ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ СТВАРАЊА И ПРИМЕНЕ ПРАВА (ЕУ И СРБИЈА)

За издавача
Проф. др Љубомир Стајић
декан Правног факултета у Новом Саду

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Љубомир Стајић

Уредник монографских издања
Мр Радмила Дабановић

Главни и одговорни уредник
Проф. др Слободан Орловић

Руководилац пројекта
Проф. др Драган Милков

Технички уредници
Лука Батуран
Ратко Радошевић

Дизајн корица
Милан Левнајић

Компјутерска обрада текста
Горан Хајзлер

Штампа:
„Футура“ Петроварадин
Тираж: 200 примерака

ISBN 978-86-7774-163-1

2016

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ СТВАРАЊА И ПРИМЕНЕ ПРАВА (ЕУ И СРБИЈА)

ЗБОРНИК САЖЕТАКА СА НАУЧНОГ СКУПА
НОВИ САД, 11. ЈАНУАР 2016.

НОВИ САД, 2016.

Пројекат финансира Правни факултет у Новом Саду,
Универзитета у Новом Саду

САДРЖАЈ

Др Срђан Н. Шаркић, редовни професор
Руски пројекти државног уређења Србије у време Првог устанка 11
Др Родољуб М. Етински, редовни професор
Примена начела uti possidetis у међународној судској пракси 15
Др Зоран В. Арсић, редовни професор
Правно регулисање акционарских друштава 19
Др Драган Л. Милков, редовни професор
Државна управа Србије и европско окружење 21
Др Предраг П. Јовановић, редовни професор
Актуелне потребе даљег развоја радног законодавства Србије 23
Др Гордана Р. Вукадиновић, редовни професор
Облици стварања и примена аутономног права 27
Др Душанка Ј. Ђурђев, редовни професор
Унификација правила међународних трговинских уговора 29
Др Ранко И. Кеча, редовни професор
Усавршавање система правне заштите у грађанском судском поступку 33
Др Гордана Б. Ковачек Станић, редовни професор
Актуелна питања у савременом породичном праву Србије, европским земљама и Европској унији 37
Др Даница Д. Поповић, редовни професор
Савремено стварно право у Србији и ЕУ 43
Др Љубомир С. Стајић, редовни професор
Теоријски и практични проблеми права приватне безбедности у Републици Србији 47
Др Маја Д. Станивуковић, редовни професор
Право о решавању међународних спорова у Европској унији и Србији 51
Др Душан Ж. Николић, редовни професор
Актуелни и могући проблеми у обликовању и примени приватног права у Европској унији и Србији 55

Др Бернадет И. Бордаш, редовни професор
Хармонизација међународног породичног права у ЕУ и у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право 59
Др Иштван И. Фејеш, редовни професор
Заштита права учесника у кривичном поступку 63
Др Марија М. Салма, редовни професор
Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија) у парничном поступку..... 67
Др Раденка М. Цветић, редовни професор
Развој стварног права Србије у складу са европским правним стандардима 71
Др Драго Љ. Дивљак, редовни професор
Државна подршка привреди, извозницима и инвестиорима – наше право и право ЕУ 75
Др Сенад Р. Јашаревић, редовни професор
Теоријски и практични проблеми стварања и примене радног и социјалног права (Србија и ЕУ) 79
Др Снежана С. Бркић, редовни професор
Ново кривично процесно право Србије – теоријски и практични проблеми 83
Др Сања В. Ђајић, редовни професор
Улога међународног правосуђа у решавању спорова 87
Др Горан Б. Милошевић, редовни професор
Пореска обавеза – настанак и доспелост 89
Др Маја Д. Сич, ванредни професор
Bona fides, aequitas и utilitas publica 91
Др Татјана Д. Бугарски, ванредни професор
Процесне радње доказивања у кривичном поступку 95
Др Драгиша С. Дракић, ванредни професор
Теоријски и практични кривичноправни проблеми – одабране теме 99
Др Бранислав Р. Ристивојевић, ванредни професор
Преузимање норми кривичноправног карактера права ЕУ у правни поредак Републике Србије 103
Др Слободан П. Орловић, ванредни професор
Организација власти ЕУ и Републике Србије – извршна, законодавна и судска власт – сличности и разлике 107
Др Бојан Л. Пајтић, ванредни професор
Грађанскоправни институти у српском и европским правима – стварање и примена 109
Др Гордана М. Дракић, ванредни професор
Стварање и примена права у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (Краљевини Југославији) – теоријски и практични проблеми 113

Др Зоран Ј. Лончар, ванредни професор
Стварање и примена права Европске уније у области државне, покрајинске и локалне управе 117

Др Наташа Љ. Деретић, доцент
Историјска компонента *crimen repetundae* – кривичног дела примања мита, незаконите наплате и злоупотребе службеног положаја 121

Др Маша М. Кулаузов, доцент
Јужнословенске породичне задруге у светлу промена друштвено-економских и привредних прилика у XIX веку 125

Др Јелена Ђ. Видић Трнинић, доцент
Закон као правни основ позивања на наслеђивање у праву Србије, европских земаља и Европској унији 129

Др Владимир Ж. Марјански, доцент
Правно регулисање тржишта капитала код нас и у праву ЕУ 133

Др Светозар М. Чиплић, доцент
Вертикална организација власти 137

Др Драгутин С. Аврамовић, доцент
Стварање и примена права – могући изазови савремене правне државе 141

Др Драгана М. Ђорић, доцент
Општа и примењена етика – путеви и странпутице посебне врсте друштвених правила (ЕУ и Србија) 145

Др Александар Л. Мартиновић, доцент
Теоријски и практични проблеми стварања и примене права у управноправној области – одабране теме 149

Др Сања М. Радовановић, доцент
Теоријски и практични проблеми стварања и примене права интелектуалне својине (ЕУ и Србија) 153

Др Петар М. Ђундић, доцент
Међународно приватно право и заштита страних улагања 157

Др Сандра С. Фишер Шобот, доцент
Уговор о међународној продаји робе 161

Др Атила И. Дудаш, доцент
Правна релевантност каузе уговора у домаћем праву 165

Др Бојан Н. Тубић, доцент
Правила међународног права која се примењују на одређивање међудржавних граница 169

Др Марко С. Кнежевић, асистент са докторатом
Теоријски и практични проблеми у стварању и примени грађанског процесног права 173

Др Цвјетана М. Цвјетковић, асистент са докторатом
Супротстављање пореској евазији и штетној пореској конкуренцији у Европској унији 177

