истицало се, да је доношењем Закона о слободи вере Србија пружила одговор на ноту северног суседа од 16. маја 1853. године "по питању овдашњи римокатолика" и да је тиме "наравно предмет овај приведен концу, на један начин, чиме ће, надам се, аустријско правитељство бити задовољно."[14] Време је убрзо показало да је оваква процена Попечитељства иностраних дела била исувише оптимистичка.

Прва реакција на тек усвојене законе стигла је од ђаковачког бискупа Јосипа Јураја Штросмајера. Он је у форми протесног писма, које је Дирекцији Попечитељства иностраних дела уручио аустријски конзул, изложио оштрој критици само текст Закона у коме су побројана четири ограничења јавно прокламованог права на слободу вероисповести. За бискупа Штросмајера су биле спорне све тачке наведеног Закона, јер оне "не само да никакву слободу вјероисповједања католицима не подјељују, него паче напречас права церкве католичке, права човечанства врјеђају." Прва тачка Закона је била спорна зато што забрањује "прелазак из

[12] Закон од 9. септембра 1853, Сборникъ закона′ и уредби′, књ.VII, стр. 80-81. Занимљиво је да је нумерација овог Закона потпуно истоветна нумерацији претходног К.В..№ I. 859.
Сов.№ I. 961.

[13] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 124.

[14] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 124.

Православне восточне вере у другу ма коју," чиме се "напречас укида слобода совјести, дочим се жељам сербским брани слиедити освједочење своје; што се праву човјечанскому посве противи." Иако је по бискупу Кнежевина Србија "право имала, пут пријечити сваком проселитизму," не може се забранити римокатоличком свештенику да православнима који би се задесили у његовом храму ", речми и доказими својими освједочио о истинитости наука свога," чиме би у њима "побудио жељу на прелазак у цркву римокатоличку". Такав свештеник, по Штросмајеру, није учинио дело прозелитизма, већ је "дужности својој само задовољио." У вези са искључивом надлежношћу Српске православне цркве код закључења мешовитих бракова, Штросмајер је био изричит: "Ово је противно науку, праву и наредбам католичке цркве чега ради церква ова на то никад пристати не може." Против одредбе о обавезном крштавању деце из мешовитих бракова у православној цркви, Штросмајер није истакао канонски, већ мисионарски аргумент. Наиме, како је број католика у Србији био "тако мали" примена ове одредбе водила би "уништењу вјероисповеданија римокатоличког." Одредбу о искључивој надлежности православних духовних власти код раскида мешовитих бракова требало је, по бискупу Штросмајеру, изменити тако што би "барем у толико у колико се католичке стране тиче, духовној католичкој области припасти би морале."[15]

Српско Правитељство није упутило званични одговор на протесно писмо бискупа Штросмајера. Оно је свој став у вези са ограничењем права на слободу вероисповести изразило у једном интерном документу Попечитељства иностраних дела. У њему се каже: "У случају пребацивања, да се оваково ограничење у извршавању верозакона не слаже са садашњим веком и духом времена, може се накратко возразити: да тај дух времена није од јуче, па кад се друге државе нису сасвим повеле за њим, него су неке до скора онако, као што је и наведено у горњим тачкама, ограничавале наше православље, па и сад нам не дају подпуну слободу, кад је у средоточју Запада пре кратког времена отречен погреб православном; то зашто да нас осуђују због оног, што су сами до јуче творили и сада по нешто творе, зашто да нас укоравају, што се спасавамо од онакви новости у нашој земљи, кад су они од такви још више на опрезу били; зашто да нам замерају што не дајемо више слободе странима поданицима, кад они својима поданицима друге вероисповеди нису сву слободу давали нити је и данас дају? зашто да то све чине кад о нама држе да нисмо колико они проникнути духом садашњег времена, ком се они тако јако фале и превозносе?"[16]

[15] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 124-125.
[16] Љ. Дурковић-Јакшић, Србија и Ватикан 1804-1918, стр. 117.

Тако се Кнежевина Србије приликом доношења првог закона о слободи вере нашла у унакрсној ватри европске политике. С једне стране су биле европске државе, које су од Србије захтевале да законом прокламује слободу вероисповести, док је са друге стране био Ватикан, који је слободу вероисповести схватао као слободу мисионарења, оштро нападајући сваки Србијин покушај да се правним средствима заштити од агресивног прозелитизма.

КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА СЛОБОДЕ ВЕРОИСПОВЕСТИ

Казнителни законик за полицајне преступке Право на слободу вероисповести је у Кнежевини Србије уживало кривичноправну заштиту и пре доношења Закона о слободи вере од 9. септембра 1853. године. Наиме Казнителни законик за полицајне преступке од 27. маја 1850. године, уређујући материју иступа, санкционисао је у посебној глави III ("О преступницима односително на веру и закон") читав низ дела против вере. Једно од њих се директно односило на слободу вероисповести: "Кои на Веру хули, или кои децу или људе од цркве и од Закона одвраћа, да се подвргне казни строгога затвора од 12 до 20 дана."[17]

Казнителни законик за Књажество Србију Доношењем Казнителног законика за Књажество Србију 29. марта 1860. године престао је да важи Казнителни законик за полицајне преступке, а тиме и пропис параграфа 21. којим се штитила слобода вероисповести.[18] У новом Законику, у складу са тродеобом "казнимих дела" на "злочинства", "преступленија" и "иступленија", дела против слободе вероисповести била су сврстана у преступе и иступе.

Преступ против слободе вероисповести из параграфа 207. тачка 1. постојао је када "ко, јавно, усмено или писмено на Бога или на чију му драго веру хули, или јавно исмејава чије му драго вере начин и обичаје слављења Бога."[19] У тачки 2. овог параграфа санкционисан је други облик истог преступа, који се састојао у томе да "ко делом смеће упражњавање чијих му драго у Србији дозвољених обреда верозаконих, или с образима светих, или с другим служби божијој посвећеним стварима на безчестећи

[17] Казнителни законик за полицајне преступке од 27. маја 1850, Сборникъ закона′ и уредби′ и урдбенниы′ указа, издани у Књажеству Србији (од почетка до конца 1850. године), књ.V, Београд, 1853,§.21, стр. 134.

[18] Закон од 29. марта 1860. године којим се уводи у живот Казнителни законик за Књажество Србију, Збирка закона Краљевине Србије протумачених одлукама Државног Савета, опште седнице и оељења Касационог суда, Главне контроле итд, средио Гојко Никетић, Београд, 1911, §. 2, стр. 3.

[19] Казнителни законик за Књажество Србију од 29. марта 1860, Збирка закона Краљевине Србије, §. 207. тач. 1, стр. 126.

и презрителни начин поступа и обесвећава их."[20] За оба облика преступа против слободе вероисповести била је запрећена казна затвора од три месеца до три године. За дело из тачке 1. тражило се "само да је јавно, а негледа се да ли је хулитељ оне вере коју хули или не."[21] Такође, ирелевантна је намера учиниоца, јер се "негледа ни да ли је он ишао на то да другу веру вређа или је имао намеру да другу веру презрењу и подсмеху изложи, довољно је да је знао да оно што чини није дозвољено."[22] За разлику од тачке 1. у којој су санкционисани вербални акти против права на слободу вероисповести, у тачки 2. се тражи да учинилац "делом смета вршење у Србији дозвољених обреда верозаконских."[23] Осим тога, обесвећавање црквених сасуда "може се и тајно догодити и као таково казнимо је без да се тражи јавност."[24] По првом коментатору Казнителног законика постоји још једна разлика између тачака 1. и 2. параграфа 207. Она се састоји у томе што "точка под 1. обухвата све вере уобште," док "точка под 2. односи се на упражњавање верозакони обреда и ограничава се само на оне вере и обреде који су у Србији дозвољени."[25] Тиме би на основу тачке 1. кривичноправну заштиту слободе савести уживали и припадници званично непризнатих верских заједница. Овакво тумачење тачке 1. параграфа 207. каснија судска пракса није потврдила, јер је учешће у оснивању и раду религиозних друштава које правни поредак није признавао сматрала кажњивим делом.[26]

Казнителни законик је осим преступа, предвидео и један иступ против слободе вероисповести. У глави четрдесетој ("О иступлењима противу вере, нравствености и благих обичаја") параграф 365. тачка 1. стоји: "ко чију му драго веру хули и ружи, или исмејава чију му драго веру начин и обичаје слављења Бога."[27] Разлика између овог дела и преступа из

[20] Казнителни законик за Књажество Србију, §.207. тач. 2, стр. 126.
[21] Ђ. Д. Ценић, Објасњење Казнителног законика за Књажество Србију, Београд, 1866, стр. 614.
[22] Ђ. Д. Ценић, Објасњење Казнителног законика за Књажество Србију, Београд, 1866, стр. 614.
[23] Казнителни законик за Књажество Србију (коментар уз текст Законика), Збирка закона Краљевине Србије, стр. 126.
[24] Ђ. Д. Ценић, нав. дело, стр. 615.
[25] Ђ. Д. Ценић, нав. дело, стр. 614.
[26] Илустративан је случај назарена, секте протестантске провенијенције, који су били осуђени због дела из параграфа 102. К.З. Овим параграфом било је санкционисано учешће у противзаконитом друштву, а "догме ове вере противе се правном поредку који у данашњем друштву постоји и испуњавање њихово спречава извршење закона и законитих наредби власти што је битно по државу и њене интересе."О.о. 24. јануара, 1898. год., Бр. 599-О.о. 5. јуна, 1910. год., Бр. 7163. Казнителни законик, Збирка закона Краљевине Србије, стр. 68,127.
[27] Казнителни законик, §.365. тач. 1, стр. 218.

параграфа 207. тачка 1. је у томе "што се тамо јавност тражи а овде не."[28] Због одсуства елемента јавности ово дело се блаже кажњавало, затвором од 10 до 30 дана.

КНЕЗ МИХАИЛОВО СТАРАЊЕ О ПРАВОСЛАВНОЈ ВЕРИ

До кнез Михаилових реформи у Правитељству Кнежевине Србије није постојао посебан ресор који би обједињавао све послове државе са верским заједницама.[29] Први Србијин закон о модерној влади, Устројеније централне државне управе од 10. марта 1862. године, предвидео је седам министарстава, а једно од три новообразована министарства било је и "Министерство Просвете и црквених дела".[30]

У оквиру овог министарства, под руководством једног министра, била су спојена два посебна ресора: ресор "Просвете" и ресор "Црквени дела". У надлежност овог министарства, када је деловало "као Министерство Црквени Дела", спадале су две врсте обавеза. Оно је било дужно да се стара о извршавању закона који су се тицали вере и цркве, као и да заступа "права признати верозакони друштва и над истим надзиравати."[31] Осим ове опште обавезе која се заснивала на одредбама Закона о слободи вере од 9. септембра 1853. године, Устројенијем централне државне управе прописана је и посебна обавеза Министарства просвете и црквених дела према православној вери. Ову обавезу је законодавац прописао у једној одредби, која се, заправо, састојала од две различите норме.[32] Једна норма одређује "христијански закон православног источног исповеданија" за "положени основ и средство, којим се благонравије народно развија, изображава и снажи." Реч је о норми уставног карактера, којом се у уставни поредак Кнежевине Србије уводи режим државне вере (*religio dominans*). Статус државне вере је додељен православној вери, зато што је Српска православна црква имала историјску заслугу за опстанак српског народа и била"залога очувања Васкрсле Србије", а, "народ наш је све сам

[28] Ђ. Д. Ценић, нав. дело, стр. 896.
[29] М. Павловић, Преображенски устав, стр. 277.
[30] Устројеније централне државне управе, Зборник закона и уредби издани у Књажеству Србији, књ. XV, Београд, 1863, § 2, стр. 60.
[31] Устројеније централне државне управе, §.23. ст. 2. тач. 1 и 3, стр. 65,66.
[32] "2. имајући свагда пред очима да се христијански закон православног источног исповеданија сматра као положени основ и средство којим себлагонравије народно развија, изображава и снажи, оно ће, у договору са духовним властима, нарочито старати се о одржању и унапређењу вере православне, о оснивању потребни заведенија за изображавање свештенства, о обдржању нужни монастира, о постојаном снабдењу свештенства, о сразмерном поделењу епархија, протопрезвитера и парохија, и уобште о подизању, обнављању и процветању храмова божији". Устројеније централне државне управе, §.23. ст. 2. тач. 2, стр. 65.

православни христијанин".[33] Овим статусом је православна вера стицала првенство части у односу на друге признате вероисповести у Кнежевини Србији. Ово првенство се правно материјализовало кроз следећу норму, којом се министру просвете и црквених дела налаже "нарочито старати се о одржању и унапређењу вере православне". Реч је о низу техничких мера везаних за функционисање Цркве, које су, као предмет посебне државне бриге, имали да "у договору" преузимају министарство просвете и црквених дела и Српска православна црква.[34] У свему осталом православна вера је била изједначена са другим признатим вероисповестима, јер статусом државне вере није могло бити дерогирано право на слободу вероисповести.

СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ У УСТАВИМА КНЕЖЕВИНЕ И КРАЉЕВИНЕ СРБИЈЕ

Устав од 1869. Устав од 1869. године, сарджавао је неколико одредби које су се односиле на слободу вероисповести. Наиме, уставописац је јединствено лично право на слободу вероисповести поделио на два посебна права: слободу јавног исповедања вере и слободу јавног вршења верозаконих обреда. Слобода јавног исповедања унета је у каталог личних и политичких права, која су била предвиђена другим одељком Устава. "Владајућа је вера у Србији источно-православна. А слободна је и свака друга вера, и стоји под заштитом закона у извршавању својих обреда."[35] Уставописац је једним чланом истовремено увео режим "владајуће вере" и гарантовао слободу вероисповести. Ова два прописа ипак се међусобно нису искључивала, јер је статус "владајуће вере" обезбеђивао православној вероисповести само првенство части, ничим не нарушавајући правну једнакост свих признатих вера. И сама језичка конструкција члана 31. става 1. је таква да инсистира на једнаком правном третману православне вере и других признатих вера. Осим тога Уставом се не условљава уживање било ког политичког права припадношћу "владајућој вери". Једини изузетак представљају ограничења везана за "кнеза Србског" и

[33] Љ. Дурковић- Јакшић, нав. дело, стр. 220.