Милана М. Писарић, асистент
Откривање и доказивање компјутерског криминала 181
Наташа Н. Рајић, асистент
Теоријски и практични проблеми стварања и примене права у уставноправној области – одабране теме 185
Сандра О. Самарџић, асистент
Савремене тенденције у упоредном и домаћем породичном праву 189
Стефан С. Самарџић, асистент
Савремене тенденције у упоредном и домаћем кривичном материјалном праву 193
Урош Н. Станковић, асистент
Необјављени нацрти законика у Србији у првој половини XIX века 197
Лука О. Батуран, асистент
Креирање правног оквира ради ефикасног коришћења пољопривредног земљишта 199
Иван Д. Милић, асистент
Проблеми стварања и примене казненог извршног права 203
Ратко С. Радошевић, асистент
Судска контрола управе 207
Ненад П. Радивојевић, асистент
Теоријски и практични проблеми контроле полиције и служби безбедности у Републици Србији 211
Илија Д. Јованов, асистент
Улога и значај државе у стварању и примени права 215

ПРЕДГОВОР

На Правном факултету у Новом Саду одржан је 11. јануара 2016. године научни скуп на тему „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“. Циљ конференције био је верификација резултата петогодишњег рада на истоименом пројекту. Сажети резултати излагања налазе се у овом Зборнику.

Интегративни процеси у Европи који се одвијају последњих деценија, проузроковали су велике промене у правном систему. Све већи утицај комунитарног права Европске уније на домаће право повећао је потребу његовог познавања. Ово је уједно и довело до прилагођавања домаћег права праву ЕУ, како у поступку стварања права тако и у поступку примене.

На научном скупу су разматрани бројни правни проблеми из различитих научних углова. Предлози садржани у објављеним и саопштеним радовима биће од користи како субјектима који стварају право, тако и онима који право примењују, тумаче или изучавају.

Руководилац пројекта
проф. др Драган Милков

316.3:342.5(497.11)“18“

Др Срђан Н. Шаркић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Sarkic@pf.uns.ac.rs

РУСКИ ПРОЈЕКТИ ДРЖАВНОГ УРЕЂЕЊА СРБИЈЕ У ВРЕМЕ ПРВОГ УСТАНКА

Сажетак: У протеклом, петогодишњем периоду испитиване су историјскоправне теме посвећене проблемима стварања и примене права у Србији. Као резултат истраживања објављено је пет расправа у *Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду*. Два рада односе се на средњовековну правну прошлост Србије, док су три посвећена уставно-правним проблемима с почетка XIX века.

Прва расправа под насловом „Градско становништво у средњовековној Србији“ (Зборник XLV/2, 2011, стр. 17-27) испитује правни положај градског становништва, које у средњовековној Србији није представљало аутономан сталеж, заступљен у сталешким скупштинама (*tiers état*), као што је то био случај са западноевропским феудалним монархијама. Разликовали су се градови у унутрашњости Србије, приморски градови и градови освојени од Византије, чији правни статус није био идентичан. Најширу аутономију имали су приморски градови (кнез, градски магистрати, самостално судство), а међу њима посебно место заузимао је Котор. Иако грађанство није представљало аутономан, трећи сталеж у Србији, *Душанов законик* поклања посебну пажњу градовима као управним, војним и привредним центрима.

Друга расправа под насловом „Владарске титуле у средњовековној Србији“ (Зборник LXVI/2, 2012, стр. 23-35) расправља о различитим титулама које су носили владаоци у средњовековној Србији. У периоду до XI века о титулама се мало зна, углавном на основу података византијских писаца, који за стране владаре користе израз архонт (**ἄρχων**), наслеђен из антике. Од XI, а посебно у XII веку, устаљује се титула велики жупан, која улази у редовну употребу од почетка владавине Стефана Немање. Касније титуле – краљ (од 1217-1346), цар (1346-1371), кнез (1371-1402) и деспот (1402-1459, односно 1537. за српску властелу из Јужне Угарске), добро су познате на основу изворних података.

У владарској интитулацији редовно се помињу и територије којима је српски монарх владао. То су пре свега „српске земље“, затим Зета, „Примор-

је“, „Подунавље“, део грчких земања и такозвана „Романија“ („римска земља“, односно територије одузете од Византије). Територијална формула је била променљива, у зависности од ширења или смањивања државне територије, али је она понекад показивала и претензије ка одређеним земљама. За сваку тврдњу пронађени су одговарајући подаци у историјским изворима.

Под насловом „Руски пројекти државног уређења устаничке Србије (1804-1813)“ расправља се, у три посебна текста, о руским покушајима уставног уређења Србије за време Првог устанка. Пошто односи између Карађорђа и најистакнутијих старешина нису били регулисани никаквим правним актом, сукоби су били чести. Да би то питање решили, руски представници у Србији су у два наврата покушавали да донесу неке документе којима би се организација власти ставила у, какве-такве, правне оквире. Први такав покушај, под насловом „Такозвана *Паулучијева конвенција“* предмет је прве расправе (Зборник XLVII/2, 2013, стр. 25-37). На самом почетку рада дају се основни подаци о маркизу Паулучију, италијанском официру у руској служби, који је у Србију стигао 18. јуна 1807. У логору код Неготина састао се са Карађорђем и још неколико старешина (28. јуна 1807) и са њима углавио такозвану „конвенцију“, којом је Србија требало да постане нека врста руске губерније, што Карађорђу није одговарало, те је одбио да стави печат на тај документ. У раду је дат сам текст конвенције, писане неком чудном мешавином славјаносербског и руског језика, и изнета различита мишљења руских, совјетских и српских историчара о карактеру овог документа.

Други део рада под насловом „Родофиникинов пројекат“ (Зборник XLVIII/2, 2014, стр. 25-37) говори о другом руском покушају уставног уређења Србије за време Првог устанка. Аутор овог пројекта био је Константин Константинович Родофиникин, фанариотски Грк у руској служби, који је као руски посланик боравио у Србији од 2. августа 1807. до 15. августа 1809. Одмах након свог доласка у Србију Родофиникин је представио Карађорђу и устаничким старешинама пројекат уставног уређења назван *Основаније Правитељства Сербскаго.* Према овом нацрту Србијом би управљао *Правитељствујушчи Сенат Сербски,* састављен од три неравноправне категорије сенатора, под председништвом Карађорђа, који би у Сенату имао три гласа. У тексту је дат и целокупан текст овог документа у оригиналу.

На почетку рада говори се о личности Родофиникина и његовим везама са грчким Фанариотима. Потом се излаже сама садржина уставног акта и објашњавају разлози зашто он никад није ступио на снагу и шта су заправо биле Родофиникинове намере (стварање једног олигархијског тела, оданог Русији и ограничење Карађорђеве моћи). Овај акт никад није ступио на снагу јер га руски цар Александар I није одобрио.

Трећа расправа под насловом „Савети кнеза Прозоровског“ (Зборник XLIX/2, 2015, стр. 417-430) подељена је у два дела. Први део рада посвећен је анализи садржине писма кога је 13. маја 1808. године упутио Карађорђу кнез Александар Александрович Прозоровски (1732-1809), руски фелдмаршал и врховни заповедник *Дунавске армије* (назив за руску војску која је оперисала у Влашкој и Молдавији). Имајући у виду примирје настало потписивањем мировног уговора у Тилзиту (7. јули 1807) између Наполеона Бонапарте и руског цара Александра I, кнез Прозоровски саветује Карађорђа како да осигура личну и имовинску безбедност хришћанског становништва у ослобођеним српским крајевима.

Други део рада посвећен је кореспонденцији коју су крајем 1808. године водили кнез Александар Прозоровски и Константин Родофиникин, руски представник у Србији, а која се односила на новонастале околности након потписивања такозване Ерфуртске конвенције (12. октобар 1808), између Наполеона Бонапарте и цара Александра I (текст конвенције дат је у раду у француском оригиналу и ауторовом преводу). Двојица руских државника разматрају какво би требало да буде државно и друштвено уређење устаничке Србије, након потписивања мировног уговора са Турском. Али, како су се политичке прилике измениле и примирје није закључено, њихови предлози и сугестије нису остварени.

341.222

Др Родољуб М. Етински, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Etinski@pf.uns.ac.rs

ПРИМЕНА НАЧЕЛА UTI POSSIDETIS У МЕЂУНАРОДНОЈ СУДСКОЈ ПРАКСИ

Сажетак: У оквиру наведеног пројекта истраживао сам тему: „*Примена начела uti possidetis у међународној судској пракси.*“ Начело *uti possidetis* развијено је у Латинској Америци у време њене деколонизације, дакле у првој половини XIX века, с циљем да се избегну ратови између деколонизованих земаља око граница. Суштина тог начела је била да се границе не мењају, дакле да административне границе које су постојале међу шпанским колонијама остају и даље, сада као међудржавне границе. Иако је настало у Латинској Америци, Међународни суд правде је нашао да то начело не припада једном регионалном међународно-правном систему, већ да има универзалну примену.

Начело је свакако служило циљу ради кога је прокламовано, дакле избегавању оружаних сукоба нових држава око граница. Ипак, оно није, нажалост, сасвим искључило оружане сукобе међу државама у вези са разграничењем, нити је искључило појаву спорова међу њима. Иако државе прихватају ово начело као опште правило међународног обичајног права, оне се често споре око тога куда се протезала административна граница међу њима док су биле колоније, или покрајне неке колоније. То, често, није лако утврдити, тим пре што су те границе успостављане деценијама или чак стотинама година пре стицања независности. Често постоји мноштво различитих докумената који указују на различите линије протезања административних граница. Понекад нема сагласности између правних докумената, којима су надлежне власти одредиле административну границу, и фактичког вршења власти, односно линије до које су органи једне колоније или колонијална покрајина вршили акте власти, тако да се на основу правних докумената административна граница протезала једном линијом, а на основу аката вршења власти другом линијом. Такође, спорно је било и питање значаја географских карата на којима је уцртана административна линија.

На ова и нека друга питања у вези са начелом *uti possidetis* одговорио је Међународни суд правде, решавајући граничне спорове. У више својих

пресуда Међународни суд правде је разматрао однос начела *uti possidetis juris* и ефективног вршења власти, односно *uti possidetis de facto*. У случају сукоба између правног документа, којим је надлежна власт одредила административну границу, дакле правног основа административне границе, и праксе вршења власти од стране органа колонија, односно провинција и локалних власти, предност има правни основ. Ако нема правног основа административне границе, дакле ако надлежна власт није неким правним документом одредила линију административне границе, тада се она одређује на основу ефективног вршења власти, дакле утврђује се линија до које су органи бивших колонија или федералних јединица вршиле акте власти. Поред овог случаја, ефективитет игра важну улогу и у случају када правни основ постоји, али није довољно јасан и прецизан да се на основу њега одреди административна граница, па ефективитет служи да се њиме утврди прецизна линија протезања административне, односно државне границе.

Када су у питању географске карте, Међународни суд правде сматра да географске карте, саме по себи и само на основу свог постојања, не чине територијални основ, то јест документ коме међународно право даје унутрашњу правну снагу ради установљања територијалних права. У неким случајевима мапе могу да имају такву правну снагу, али она не проистиче из њихове унутрашње суштине већ из воље државе или држава која је изражена путем тих мапа. То је, на пример, случај када су мапе придодате службеном тексту и чине његов интегрални део. Изузев у овом јасно дефинисаном случају, мапе су спољашњи доказни материјал различите поузданости који може да се користи заједно са другим посредним доказима (of a circumstantial kind) ради установљања или реконституције стварних чињеница.

Међународни суд је размтрао, поред осталих питања, и питање односа „природних граница“ и начела *uti possidetis juris*. У спору између Ел Салвадора и Хондураса Међународни суд каже да се он не ослања на концепт „природних граница,“ већ на претпоставку на којој се заснива разграничење на којој делује *uti possidetis juris*. (a presumption underlying the boundaries on which the ***uti possidetis juris*** operates) Јер, разматрања те врсте су фактор разграничења присутно је свуда и вероватно је да је то био фактор о коме су водили рачуна они који су одређивали колонијалне границе, те га Међународни суд узима у обзир у сумњивим случајевима.

Међународни суд ослања се и на устаљену и провлађујућу праксу држава у погледу повлачења државних граница, као на могућу допуну начела *uti possidetis juris* у случају када ефективитет не даје одговор. У спору између Бенина и Нигера Међународни суд правде применом начела *uti possidetis juris* констатује да се граница налази на реци Мекру, али на осно-

ву тог начела, као и ефективитета, он не може да утврди где се она налази тачно на тој реци. Позвавши се на свој налаз у предмету *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, а према коме „Уговори и конвенције који одређују границе на воденим токовима данас обично упућују на *thalweg* као границу ако је водени ток плован и на средњу линију између две обале, ако није, иако се не може рећи да је пракса потпуно конзистентна“ Међународни суд одређује средњу линију те реке као границу.