[34] Законом су набројане неке од најважнијих мера: " о оснивању потребни заведенија за изображавање свештенства, о обдржању нужни монастира, о постојаном снабдењу свештенства, о сразмерном поделењу епархија, протопрезвитера и парохија, и уобште о подизању, обнављању и процветању храмова божији", Устројеније централне државне управе, §.23. ст. 2. тач. 2, стр. 65.

[35] Устав за Књажество Србију од 1869, Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835-1941), Београд, 1988, чл. 31. ст. 1, стр. 76.

"наследника престола србског", који су морали бити "православне источне вере".[36]

У истом члану у коме прокламује слободу вероисповести, уставописац одређује и границе те слободе. Са једне стране, то су биле норме државног законодавства, јер "нико не може, позивајући се на прописе своје вере, ослободити се својих грађанских дужности".[37] Са друге стране, слобода вероисповести је била ограничена прописом којим се забрањује "свака радња, која би могла бити убитачна за православну веру (прозелитизам)."[38] Уставотворац је из два разлога прибегао једностраној заштити православне вере од прозелитизма. Заштитом "владајуће вере" штитиле су се, заправо, оне идејне вредности на којима је почивао правни поредак Кнежевине. Осим тога и верске прилике у ондашњој Србији су биле такве, да није било стварне потребе за уставном заштитом других вероисповести од прозелитизма Српске православне цркве. "Отачествена црква" није имала потребе за мисионарењем, јер је скоро целокупно становништво Кнежевине било православне вероисповести; док су друге верске заједнице су на Србију гледале као на обећану *terra missionis*.[39]

Иако је намеснички модел државне организације био "дуалистичког, немачког типа", узоре за члан 31. треба тражити у уставима неких других европских држава. По својој садржини овај члан одговара члану 1. грчког Устава од 28. новембра 1864. године: "Народна вера у Грчкој је источно-православна. Свака друга призната вера слободна је и слободно вршење њених вероисповеданих обреда заштићено је законима, али прозелитизам се забрањује, као и свака радња која би била на штету народне вере."[40] Разлика између српског и грчког устава је у томе, што је наш уставописац јединствени члан 1. грчког Устава правно-технички поделио на три посебна става; осим тога наведени члан грчког Устава се не налази у делу који регулише "грађанска права Грка", већ у оригиналном првом делу Устава који носи наслов "Вера".

Поред слободе јавног исповедања вере која је зајемчена у одељку "О правима и дужностима грађана у опште", Уставом се посебно гарантује слобода јавног вршења верозаконих обреда. У члану 119, у одељку под насловом "О црквама, школама и благодетним заводима", стоји:

---

[36] Устав за Књажество Србију од 1869, чл. 11, чл. 19, стр. 74,75.
[37] Устав за Књажество Србију од 1869, чл. 31.ст 2, стр. 76.
[38] Устав за Књажество Србију од 1869, чл. 31. ст. 3, стр. 76.
[39] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 363-365.
[40] Устав Грчке од 28. новембра 1864. год, Устави Белгије, Грчке, Румуније. Норвешке, Енглеске, Швајцарске, Сједињених Америчких Држава, Београд, 1884, чл. 1, стр. 28; М. Павловић, Уставноправна европеизација Кнежевине и Краљевине Србије, Зборник Србија и европско право, књ. III, Крагујевац, 1998, стр. 185-190; Д. М. Поповић, Упоредни поглед на српске уставе, Зборник Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века, Београд, 1990, стр. 41-42.

"Слободно јавно извршавање верозаконих обреда имају вероисповести које су у Србији признате, или које особеним законом буду признате."[41]

Гарант уставом прокламоване слободе вероисповести био је кнез: "Књаз је заштитник свију вероисповеди, у држави признатих."[42]

Устав од 1888. Устав од 1888. године је за разлику од Намесничког устава одвојио питање државне вере од слободе вероисповести. Угледајући се на италијански Статут, писци Устава од 1888. године су одредбу о државној вери унели у први део Устава којим се одређивао облик владавине, државна вера и државна област Краљевине Србије.[43] Уз грб и заставу и православна вера је уврштена у својеврсне симболе националног идентитета, чиме је светосавски концепт Српства добио своју уставноправну потврду. Чланом 3. Устава прописано је: "Државна је вера у Србији источно-православна."[44] Разлоге за одстрањивање прописа о државној вери из либералног телоса Устава треба тражити у одредбама Берлинског уговора од 1878. године. Стојан Новаковић је истицао, да се по питању положаја римокатолика и других неправославних вероисповести "мора полазити од основа које су ... положене у Берлинском Уговору". Новаковић истиче три таква "основа": "Први је, да се у Србији разлика у вери или вероисповести не може никад узети као сметња у уживању грађанских или политичких права или у вршењу каквих било послова; Други је, да се у Србији зајамчи потпуна слобода вршења обреда и исповедања какве било вере како за српске поданике тако и за странце; Трећи је, да се ничим неће моћи спречавати ни јерархистичка организација различитих вера, ни њихове везе са њиховим духовним старешинама."[45] Правнотехничко везивање питање државне вере и слободе вероисповести и то у делу посвећеном уставним правима српских грађана, могло је бити процењено од стране европских влада као кршење обавеза проистеклих из Берлинског уговора.

Значај државне вере се и у Уставу од 1888. године правно изражавао у делу о краљу. "Краљ и Његов Дом морају бити источно-православне вере."[46] За разлику од Намесничког устава по коме су само кнез и наследник престола морали бити источно-православне вере, у Уставу од 1888. та је обавеза проширена и на све чланове Краљевског Дома.

[41] Устав за Књажество Србију од 1869, чл. 119, стр. 86.
[42] Устав за Књажество Србију од 1869, чл. 120. ст. 1, стр. 86.
[43] М. Павловић, Уставноправна европеизација Кнежевине и Краљевине Србије, стр. 201.
[44] Устав за Краљевину Србију од 1888, Устави и владе, чл. 3. ст. 1, стр. 107; Р. Казимировић, Црквени проблеми пред нашим новим уставом, Црквено-правне расправе, књ. I, Београд, 1923, стр. 14-15.
[45] С. Новаковић, Католичка црква у Србији, стр. 19-20. Реч је о члану 35. Берлинског уговора. Види М. Павловић, Уставноправна европеизација Кнежевине и Краљевине Србије, стр. 190; Ж. Живановић Политичка историја Србије, књ. I, Београд, 1923, стр. 382.
[46] Устав за Краљевину Србију од 1888, чл. 41, стр. 111.