Међународни суд је праксом примене начела uti possidetis *дао велики допринос тумачењу тог начела.*

347.725(497.11)

Др Зоран В. Арсић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Z.Arsic@pf.uns.ac.rs

ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ АКЦИОНАРСКИХ ДРУШТАВА

Сажетак: Даном утврђивања акционара се установљава апсолутна претпоставка према којој друштво као акционара, у сврху одвијања скупштине, сматра лице које је на одређени дан регистровано у Централном регистру као акционар. Ова претпоставка важи у погледу одржавања скупштине што укључује и право гласа. Друга права акционара нису везана за дан акционара – када је на пр. дивиденда у питању од значаја је дан дивиденде.

У погледу сазивања скупштине треба разликовати доношење одлуке о сазивању скупштине од самог сазивања. Када је правна природа обавештавања, односно, сазивања скупштине у питању, треба имати у виду да се ради о поступању унутар друштва, које нема карактер правног посла. Начелно, скупштина се сазива ради доношења одговарајућих одлука. Ово зато што се ради о органу друштва на којем се, путем доношења одлука, формира воља друштва у погледу питања из надлежности органа. Само изузетно допуштене су тзв. консултативне скупштине, односно скупштине на којима се не доносе одлуке.

Регулатива сазивања скупштине акционарског друштва из Закона о привредним друштвима из 2011 год. показује да је усвојена концепција заснована на два паралелна система сазивања. Први је заснован на класичном папирном сазивању скупштине – индивидуални позив препорученом поштом, јавни позив објављивањем у дневним новинама и преузимање материјала лично или преко пуномоћника у седишту друштва. Други систем обухвата примену електронских комуникација – индивидуални позив е-маил-ом, јавни позив објављивањем на интернет страници и преузимање материјала са интернет странице друштва.

У литератури се поставља се питање карактера законске норме којом се предвиђа једнак третман акционара. С тим у вези указује се да она има разјашњавајући карактер и да, као таква, доприноси транспарентности правног поретка. По својој суштини она је, према овом схватању, сувишна. Ово, тим пре, што је принцип једнаког третмана, независно од закона, опште прихваћен у доктрини и судској пракси. Формулација норме чл.269 не

указује на њеног адресата, што није изузетак у упоредном праву. У литератури се указује да је, на основу системског тумачења закона, адресат друштво и органи унутар друштва, пре свега скупштина и органи који доносе пословодне одлуке – одбор директора, односно извршни одбор. Према формулацији норме једнак третман постоји ``под једнаком околностима``. То је разлог због којег се говори, не о апсолутном, већ о релативном једнаком третману. Принцип једнаког третмана на утиче на постојање различитих права из различитих класа акција. С тим у вези указује се да се, строго узевши, супротно тексту норме, једнак третман односи на акције, а не на акционаре.

Откупилац, у поступку принудног откупа акција, је физичко или правно лице, које испуњава законом утврђени цензус. У домаћем, праву цензус испуњава лице које има акције које представљају најмање 90% основног капитала друштва и који има најмање 90% гласова свих акционара који поседују обичне акције. Цензус, дакле, обухвата капиталску и управљачку компоненту. Акције које поседују лица повезана са откупиоцем сматрају се акцијама које има откупилац, под условом да су та лица повезана са откупиоцем у периоду од најмање годину дана пре доношења одлуке о принудном откупу. С тим у вези поставља се питање коме је могуће извршити урачунавање и колико овлашћеника права на подношење предлога може бити. Према законској формулацији поступак принудног откупа акција усмерен је према ``преосталим акционарима''. Начелно принудни откуп се односи на све преостале акционаре – није могућ селективни принудни откуп, који би се односио само на неке од преосталих акционара. Појам преосталих акционара не обухвата оне акционара чије се акције урачунавају откупиоцу, односно акционаре који су повезана лица са откупиоцем, друштво по основу сопствених акција, као ни акционаре чије су акције заложене или су на други начин блокиране.

35(497.11+4)

Др Драган Л. Милков, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.milkov@pf.uns.ac.rs

ДРЖАВНА УПРАВА СРБИЈЕ И ЕВРОПСКО ОКРУЖЕЊЕ

Сажетак: Настанак Европске уније значио је стварање наднационалног права, али и одређених принципа и стандарда који су имали утицаја на право земаља чланица. Земље чланице Европске уније су морале да своје национално право прилагоде заједничком праву, односно правним тековинама Европске уније. „Људи који се баве управом, као и људи који раде у управи, треба да се навикну на чињеницу да ЕУ право (прецизније речено acquis communautaire) постепено „осваја“ управно право држава чланица“. У том смислу, настали су и прописи који се тичу државне управе, али су и формулисани одређени принципи добре управе.

Земље кандидати за пријем у Европску унију имају обавезу да своје прописе ускладе са прописима Уније пре него што формално постану пуноправни чланови. Усаглашеност домаћих прописа са правним тековинама Европске уније (Acquis communautaire) је битан предуслов, између осталог, за учлањење у Европску унију. У том смислу, читав низ различитих прописа је у свим земљама кандидатима мењан и допуњаван, како би ти општи правни акти били у складу са прописима Европске уније.

Република Србија је 2014. године формално постала кандидат за чланство у Европској унији и као таква има пред собом читав низ задатака и послова. Биће неопходно да се бројни постојећи прописи измене и допуне, али и да се донесу неки нови прописи који у овом тренутку недостају у Србији.

Посматрајући овакав статус Републике Србије, поставља се питање у којој мери се потреба за усклађивањем са прописима Европске уније односи, с једне стране на материјално-правне и организационе прописе, а са друге стране и на постојећи Закон о општем управном поступку.

Сваки правни систем има своје порекло, традицију и одређене специфичности. Током времена поједине институције су изграђиване и прилагођаване потребама одређене земље.

Српски управни систем је формиран под великим утицајем две европске правне школе, а то су француска и германска. Наиме, бројна решења која се тичу државне управе у Србији су конципирана по моделу који је од

раније постојао у Француској, односно у Аустрији и Немачкој. При томе, на теоријском нивоу, српска управна доктрина је била под већим утицајем француских правних теоретичара, али је на практичном нивоу обрнуто. Нормативна решења присутна у Србији имају у највећој мери своје порекло из Аустрије и Немачке. То се односи како на организационе аспекте, тако и на процесне.

Организација и структура државне управе Србије заснивају се на германској традицији, при чему је тој структури прилагођена и терминологија. Но, последњих десетак година, пре свега под утицајем различитих међународних тела и њихових бирократских представника у Србији, долази до бројних и не увек позитивних промена. Стварају се нови облици органа управе, ранија терминологија мења и уводе нови субјекти недефинисаног статуса. Међу такве, несумњиво спадају агенције.

Након промена у политичком систему Србије, које су се одвијале након промене власти 2000. године, спољни утицај на правни систем Србије постаје доминантно англосаксонски. У том контексту, у српском правном систему се појављују нове институције, које су до тада биле непознате. Међу њима, налазе се и јавне агенције, чија природа је недовољно одређена, а такви су им и положај и улога. С друге стране, основано се може поставити и питање потребе креирања новог организационог облика државне управе у Србији.

Србија је, у оквиру некадашње Југославије, кодификовала управни поступак још 1930. године и то под непосредним утицајем аустријског Закона о општем управном поступку. Тај пропис је рађен по узору на аустријски Закон о општем управном поступку из 1925. године и више пута је мењан и допуњаван. Управна пракса и управна теорија нису до сада констатовали било какве озбиљније проблеме у примени овог прописа.

Као земља кандидат за чланство у Европској унији, Србија има обавезу да своје прописе усклади са Тековинама Европске уније (Acquis communautaire), међутим, прописи о управном поступку ту нису обухваћени. У погледу правила о поступању државне управе, земље чланице Европске уније уживају слободу и у том погледу у пракси постоје значајне разлике. С једне стране, постоје државе чланице Европске уније које немају закон о управном поступку, а са друге стране, и оне земље које имају овакав пропис, немају често никаквих додирних тачака једна са другом. Изузетак представљају оне земље које су свој управни поступак кодификовале по аустријском моделу.

Република Србија треба да модернизује свој управни поступак, али то не значи напуштање постојећег вишегодишње провереног концепта. Потреба за модернизацијом подразумева одређене измене и допуне постојећег Закона, које би допринеле квалитету овог, иначе веома доброг, прописа.

349.2(497.11)

Др Предраг П. Јовановић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Jovanovic@pf.uns.ac.rs

АКТУЕЛНЕ ПОТРЕБЕ ДАЉЕГ РАЗВОЈА РАДНОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ

Сажетак: У протеклом петогодишњем периоду (2011. – 2015. година) обрађиване су актуелне теме из сфере индивидуалног и колективног радног права, а из угла потреба стварања и примене права у Србији у духу стандарда међународног и европског права. То су биле теме како даље следи.

Рад у 2011. години – «Морални интегритет запослених и његов радноправни оквир», објављен у Зборнику реферата са саветовања «Социјална права и европске интеграције одржаном на Златибору од 5. – 8. октобра 2011. године, у организацији и издању Удружења за радно право и социјално осигурање Србије. У раду је указано на чињеницу да се у Србији, у последње време, са правом, све више издваја и правно нормира питање моралног интегритета запослених и његове заштите. То је у духу тенденција које постоје у међународном и европском радном праву. Јер, у радном односу је човек са свим својим хуманим, моралним и етичким потребама и особинама, које такође треба адекватно заштитити. У нашем ранијем радном праву, акценат је стављан на заштити телесног интегритета, од штетног дејства услова рада (од повреда, болести). Притом указано је у раду на одређена решења која су већ потврђена у упоредној и европској пракси, али та решења су коришћена и у непосредној изради појединих законских аката (нпр.Закона о забрани злостављања на раду). Поред тога, закључак је да простора за даљу доградњу прописа у овој области има и у сферама које се тичу, забране дискриминације и афирмативних мера (тзв. позитивне дискриминације) код појединих категорија запослених, нарочито младих инвалида, јер су ове категорије потенцијално најрањивије у погледу аката дискриминације, етичких кодекса на раду и у вези са радом, заштите личних података запослених, заштите од злоупотреба права итд.

У 2012. години рад на пројекту био је везан за тему «Актуелне потребе даљег развоја радног законодавства Србије», а који је објављен у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр.3/2012. године. Сем потреба на које је указано у даљем развоју радног законодавства Србије, по

темама издвојеним у прошлогодишњем раду на пројекту (у 2011. години), овде се уочавају и издвајају још и потребе које произилазе из области колективног радног права. Примећено је да су ове потребе још јаче наглашене, те да вероватно заслужују и приоритетну законодавну радноправну обраду. Ово због тога, јер ради се, заправо, о потребама јачања тзв. индустријске демократије (која у многоме заостаје за политичком демократијом), а она је правно утемељена управо на колективним правима запослених и послодаваца, као што су право синдикалног удруживања и деловања, право колективног преговарања, право саодлучивања – радничке партиципације у доношењу одлука поводом радничких и послодавачких односа. У питању су односи које успостављају радничке и послодавачке организације међусобно, али и односи између њих, са једне стране, и државе са друге стране. Другим речима, ради се о потреби јачања индустријске демократије кроз доградњу радног законодавства у сфери колективних права запослених и послодаваца. Чињеница је да слаби синдикални покрет у Србији, социјални дијалог, колективно преговарање о условима рада, партиципација запослених у управљању, те у тим оквирима треба тражити решења за даљи развој радног законодавства, како би се ти оквири нормативно ојачали и обезбедили правну платформу за заустављање наведених негативних тенденција. Оријентир за даљу доградњу су међународни стандарди садржани у докуметима МОР-а, и оним које смо ратификовали и оним које нисмо. Овај оријентир смо издвојили, јер сматрамо да је МОР дала највећи допринос изградњи колективних радних права, од свих осталих међународних и регионалних међудржавних организација.

Тема рада у 2013. години на пројекту била је «Интересна обележја радних односа», а рад је објављен у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр.4/2013. година. Чињеница је да социјални мир и стабилност значајан допринос дају политичком миру и стабилности. О овој чињеници посебно треба водити рачуна у условима транзиције, у којима смо били и још увек јесмо. Социјални мир и стабилност зависе од интересних позиција и степена њиховог обезбеђења запослених, послодаваца и њихових струковних организација (које уједно представљају и најважније актере тржишта рада и капитала). Заправо, за радни однос је карактеристичан јак (егзистенцијални) интересни сукоб запосленог и послодавца. Зато радни однос мора представљати правни израз интересне равнотеже његових субјеката, како би био стабилан и имао перспективу. Другим речима, у радном односу постоји реципрочност права и обавеза његових субјеката. Ипак, послодавац је јача страна и правно и фактички. Посебни и најважнији задатак радног права и законодавства је да ту правну и фактичку неједнакост запосленог и послодавца ублажи у мери која је неопходна да би се, обезбедила социјална стабилност запослења, али и самог послодавца и

друштва у целини. У том смислу у радни однос се уграђују одговарајући лимити послодавчеве власти.