Најважнија последица овакве уставне одредбе била је та што је и краљица морала бити православне вере, чиме су успостављена најшира јемства за очување православног карактера Србијиног владалачког Дома.[47] Као гарантију да ће наследник престола бити васпитаван у православном духу, Устав прописује обавезу да "намесници могу бити само они српски грађани по рођењу, вере источноправославне."[48]

Устав од 1888. године слободу вероисповести схвата као део слободе савести: "Слобода савести је неограничена. Све признате вере слободне су и стоје под заштитом закона, уколико вршење њихових обреда не вређа јавни ред или морал".[49]

Границе слободе вероисповести исте су као и у Намесничком уставу: државно законодавство и забрана сваке радње која је "управљена против источно-православне вере у Србији (прозелитизам)".[50] Разлика између Устава од 1888. године и Намесничког устава је у томе, што је нови Устав јединствену одредбу о слободи вероисповести из претходног Устава разбио у три посебна члана. Такође, Устав од 1888. године не одваја слободу јавног исповедања вере од слободе вршења верозаконих обреда.

По члану 42. Устава краљ је био "заштитник свију признатих вероисповести у Србији".[51] Ова одредба се у Намесничком уставу налазила у одељку "О црквама, школама и благодетним заводима", што је било противно систему по коме је распоређена уставна материја; ту нелогичност је исправио уставотворац од 1888. године сврставајући наведену одредбу у део о краљу.

---

[47] Приликом доношења Намесничког устава Велика скупштина је одбацила предлог да кнегиња мора бити православне вере. Због непостојања овакве одредбе С. Јовановић је оценио, да "Устав од 1869. није давао јемства, да ће владалачки дом Србије одржати своје православно и своје национално обележје". С. Јовановић, Друга влада Милоша и Михаила, Београд, 1990, стр. 80-81.

[48] Устав за Краљевину Србије од 1888, чл. 64, стр. 114. Истоветну одредбу о намесницима налазимо и у Уставу Грчке од 28. новембра 1864: "На случај да се престо упразни, скупштина, и онда кад јој је рок власти протекао или кад је пре тога била распуштена, приступа привременом избору, гласним гласањем, намесника који мора бити грчки грађанин и исповедати источно-православну веру" (чл. 52). Осим намесника, грчки Устав предвиђа и установу тутора, који води бригу о васпитању малолетног престонаследника. И за тутора је прописано да "мора бити грчки грађанин и исповедати источно-православну веру" (чл. 51). Устав Румуније од 30. јуна 1866. године, због страног порекла своје династије, не предвиђа да краљ мора бити источно-православне вере, али прописује да ће се потомци Његовог Величанства васпитавати “у духу источно-православне вере” (чл. 82). Устави Белгије, Грчке, Румуније..., стр. 36-37.

[49] Устав за Краљевину Србије од 1888, чл. 18, стр. 109.

[50] Устав за Краљевину Србије од 1888, чл. 19, чл. 20, стр. 109.

[51] Устав за Краљевину Србије од 1888, чл. 42, стр. 111.

Устави од 1901. и 1903. Устав од 1901. је као и Устав од 1888. одвојио државну веру од слободе вероисповести.[52] Слобода вероисповести се у Уставу од 1901. уређује прописима који су у потпуности преузети из Устава од 1888. године.[53] Ипак се у погледу форме уставотворац од 1901. враћа решењу из Намесничког устава, јер у једном обимном члану истовремено гарантује слободу вероисповести и одређује границе ове слободе. Устав од 1903. био је, заправо, незнатно прерађен Устав од 1888. године. Прописи о слободи вероисповести и државној вери нису претрпели измене у овом новом издању Устава.

СЛОБОДА ВЕРОИСПОВЕСТИ У СВЕТЛУ КОНКОРДАТА СА РИМОКАТОЛИЧКОМ ЦРКВОМ

Поштовање законом и уставима прокламоване слободе вероисповести у верски хомогеној преткумановској Србији, мерило се односом према римокатолицима, јер су они, и поред своје незнатности, били најбројнија неправославна верска заједница.[54] Осим тога, уживали су подршку великих европских држава, нарочито Аустро-угарске, јер су били средство за њихове спољнополитичке притиске на Србију. Однос римокатолика и српске државе могао се решити на два начина: уговором између Србије и Ватикана, тзв. конкордатом или унутрашњим законом.[55]

Три неуспела покушаја закључења конкордата Србија се доношењем Закона о слободи вере од 9. септембра 1853. године приклонила другом решењу. Међутим, римокатоличка црква је преко надлежне бискупске катедре у Ђакову непрекидно тражила од Србије да закључи конкордат са папском куријом. Ова настојања су 1878. године довела до настанка првог "предлога за закључење конкордата", који је председнику српске владе Јовану Ристићу упутио бискуп Штросмајер. Ватикан је желео да искористи ситуацију насталу након Берлинског конгреса, тиме што би позивајући се на члан 35. Берлинског уговора, са Србијом закључио конкордат по својим мерилима. Након консултација Јована Ристића са великодостојницима Српске православне цркве, пропао је овај први покушај склапања конкордата.[56] Штросмајер је на основу Ристићевог одговора од 28. октобра 1878. године закључио, да Србија неће изаћи у

[52] Устав за Краљевину Србије од 1901, Устави и владе, чл. 3, стр. 147.
[53] Устав за Краљевину Србије од 1901, чл. 33, стр. 151.
[54] Крајем осамдесетих година XIX века у Србији није било "ни 3.000 католика, али и од ових једва је која стотина српских поданика". Љ. Дурковић-Јакшић, Србија и Ватикан 1804-1918, стр. 359.
[55] С. Новаковић, Католичка црква у Србији, стр. 16-17; Л. Марковић, Питање конкордата између Србије и Рима, Дело, 66, Београд, 1913, стр. 390.
[56] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 222.

сусрет његовој жељи, јер по схватању србијанских политичара, "Устав Кнежевине Србије јамчи слободу савјести свим грађанима, а слободу обављања вјерских обреда свим вјероисповестима".[57]

Други покушај закључења конкордата збио се 1886. и 1887. године, а у вези са Уговором који је августа 1886. године Ватикан закључио са Кнежевином Црном Гором. Наиме, од када је "Римска Столица уговором од 1886. с Црном Гором створила за се другојачију, и по своје погледе повољнију, основу - унапредак се црногорски уговор почео истицати за модел онога што би Римска Столица могла Србији признати".[58] Мишљење србијанске јавности о овом Уговору било је изразито неповољно. И компромису најсклонији политичари су истицали, да ако би "Римска Столица тражила оно што је добила од Црне Горе - несумљиво је да се до конкордата не би никако дошло".[59] У међувремену је био смењен напредњачки кабинет, чиме је радња око закључења конкордата изгубила политичку подршку у Србији. Нова влада Јована Ристића није била "за уговор ни у начелу".[60]

Тема конкордата је поново дошла на дневни ред за владе краља Александра Обреновића. Проблем са малобројном католичком колонијом у Србији почео се, заправо, компликовати већ за владе намесништва. Истрагом државних органа је утврђено, да су римокатолички свештеници злоупотребљавали слободу вероисповести, јер су "без икакве контроле слободно крстарили кроз Србију у мисионарском смеру". Због тога је министарство просвете и црквених дела издало наредбу, у којој се "римокатоличком свештенству у земљи ставља до знања да су они постављени искључиво за парохије у којима стално живе; да се према томе они не могу сматрати као мисионари, те да, према томе, не могу ни предузимати верска путовања по земљи без претходне пријаве својој најближој власти".[61] На садржај овакве наредбе одмах је реаговао Ватикан