Рад у 2014. години настављен је на, у претходним годинама, покренутим и отвореним питањима у вези колективних права запослених, а сада у светлу актуелних промена у радном законодавству Србије из 2014. године. Под садржински истоветним насловом рад је објављен у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр.4/2014. години. Закључак је да актуелним изменама и допунама радног законодавства из 2014. године нису извршене квалитативне промене у сфери колективних права запослених, односно поводом синдикалних слобода и права, колективног преговарања и партиципације запослених у одлучивању. Простора за то је било на темељу међународних конвенција рада, како оних које смо ратификовали, тако и оних које нисмо ратификовали али које нуде ваљане правце за промене у сфери наведених права. То нарочито важи за сферу колективног преговарања, а у којој данас има много отворених питања која резултирају чињеницом да је то преговарање у дубокој кризи, тј. да колективни уговори о раду све више изостају из правног поретка, као најважнији аутономни акти регулисања радних односа. У раду се нуде и могућа решења за превазилажење наведене кризе. Најпре би било да се избегне, кад год је то могуће, супституција колективног уговора о раду општим актом послодавца (хетерономним актом послодавца – правилнуиком о раду). Та могућност коју има послодавац, у вршењу своје нормативне власти, кочи колективно преговарање, а тиме води све мањем присуству колективних уговора о раду у радноправном поретку, што је супротно прокламованим тенденцијама у области социјалне политике.

Коначно у 2015. години, рад на пројекту био је повезан са једним од најзначајнијих питања из сфере индивидуалног радног права – посебном радноправном заштитом појединих категорија радника (жена, младих и инвалида). Истоимени рад биће објављен у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр.4/2015. године. Запослене жене, омладина и инвалиди уживају посебну заштиту на раду. Та заштита је предвиђена у правним документима међународног, европског и нашег радног права.

Заштита жена обезбеђује се из три разлога: из разлога потребе еманципације жена и њиховог изједначавања у свим правима са мушкарцима; из разлога заштите с обзиром на физичку конституцију жене; из разлога заштите жене с обзиром на њену улогу у биолошкој репродукцији становништва (поводом трудноће, рађања и материнства).

Омладина ужива заштиту с обзиром на њихову млађу животну доб и томе адекватну психофизичку и менталну зрелост. Ради се, углавном, о деци и омладини испод 18 година, јер је доња старосна граница за заснивање радног односа 15 година живота. У питању су малолетна лица која могу

бити изложена штетном дејству услова рада и код којих одређени опаснији и тежи послови могу оставити тешке и погубне последице по њихов развој, нарочито у сфери образовања. Отуда, постоји универзални стандард (и у свету и код нас) да се деца не могу запошљавати пре 15. године живота, јер се у тим годинама, углавном, завршава основно, елементарно, обавезно школовање.

Инвалиди су лица са умањеном радном способношћу, те су њихови изгледи да нађу одговарајуће запослење и да то запослење сачувају знатно умањени, у односу на друга лица. Дакле, разлози њихове посебне заштите леже у потреби да се доведу у положај једнаких шанси са другима, у остваривању њихових социјално-економских права на раду и у вези са радом. Закључак је да, управо, код ове категорије запослених изостаје адекватна радноправна заштита, у духу одређених стандарда из међународног и европског права. Најважнији недостатак у тој заштити, јесте могућност, по важећем праву, да се инвалид рада прогласи вишком запослених и да му као таквом престане радни однос. Супротно томе, у духу међународних и европских стандарда, требало би прописима до максимума стимулисати послодавце да не проглашавају инвалиде вишком запослених, већ да их задрже на послу путем одговарајућих мера (не по сваку цену), до економски прихватљивих (исплативих) граница за послодавца. Наши прописи дозвољавају послодавцу да инвалида отпусти као вишак, без обзира на економску оправданост (прихватљивост или неприхватљивост) таквог поступка.

340.12

Др Гордана Р. Вукадиновић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Vukadinovic@pf.uns.ac.rs

ОБЛИЦИ СТВАРАЊА И ПРИМЕНА АУТОНОМНОГ ПРАВА

Сажетак: У првој години рада на пројекту обрађен је појам аутономног права. Аутор полази од чињенице да данас нема једног опште прихваћеног значења израза право из чега проистичу бројни неспоразуми и различите дефиниције. Проблем постаје још сложенији ако се изразу право дода атрибут аутономно. Тако постоје многобројне школе, теорије, и дефиниције аутономног права као на пример, друштвено, живо, интуитивно, док се у пракси јављају разноврсни облици аутономног права, обичајно, црквено, статутарно право итд. У раду се анализирају три групе схватања о појму аутономног права: монистичко, плуралистичко и тзв. етатистички плурализам. Аутор закључује да су монистичка схватања нетачна, као и схватања правног плурализма уколико сво право своде на друштвено, или када предност дају друштвеном над државним правом. Прихватљиво је компромисно гледиште, као и Гурвичева дефиниција друштвеног права. (Рад је публикован под називом „О појму аутономног права“, у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, XLV, 3/2011, Том I, стр. 163-173.)

У другој години рада на пројекту, обрађене су врсте аутономног права и схватања правног плурализма. Као што нема општеприхваћеног значења права тако још увек не постоји сасвим јасно и одређено значење термина аутономно право. Велики интерес за аутономно право јавља се у пракси, као и у теорији, социологији и антропологији права. Том термину придаје се пет главних значења: аутономно право као теоријски појам, подсистем права, извор права, право рада и као аутономно право идентитета. Када је у питању аутономно право као теоријски појам, он је тесно повезан са схватањем правног плурализма. У раду се прати развој схватања правног плурализма од Дигиа, Ерлиха, Петражицког, Гурвича преко Евана, Љуелина, Хобела до Вандерлиндена и Жан-Ги Белеја. Рад завршава са „новим правним плурализмом“ који тежи да постане једино исправно учење. (Рад је публикован под називом „Врсте аутономног права и схватања правног плурализма“, у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, XLVI, 4/2012, стр. 45-55.)

У трећој години рада на пројекту, аутор разматра стварање аутономног права. С обзиром на велики интерес за аутономно право који се јавља у теорији, социологији и антропологији права, као и у правној пракси. Постојали су и постоје многобројни посебни облици аутономног права, од обичајног, црквеног, статуарног, градског и земаљског, еснафског (цеховског) и права гилди, аутономног права рада, трговачког, до међународног права. Поред тога, у теорији права познате су многобројне врсте аутономног права у виду: друштвеног, интуитивног, живог, права интеграције итд. Као што нема општеприхваћеног значења израза право тако још увек не постоји сасвим јасно и одређено значење термина аутономно право. Поред термина аутономно право, аутор закључује да је у последње време све чешће у употреби термин меко право (soft law). (Рад је публикован под називом „Стварање аутономног права“, у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, XLVII, 4/2013, стр. 35-44.)