[57] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 228.
[58] С. Новаковић, нав. дело, стр. 3; Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 346.
[59] Најспорније одредбе у Уговору Црне Горе са Ватиканом биле су следеће: " Архијепископ барски, чијој ће духовној јуриздикцији припадати сви католици у Црној Гори, зависиће у црквеним пословима непосредно и искључиво од Свете столице" (чл. 3); "Архијепископ ће, по своме пастирском звању, управљати вјерозаконским образовањем католичке младежи по својим школама..."(чл. 8); "Влада признаје ваљаност брака међу католицима и мјешовитијех бракова, пред католичкијем парохом по црквеним законима" (чл. 9); "у мјешовитијем браковима, изузевши такођер оно о чему суди грађански законик, Влада неће сметати супрузима да подносе своје спорове пред истога архијепископа" (мисли се на римокатоличког архиепископа барског, чл. 10). Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 328-329; С. Новаковић, нав. дело, стр. 2,3,16. С. Новаковић је, по сопственом сведочењу, спадао међу оне политичаре који су били толерантни "према католичкој цркви у смислу сувремених слободоумних мисли и по категоричким наредбама Берлинског Уговора".
[60] С. Новаковић, нав. дело, стр. 3.
[61] С. Новаковић, нав. дело, стр. 4-5; Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 302-315.

преко свог нунција у Бечу, који је упозорио тамошњег српског посланика, да је однос према римокатолицима у Србији противан одредбама Берлинског уговора. Овакво стање у односима Србије са римокатоличком црквом затекао је Александар Обреновић. Краљ Александар је желео да све проблеме у односима са Ватиканом разреши кроз директни контакт са папском куријом. До тада су сви контакти са Римом ишли преко Беча, који се углавном противио конкордату између Србије и Ватикана, јер би њиме римокатолички поданици у Србији биле еманциповани од аустријске јурисдикције. До званичне посете краља Александра Обреновића Риму дошло је 14. новембра 1896. године. Том приликом је краљ са државним секретаром крадиналом Рамполом разговарао о конкретним тачкама будућег конкордата.[62] У међувремену је у Србији дошло до оштрих реакција неких политичких и црквених кругова на најаву закључења конкордата. Међу главним противницима посебног уговора између Србије и Ватикана нашли су се ондашњи митрополит Михаило и министар просвете и црквених дела Андра Ђорђевић. Митрополит Михаило је критикујући предлог нацрта конкордата између осталог истакао: "сви католици који живе у Србији, а особито српски грађани имали су и нека имају слободу да врше по своме закону све своје обреде и тајне, пошто српска држава својим законима свакој вери признатој у њој даје потпуну слободу вршења својих обреда... Непрекидно се позивају Римљани на берлинску обавезу; али тој наредби нико у Србији не смета. Јер, све признате вере слободно врше своје верске дужности, па и Римљани. Шта се хоће више?"[63] Тачку на тему конкордата ставио је у зиму 1897. године министар просвете и црквених дела Андра Ђорђевић, рекавши да док је он на министарском положају "тај конкордат неће бити закључен, а држим да на тај конкордат неће пристати ни председник Министарског савета и ниједан од мојих колега."[64] Тако се у задњим годинама XIX века неуспешно завршио још један покушај закључења конкордата између Србије и Ватикана.

Конкордат и правни поредак Србије Српска политичка и црквена јавност је током свих ових година износила како аргументе против конкордата, тако и оне који су говорили у прилог оваквог начина решавања односа са римокатоличком црквом.

По противницима конкордата, није било потребе за посебним уговорним јемствима слободе вероисповести римокатолика, јер су "и до сада католици и други иновјерци уживали потпуну слободу своје вјере и обреда у Србији, што им је и нашим законима и земаљским Уставом

[62] С. Новаковић, нав. дело. стр. 11-12.
[63] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 350-351.
[64] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 371-372.

ујамчено".[65] Напротив, конкордатом између Ватикана и Србије римокатоличка црква би стекла привилеговани положај у односу на Српску православну цркву. Овај привилегован положај је произилазио из чињенице, да се уређење црквених власти источно-православне вере изводило државним законом, док би се у случају закључења конкордата такво уређење римокатоличке цркве изводило Уговором између два међународноправна субјективитета. Римокатоличке црквене општине формиране по основу конкордата, а зависне "у црквеном погледу од више духовне католичке, или које друге црквене власти изван Србије", биле би по чувеном канонисти архимандриту Нићифору Дучићу – државице у држави.[66] Такав положај римокатоличке цркве у односу на Српску православну цркву био је, по противницима конкордата, директно противан оним одредбама Србијиних устава којима је источно-православна вера проглашавана за државну. Обезбеђена конкордатом, римокатоличка црква би кренула у несметану мисионарску акцију, чиме би били угрожени "јавни мир и спокојство", али и прекршене уставне одредбе које забрањују било који вид прозелитизма према православној вери.

Осим ових начелних разлога који су се тицали правне природе конкордата и његовог односа према уставном поретку Србије, у српској јавности су се износиле и примедбе везане за могуће одредбе будућег конкордата. У случају да Србија закључи конкордат са Ватиканом он је морао садржавати одредбу о обавезном надзору централне власти, односно министра просвете и црквених дела над римокатоличком црквом у Србији. Такву врсту надзора предвиђали су сви Србијини устави и он се посебно односио на извођење наставе веронауке, као и на преписку верских заједница са вишим духовним властима ван српске државе.[67] Јерархија Српске православне цркве се нарочито супротстављала евентуалном обавезивању државе да по основу конкордата финансира римокатоличку цркву, предвиђајући у буџету средства за плату бискупа, грађење храмова и уопште материјалну потпору бројно слабе римокатоличке заједнице. Тиме би се православна црква довела у подређени положај, јер се издржавала из сопствених извора. Осим тога, тражити "од српске државе и оно што се практикује ни у једној јевропској држави, и што је још на нашу очигледну штету, то је са свијем претерано!"[68] Такође, евентуални конкордат није могао садржавати пропис којим би се дозволило римокатоличким духовним властима да закључују мешовите бракове. Таква одредба била би директно противна канонима

[65] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 226.
[66] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 225-226.
[67] С. Новаковић, нав. дело, стр. 3, 20.
[68] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 228.

православне цркве (Халкидонско правило 14; Трул. 72; Лаод. 10 и 31), одредби о мешовитим браковима из Закона од 9. септембра 1853. године, као и параграфима 69, 92. и 99. СГЗ који "признају важност брака, када је од надлежног свештеника православне вере благословен и заведен у књиге венчаних при православним црквама установљене".[69] Исти аргументи су изношени и у погледу надлежности за развод мешовитих бракова, појачани чињеницом да римокатоличка црква није познавала установу развода, чиме би "невине стране" биле оштећене.

Браниоци конкордата су истицали неопходност договора са Ватиканом, јер се отворено питање положаја римокатолика морало решити због притиска европских влада и обавеза које је Србија имала по основу Берлинског споразума. Решење са законом којим би држава самостално уредила права и положај римокатолика у Србији, било је, по једном заступнику конкордата, непримењиво, јер "прави католици не би пристали да буду орган те цркве". Србија је у складу "са верском толеранцијом" морала прихватити начела римокатоличке цркве, из којих произилази "да је папа представник католика и да он одређује правни положај њихов".[70] Ипак највећа корист од конкордата, коју нису спорили ни његови противници, састојала се у томе што би у Србији била формирана посебна бискупска катедра, чиме би се елиминисао постојећи "екстериторијални утицај" бискупа из Аустро-угарске. Јурисдикција бискупске катедре из Ђакова над римокатолицима у Србији, не само да је отварала врата аустријском мешању у унутрашње ствари Краљевине, већ се није слагала "ни са достојанством ни са суверенитетом Краљевине Србије".[71]

Конкордат од 24. јуна 1914. Ослобођењем Старе и Јужне Србије, у састав Краљевине је ушао значајан број римокатолика Албанаца, који су у верском погледу били под аустријским протекторатом. Да би се предупредиле будуће активности Аустро-угарске, председник владе Никола Пашић је 15. августа 1913. године наредио "да се убрза припрема за конкордат".[72] У тренуцима свеопштих аустријских притисака на Србију, конкордат је изгледао као једно од могућих решења којим би се олакшао тежак спољнополитички положај државе. Преговоре са Ватиканом водио је овлашћени пуномоћеник српске владе др Лујо Бакотић.[73] И овог пута је Аустро-угарска ометала Србијине преговоре са Ватиканом, покушавајући

[69] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 472.
[70] Л. Марковић, Питање конкордата између Србије и Рима, стр. 390.
[71] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 427.
[72] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 403-414, 438; Р. Казимировић, Југославија и Ватикан (мисли поводом склапања будућег конкордата), Црквено-правне расправе, књ. I, Београд, 1923, стр. 71-73.
[73] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 448.

да спречи закључивање конкордата, али је "Енглеска прискочила у помоћ савезнику". Конкордат између Србије и Ватикана потписан је 24. јуна 1914. године, а ратификован је од стране Краљевине Србије 24. августа исте године.[74] Одбор Народне скупштине за проучавање Конкордата је у свом извештају нарочито инсистирао на политичком аспекту овог споразума, "који ће бити од користи за државу и пуно суверенство Србије".[75] Извештај се није, осим у крупним потезима, освртао на поједине тачке Конкордата. У највећем делу, Конкордат од 24. јуна 1914. године био је сличан црногорском Уговору са Ватиканом од 1886. године. На сличности су нарочито опомињале следеће одредбе: "Архиепископ београдски и Епископ Скопски, у чију духовну управу спадају сви римокатолици Краљевине Србије, зависиће у црквеним пословима непосредно и искључиво од Свете Столице" (чл. 3); "Верска настава католичке младежи стајаће у свим школама, под надзором Архиепископа и Епископа, у дотичним епископијама" (чл. 10); "Влада признаје важност брака међу католицима и мешовитих бракова закључених пред католичким свештеником по прописима католичке цркве" (чл. 12); "Брачне спорове између супружника католичке вере, као и између супружника из мешовитих бракова закључених пред римокатоличким свештеником, - судиће католички духовни судови, с изузетком расправа чисто цивилних односа" (чл. 13). Осим ових одредби, Конкордат је садржавао и одредбу о обавези државе да архиепископу београдском и епископу скопском исплаћује "систематске плате", као и да им обезбеди право на пензију (чл. 5). Такође се, за разлику од црногорског Уговора, додељује право римокатоличком супругу из мешовитих бракова, закључених пред римокатоличким свештеником, да уговори да ће "деца из тог брака бити васпитана у католичкој вероисповести" (чл. 14).[76] Реч је о оним питањима која су се као најспорнија отварала и приликом ранијих покушаја закључења конкордата. Српска политичка, научна и црквена јавност већ их је била оценила, како из угла државног законодавства и канона православне цркве, тако и са позиција дугорочних политичких циљева.[77]

---

[74] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 478. Закон о конкордату између Србије и Свете Столице у Риму од 24. августа, 1914. год, Збирка Закона протумачених и објашњених одлукама Државног Савета, Касационог суда итд, св. 34, издаје Гојко Никетић, Београд, 1921, стр. 3-15. Датуми су дати по јулијанском календару.

[75] Љ. Дурковић-Јакшић, нав. дело, стр. 477.

[76] Закон о конкордату између Србије и Свете Столице у Риму од 24. августа, 1914, стр. 3-10.

[77] С. Новаковић је говорећи о потреби договора са римокатоличком црквом, имао на уму не само Србе католичке вероисповести, већ и оне "из свеколикога југословенства". По њему је у Краљевини Србији римокатоличкој цркви требало обезбедити "такво место да се западна (католичка) црква нема ни на што да жали као ни православна". У Србији је "ваљало имати модел будуће веће српске државе". С. Новаковић, Католичка црква у Србији, стр. 10.

Закључујући Конкордат у тешким ратним годинама, уочи сумрака своје државности, званична Србија је дала предност дугорочним политичким циљевима.

Zoran Čvorović, an assistant beginner

THE FREEDOM OF RELIGION IN SERBIAN PRINCIPALITY AND KINGDOM

The freedom of religion was for the first time proclaimed in Serbia by the act passed on September 9, 1853. This law was not the result of the real needs of the state, but was imposed at the request of governments of some European countries. Along with the first law on freedom of religion, Serbian *Praviteljstvo* (Ministry of Justice) adopted the regulations closely defining the limits of this freedom aimed at protection of Serbian Orthodox church.

However, the right to free religion had been present even before 1853 Act was passed. Namely, the Penal Code for police offences passed on May 27, 1850 and the Penal Code of Serbian Principality of March 29, 1860 sanctioned some acts against the freedom of religion. After the passage of the Act on centralized state administration on March 10, 1962, all state dealings with religious organizations and communities were for the first time in Serbia embodied within one ministry. That was the Ministry of education and church activities where, one minister was responsible for two fields: education and church activities.

All Serbian constitutions have included the norms aimed at protection of the right to free religious practice. These general clauses were not in conflict with the constitutional norms which gave to Serbian Orthodox church the status of the state religion. This status was mainly expressed through the order of honor and care the country paid to Serbian Orthodox church. Compliance with the law on freedom of religion in, at that time religiously homogenous Serbia, was measured by its relation towards the Roman Catholics, since, despite their fewness, they were the second largest religion in Serbia. In addition, they enjoyed the support of large European countries, such as Austro-Hungarian Empire, since they were the means used for exercising the external pressure on Serbia.

The examples of the violation of the freedom of religion could not be found in the independent Serbian State. On the other side, there were numerous instances of the abuse of this freedom on the part of Roman Catholic priests. The solutions of such situations were sought in entering a concordance agreement with the Pope curia. After several unsuccessful attempts, the Concordance agreement between Serbia and Vatican was eventually concluded

on June 11, 1914. The biggest gain was the formation of a separate bishops cathedra which eliminated the ex-territorial influence of bishops from Austro-Hungarian Empire.