У последњој години рада на пројекту, некадашњи докторанд професора Радомира Д. Лукића излаже његово схватање објективног права, с обзиром да се ради о несумњиво најзначајнијем теоретичару XX века. У изузетно богатом, слојевитом и разноврсном опусу професора Радомира Д. Лукића који броји око 1000 научних и стручних радова, феномен права је разматран са свих битних страна. Кључни елементи Лукићевог филозофског учења, од докторског рада до *Систе̄ма филозофије пра̄ва* су подела света на искуствени и надискуствени свет и сагласно томе и подела на позитивно и објективно право. Лукићево објективно право чине објективни каузални закони преобраћени у правне норме. Објективно и позитивно право су два лица једне исте суштинске ствари – воље владајуће класе, тј. класног састава друштва. Класно друштво мора да ствара позитивно право и да се труди да оно буде што ближе објективном праву и чак и да се поклопи са њим у идеалном случају како би се омогућило сапостојање што већег броја људи у њиховом достојанству. Објективно право представља идеал, вечну и узвишену тежњу ка савршеној хуманости. (Рад је предат за штампу под називом „Схватање професора др Радомира Д. Лукића о објективном праву“, у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4 за 2014. годину).

347.74:341]:340.137

Др Душанка Ј. Ђурђев, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Djurdjev@pf.uns.ac.rs

УНИФИКАЦИЈА ПРАВИЛА МЕЂУНАРОДНИХ ТРГОВИНСКИХ УГОВОРА

Сажетак: Процеси унификације и хармонизације трговинског права су услов лакшег и сигурнијег обављања међународних пословних односа. Резултати ових поступака су конкретни извори међународног пословног права, који се могу сврставати по различитим критеријумима.

Без обзира на то који се критеријум узима, чињеница је да постоје национални извори, који имају много мању улогу у регулисању међународних пословних односа, док су далеко значајнији међународни извори, који се најчешће јављају у форми међународних конвенција, затим аутономни извори (који такође могу да имају међународни али и национални карактер) као и право ЕУ. У новије време јављају се soft law извори који су међународног карактера, мада ређе могу бити и националног.

Стварање меког права је настало из потребе да се односи у трговини регулишу и у случајевима када то није могуће класичним инструментима унификације, нарочито међународним конвенцијама. Њихов поступак доношења, који је дуг, због потребе да се ускладе различити правни системи и различити интереси субјеката који их доносе, и последично њихов компромисни карактер који доводи до тога да један број одредаба међународних конвенција нису јасно дефинисани и стварају тешкоће у примени, дакле сви ти разлози су створили простор за појаву soft law. Као значајан метод хармонизације трговачког права извори тзв. меког права (soft law) најчешће су изражени у принципима и начелима, модел законима, препорукама, мишљењима, смерницама, кодексима понашања, резолуцијама итд. Стварању меког права су посебно допринеле тзв. агенције за формулисање (formulating agencies) као што су UNCITRAL, UNIDROIT и Међународна трговинска комора у Паризу чија су правила, иако необавезујућа утицала на формирање тзв. кодификованих правила као што су Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве, банкарске гаранције на први позив и уговорне гаранције, INCOTERMS правила као и женевски типски уговори и општи услови пословања. Посебан је значај појединих органа ЕУ, нарочито Европске комисије, који су такође допринели доношењу ових правила.

Меко право је настало у међународном праву средином седамдесетих година XX века, а пуну експанзију је доживело у задњој деценији XX века доношењем Начела европског уговорног права 1995. и Начела UNIDROIT за међународне трговинске уговоре 1994. године. Мада извори soft law постоје и примењују се у међународним односима, остаје спорно шта је то правно у њиховој садржини што их може одредити као извор права.

Тешкоће приликом дефинисања овог појма, настају приликом објашњавања карактеристика soft law. Размимоилажења се крећу око два питања, које су границе меког и тврдог права и шта све обухвата конкретно меко право.

Аутори који се баве овом проблематиком наводе да се ради о правно необавезујућим правилима, што прави разлику између soft law и hard law, при чему је hard law правно обавезујуће по међународном праву, али не праве разлику између меког права и неправних обавеза, односно не указују јасно шта је то правно код меког права, шта је то што даје правни елеменат овим изворима није потпуно неспорно у правној теорији и да ли је меко право уопште право. Иако правно необавезујуће, меко право не значи увек и стварну необавезност. Опомене, очекивања, условљавања су неки од инструмената притиска који утичу на примену soft law у националном праву. Отуда се у правној теорији говори о очвршћавању права, преношењем soft law са међународног на национални ниво, када soft law постаје део hard law, као што је случај код препорука које се имплементирају у национално право.

Меко право има посебну улогу у праву ЕУ. Поставља се питање где му је место у односу на класичну поделу извора права ЕУ, које су му карактеристике и у којим се областима најчешће јавља. Према класичној подели извора европског права на примарне и секундарне, два облика секундарних извора имају карактер soft law. Ради се о препорукама и мишљењима али и "други неименовани акти" могу имати карактер soft law. Ово нису једини извори који имају карактер меког права. Уобичајено је да се термин soft law односи на необавезујуће акте као што су стратегије, мишљења, препоруке, смернице, декларације органа ЕУ итд.

Предности меког права односно његова флексибилност у односу на класичне законске методе је учинило улогу soft law у праву ЕУ врло важном. Овај значај је приметан нарочито онда кад земље чланице ЕУ још нису спремне да се одрекну искључиве националне надлежности и прихвате надређеност Суда ЕУ у Луксембургу.

Пошто су међународне конвенције значајан метод унификације правила трговинског права, у пракси се поставило питање односа комунитарних прописа и међународних конвенција које је ратификовала ЕУ. Ово питање је добило практичне димензије ступањем на снагу Лисабонског уго-

вора из 2007., када је ЕУ стекла својство правног лица и способност да закључује међународне уговоре. Од тада је могућа примена националних прописа, међународних уговора које су закључиле само државе чланице ЕУ, секундарних комунитарних прописа, међународних уговора које је закључила само ЕУ са трећим државама или међународним организацијама и тзв. мешовитих уговора а то су међународни уговори које су закључиле с једне стране ЕУ и државе чланице и с друге стране треће државе или међународне организације. У области транспорта ЕУ има овлашћење да закључује међународне уговоре у свим питањима транспортног права у којима је овлашћена да интерно, у оквиру ЕУ, уређује те транспортне односе.