Одељак XII

МЕЂУНАРОДНИ ОКВИРИ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И УСКЛАЂИВАЊЕ СА НАЦИОНАЛНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ СЦГ

Др Иван Чукаловић,
редовни професор

***UDK**: 341.231.14*

ПОСТУПАК ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА У СТРАЗБУРУ И КОМИТЕТОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ЖЕНЕВИ

Улазак државне заједнице Србије и Црне Горе у Савет Европе проширио је начине и методе заштите људских права као једног од најважнијих атрибута човекове личности.[1] Договори који су се дешавали задњих година у нашој земљи, почев од убиства премијера Зорана Ђинђића, акције "Сабља" и хапшење више од 12.000 људи на територији Србије, отворили су и низ питања у времену после тога. Од око 12.000 ухапшених у том периоду, процесуирано је тек неколико десетина, што је отворило питање накнаде штете за неправедно ухапшене.[2]

Пошто се често ради о великим износима, држава ће вероватно одуговлачити процесе накнаде штете а и када они буду завршени, питање је како ће бити изведена наплата с обзиром на економску ситуацију у држави. Та ће отворити и питање покретања сличних поступака од стране наших грађана пред међународним институцијама, пре свега пред Европским судом за људска права у Стразбуру.[3] Овај суд је основан 1959. на основу Европске конвенције о људским правима.[4]

Сврха установљења овог Суда је била расправа о жалбама за кршење одредаба ове Конвенције. Пре формирања овог Суда функције заштите људских права вршили су повремени Суд и Европска Комисија за људска права. Протоколом бр. 11 од 1. новембра 1998. год, ови органи су замењени сталним Судом.

Надлежност Суда регулисана је члановима 32-34 и чл. 47, у којима је наглашено да надлежност Суда обухвата углавном три круга питања. Први је решавање спорова између земаља чланица Савета Европе, други је

---

[1] С. Аврамов, М. Крећа: Међународно јавно право (део о људским правима) Београд, 2002. год.
[2] Политика, април 2004. год.
[3] Ж. Алексић, М. Шкулић: Кривично процесна заштита уставних слобода човека и грађанина, Правни живот бр. 9, 1996, стр. 369-391.
[4] Европска конвенција о правима човека.

решавање појединачних жалби на кршења Конвенције и треће је пружање саветодавних мишљења на захтев Комитета Министара. Принципи на којима Суд ради утврђени су Правилником Суда који је усвојен 1. новембра 1998. год, а правне празнине се попуњавају на основу судске праксе.

Оно што је за нас интересантно је могућност да појединци сходно чл. 34. Конвенције и Протокола бр. 11. подносе појединачне жалбе у случају повреде људских права предвиђених Конвенцијом, непосредно Суду у Стразбуру.[5] Оштећени не мора бити држављанин земље у којој је почињено кршење људских права. При том се мора имати у виду, да мора доћи до конкретног кршења права да би појединац стекао могућност за подношење појединачних жалби. Што се тиче невладиних организација или удружења она се могу појавити као подносилац захтева за покретање поступка само ако су жртве кршења права предвиђених Конвенцијом. У поступку пред Судом лица су заштићена имунитетом, чија је природа регулисана Европским споразумом који се односи на учеснике у Поступку пред Европском комисијом и Судом за људска права од 6. маја 1969. године.

Права на подношење захтева имају и лица на издржавању казне затвора, а такође и лица која се налазе у притвору.

Комуникација између улагача жалбе и Суда мора да се одвија несметано и без мешања државе.

Што се тиче форме поднеска, Правила као и сама Конвенција не предвиђају обавезну форму, али је пракса Суда установила шта све поднесак треба да садржи од обавезних елемената, како би Суд имао јасну представу о случају који треба да реши. Та обавезна садржина поднеска подељена је на неколико делова од којих сваки треба да садржи одређене елементе. Поднесак треба да садржи пре свега наводе конкретног права које се сматра као повређено, затим прецизно навођење докумената из којих се види да су исцрпљена сва средства унутрашњег поретка о чему ће касније бити речи. Службени језици Суда су енглески и француски али захтев може бити поднет и на једном од језика држава потписника Конвенције. Поступак је бесплатан а трошкове заступника сноси сама странка. У случајевима када се утврди да странка нема довољно средстава правила Суда предвиђају бесплатну правну помоћ лицима која докажу да нису у могућности да сносе трошкове поступка. Анонимне пријаве Суд не узима у разматрање. Између осталог треба водити рачуна и о роковима јер захтев мора бити поднет у року од шест месеци од дана правоснажности и коначности одлуке државних органа.

[5] В. Димитријевић, М. Пауновић: Људска права, Београд, 1997, стр. 115.

Случај може бити прекинут када подносилац повуче захтев, када случај буде решен пред телима за поравнање и када Суд утврди да нема разлога за наставак поступка.

Ако на самом почетку Суд закључи да има елемената за наставак спора обраћа се странкама да му приложе даље доказе и писмене поднеске. Странке се такође могу обратити и посредничким органима Суда како би се цео поступак завршио поравнањем. При том Суд заказује расправе са сваком странком посебно. Ако и после тога није могуће постићи споразум међу странкама, жалба се прослеђује судском већу које расправља у већу од седам судија. Одлука се доноси већином гласова и она постаје правоснажна: ако Врховно веће одбије уложену жалбу, ако се жалба не уложи и ако у року од три месеца од доношења одлуке странке нису поднеле захтев за тумачењем пресуде нити су се појавили нови докази. Треба напоменути да Врховно веће има седамнаест судија.

Коначна одлука Суда обавезује државе у спору. Најчешће се држави намеће обавеза да новчано обештети повреду људских права гарантованих Конвенцијом. Међутим, поставља се питање шта ако држава одбије извршење обавезе. У том случају Комитет Министара Савета Европе проверава извршење обавеза државе после одлуке Суда и предузима одговарајуће мере.

Треба подвући да подношење захтева за отварање поступка пред Европским судом за људска права у Стразбуру подлеже испуњењу одређене форме.[6] Сам поднесак је састављен из осам посебних делова.

На првој страни поднеска, која се иначе не рачуна у делове захтева, стоји адреса Суда и правни основ за обраћање овој институцији. Та страна треба да изгледа овако:

Европски суд за људска права
Европски Савет
Стразбур, Француска

П О Д Н Е С А К

Предвиђен чл. 34. Европске Конвенције о људским правима и Правилима 45 и 47 Правилника Суда

Први део поднеска садржи под а) податке о подносиоцу захтева или заступника и то презиме и име, националност, занимање, датум и место рођења, пребивалиште, број телефона и боравиште.

Под б) се попуњава пуно име државе против које се подноси поднесак.

[6] Д. Јанча: Заштита људских права у оквиру Европског савета ЈРМП бр. 1-2/89, стр. 76.

Други део се односи на наводе чињеница, односно износе се детаљи о чињеницама које су предмет спора. Захтева се да се чињенице наводе хронолошким редом, а ако се поднесак односи на неколико одредби о судском поступку ти случајеви се износе посебно.

У трећем делу поднеска акценат се ставља на правни основ, односно, наводе се одредбе Конвенције које су повређене у датој држави.

У четвртом делу износи се поступак по правним лековима који се одвијао пред домаћим органима и то тачан датум и назив Суда који је донео одлуку, и садржај изреке. Затим, по хронолошком реду се наводе све остале одлуке и правни лекови уз обавезно навођење датума, садржаја изреке и име Суда који је донео. На крају треба навести да ли постоји неки правни лек који није искоришћен, а ако постоји и није искоришћен треба образложити зашто то није учињено.

У петом делу поднеска треба изнети шта је основна намера подносиоца захтева, треба навести објекат заштите и предлог изреке пресуде.

У шестом делу се наводи да ли су улагане жалбе неком од међународних органа, а уколико јесу треба изнети детаље поступка.

У седмом делу треба пописати документацију која је поднета, при томе треба знати да се не подносе оригинали већ само копије. Поднета документација се не враћа.

На крају у осмом делу даје се писмена изјава да су сви подаци наведени у поднеску у потпуности тачни.

Поред обраћања Европском суду за људска права у Стразбуру постоји и механизам заштите људских права предвиђен системом Уједињених нација. Људска права као скуп правила и норми које имају за циљ заштиту достојанства личности су категорија настала још од *Magne carte libertatum*.

Међутим, тек у оквиру Повеље УН, установљавају се механизми који гарантују да људска права неће остати мртво слово на папиру већ ће заиста и бити заштићене кроз одговарајућа тела и институције.[7] Тако је још у Пакту о грађанским и политичким правима придодат тзв. факултативни протокол који омогућава да појединац може да тужи сопствену државу за повреде људских права. Нажалост, ова могућност остаје само за држављане држава које су ратификовале факултативни протокол. Поћи ћемо од функције главних органа УН. Економски и социјални савет има најшира овлашћења у области људских права. Овај орган УН има право да образује помоћне органе за заштиту људских права од којих је најважнија Комисија за људска права. Уз то Економско социјални Савет УН усклађује и координира рад специјализованих

[7] Б. Јаковљевић: Међународни инструменти о заштити људских права и ставови Југославије, Београд, 1969. год.

агенција, даје препоруке, сазива међународне конференције, припрема нацрте међународних уговора и сл. Комисија за људска права сачињена је од експерата јер се за учешће у овој Комисији тражи стручност представника држава. Препорука је и да се државе пре именовања представника консултују са Генералним секретаром УН.

Комисија за људска права је образовала Поткомисију за спречавање дискриминације и заштиту мањина. Она броји 26 експерата а Комисија 53. Друга тела Економског и социјалног Савета су Комисија за статус жена и Комитет за економска, социјална и културна права који врши надзор над спровођењем у живот Пакта о економским, социјалним и културним правима. Поред овога у оквиру уговорних тела установљени су комитети успостављени посебним уговорима. Чланове ових комитета бирају државе које су ратификовале уговор. Комитети подносе извештај Генералној скупштини преко *EKOSOK*-а. Најпознатији Комитети су: Комитет за укидање расне дискриминације, Комитет за људска права, Комитет против мучења, Комитет за укидање дискриминације према женама, Комитет за права детета итд.

Најширу надлежност свакако има Комитет за људска права састављен од 18 експерата које бирају потписнице Пакта о грађанским и политичким правима на рок од четири године.[8]

Иначе, систем УН располаже различитим приступима у стратегији заштите људских права почев од јавних дискусија, извештавања, решавања спорова и улагање поднесака о кршењу људских права. Интересантно је напоменути да УН прима годишње око 20.000 жалби о наводним кршењима људских права.

Резолуцијом 1503 и 2000-3 установљена је процедура за подношење жалби Комисије за људска права. Жалбе се узимају у обзир само ако су добро поткрепљене доказима. Жалба мора да садржи разлоге подношења и правне основе подношења, али је потребно да су претходно исцрпљени сви правни лекови које предвиђа унутрашње право. У првом кораку Радна група за достављање процена разматра оправданост разлога за подношење жалби. Поднесак се затим прослеђује Радној групи за утврђивање постојећег стања. Ово тело може да предмет упути Комисији за људска права, а Комисија даље износи случај пред Економски и социјални Савет.

Осврнућемо се укратко на модел поднеска који се упућује Комитету за људска права на основу факултативног протокола Међународног пакта о људским и политичким правима.

У поднеску се у десном углу означава датум а у левом адреса Комитета за људска права. Затим се наводе подаци који се односе на

[8] Д. Јанча: Међународноправно регулисање права човека у оквиру Уједињених нација, Међународни проблеми, бр. 4, 1968. стр. 9-22.

улагача поднеска: презиме и име, држављанство, занимање, датум и место рођења, боравиште и адреса за пријем списа. Посебно се назначава да ли поднесак улаже лице чија су права повређена или заступник, а ако улаже заступник наводе се разлози који су спречили лице да лично састави поднесак. Затим се у трећем делу наводе подаци који се односе на лице чија су права наводно повређена као и подаци који се односе на државу против које је поднет поднесак. Посебно треба ставити акценат на одредбе Међународног пакта о грађанским и политичким правима које су повређене као и на навођење правних радњи које је оштећени до сада предузео.

Слично као и код обраћања Европском суду за људска права у Стразбуру треба навести да ли се оштећено лице до сада обраћало неком другом међународном телу. На крају се детаљно износе чињенице на којима се заснива захтев, са хронологијом догађаја и својеручним потписом улагача поднеска.

Циљ овог рада је био да се да практичан приступ заштити људских права, како би она уместо прокламованог постала стварна категорија. Нажалост, уместо да постану врховно начело 21. века, постале су метод притиска на мале земље и вероватно највише злоупотребљена категорија данашњег времена.

Ivan Čukalović, a full-time professor

THE PROCEDURE FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS BEFORE THE EUROPEAN COURT FOR HUMAN RIGHTS IN STRASBOURG AND THE COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS IN GENEVA

The category of human rights and their protection represents one of the most important elements of international law. This issue is even more significant for the State Union of Serbia and Montenegro because, after its acceptance to the European Council, the grieved citizens have an opportunity to turn to the European court of human rights in Strasbourg or use other EU mechanisms. The structure of the United Nations and the jurisdiction of the Committee for human rights is also something that should not be neglected. This work also provides a model of a petition which initiates the procedure for the protection of human rights before the mentioned international institutions which can be of use to the citizens who would like to submit them on the individual basis.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341.231.14(4)(094.2)(082)
342.72/.74(479.11)(082)
343.211.3(497.11)(082)
340.134(497.11+497.16)(082)

СЛОБОДЕ и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије. Књ. 3 / приредио Станко Бејатовић. - Крагујевац : Правни факултет Универзитета, Институт за правне и друштвене науке, 2004 (Крагујевац : Балша). - X, 563 стр. ; 24 cm

Тираж 100. - Стр. 1-2: Предговор / Станко Бејатовић. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Summaries.

ISBN 86-80765-57-0
1. Бејатовић, Станко
а) Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода - Зборници б) Права човека - Законодавство - Србија - Зборници ц) Грађанска права и дужности - Кривичноправна заштита - Србија - Зборници д) Законодавство - Србија и Црна Гора - Зборници
COBISS.SR-ID 119397132