Ово питање узајмног односа међународне конвенције и комунитарних прописа постаје очито у области правног регулисања права путника и њихове заштите у ваздушном саобраћају, које је у ЕУ регулисано Монтреалском конвенцијом из 1999. коју је ЕУ ратификовала и тако укључила у комунитарно законодавство. Међутим, осим те заштите, комунитарним прописима и то пре свега уредбама, проширена су права корисника ваздушног саобраћаја. Чињеница да постоји међународна конвенција која се примењује на међународни ваздушни превоз али и на ваздушни превоз унутар држава чланица ЕУ, али и комунитарно право (Уредба) за исту врсту односа, а то су права путника, као и то да се садржински разликују у појединим питањима, довела је до тога да се постави питање да ли Монтреалска конвенција има ексклузивну примену? Осим тога, садржина Уредбе којом се регулишу права путника захтева додатна објашњења, јер има недовољно јасних одредаба и појмова који доводе до различитих тумачења. У одговору на ова питања посебно је значајна судска пракса Европског суда правде која није јединствена, али претежан је став да Монтреалска конвенција не искључује могућност примене уредбе (карактеристичан case 344/04).

347.91/.95(497.11)

Др Ранко И. Кеча, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Keca@pf.uns.ac.rs

УСАВРШАВАЊЕ СИСТЕМА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ У ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: У оквирима рада на пројекту објавио сам пет изворних научних радова. Рад „О основним начелима Закона о извршењу и обезбеђењу“ објављен је у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2012 (стр. 149 – 167). Рад: „О орочавању радњи суда у парничном поступку“ објављен је у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2012 године (стр. 107 – 120). Рад „О терету доказивања у парничном поступку“ објављен је у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр.3/2013. године (стр. 75 – 94). Рад „О алтернативном, факултативном овлашћењу туженог у српском парничном поступку“ објављен је у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр.4/2014. године (стр. 35 – 56). Рад „Парициони рок у српском парничном поступку“ објављен је коауторски са др Марком Кнежевићем у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр.1/2015. године (стр. 49 – 73).

У раду „Основна начела Закона о извршењу и обезбеђењу“ разматра се изузетно динамична законодавна активност која је у протеклом периоду имала за последицу честе промене регулатива које се односе на извршни поступак и поступак обезбеђења – пре свега узимајући у обзир начела поступка. Разматра се увођење неких нових процесних института непознатих раније важећем српском законодавству. Указује се на све снажније разлике које се испољавају у одређивању процесног положаја странака у поступку – фаворизовање процесне позиције извршног повериоца на штету извршног дужника. Пре свега путем могућности извршења на целокупној имовини извршног дужника која је праћена његовом обавезом да, по захтеву извршног повериоца, давањем изјаве о имовини омогући успешно остваривање извршења. Упоредо са наведеним се указује и на ново решење по којем је спровођење извршења могуће остварити не само ангажовањем судског него и путем такозваног „приватног извршитеља“. Идеја ефикаснијег остваривања правне заштите је добила значење основног разлога који је утицао на сва нова нормативна решења на шта се посебно указује у раду.

У раду „О орочавању радњи суда у парничном поступку“ разматрају се нова законска решења којим се у низу процесних ситуација прописују рокови за предузимање радњи које суд предузима у поступку. Ова решења нису била потпуно непозната у раније важећем парничном законодавству али су у њему имала готово занемарив значај.Ново парнично законодавство у низу процесних ситуација приступа орочавању радњи суда често одређивањем рокова које је веома тешко одржати у реалном правном животу. Уведена је и обавеза суда да одреди могуће трајање поступка одређивањем временског оквира за спровођење поступка. Непоштовање рокова прописаних за радње суда или временског оквира за спровођење поступка остаје процесно несанкционисано. Не доводи у питање судбину пресуде која је донета у поступку у којем суд није поштовао рокове одређене за предузимање одређених радњи или је парницу окончао по протеку одрговарајућег временског оквира. У оба случаја непоштовање одредаба које се тичу рокова за предузимање парничних радњи суда може престављати и преставља разлог за утврђивање дисциплинске одговорности судије. Ради се о решењима која су усвојена у циљу повећања ефикасности правне заштите и остваривања суђења у разумном року али само под условом постојања или стварања реалних предуслова за успешно функционисање судске власти. У супротном наведене одредбе ће само послужити остваривању још једног додатног притиска на судство и поступајуће судије а да при томе у ничему не доприносе ефикаснијем остваривању правне заштите.

У раду „О терету доказивања у парничном поступку“ разматрају се питања која се везују за ситуацију у којој суд на основу расположиве доказне и чињеничне грађе није у стању да формира један недвосмислен став о постојању чињеница битних за пресуђење спора. По доношењу Закона о парничном поступку од 2004. године све присутније партиципира идеја да терет утврђивања чињеничне основе судске одлуке треба у потпуности пренети на парничне странке укључујући и сношење ризика за случај ако та активност странака остане без резултата јер суд није у стању да формира став (уверење) о постојању чињеница које су предмет доказивања у поступку. Овом приступу је погодовала околност да је, упоредо са једним потпунијим формулисањем терета доказивања, у српском парничном законодавству дошло је до промене концепције расправног начела. Изостављене су и одредбе о дужности суда да у поступку утврде "материјалну" истину. Овим се питање терета доказивања пренето на један шири, општији план који се тиче улоге суда у утврђивању чињеничне грађе. Евидентно је да се не може оправдати један у потпуности конформистички однос судова према дужности расветљавања чињеничног стања потребног за одлучивање о спору. И даље се од њих мора очекивати да имају активан однос. Тек ако заједнички напор суда и странака остане без резултата тако да суд

није са сигурношћу убеђен у постојање чињенице која је представљала предмет доказивања постоји основ за примену одредаба о терету доказивања. И у овом случају суд мора објективизирати због чега о тој чињеници не може формирати одређени став. Мора дати јасно образложење због чега се одлучио за примену правила о терету доказивања. Овим се дакле не олакшава позиција суда нити се применом одредаба о терету доказивања ослобађа дужности да изврши оцену доказа и образложи због чега не може формирати став о постојању или непостојању чињенице која је била предмет доказивања. Ако доказивање није спроведено примена правила о терету доказивања се може оправдати једино идејом да би, у супратном, дошло до неприхватљивих резултата - ускраћивања правне заштите и фаворизовања странке која није учинила никакав напор у циљу доказивања својих чињеничних навода.

У раду „О алтернативном, факултативном овлашћењу туженог у српском парничном поступку“се разматра проблематика која се односи на алтернативно, факултативно овлашћење туженог. Постојећа концепција процесне fakultas alternativae која успостављена пре десетак година може се сматрати успешном јер проширује оквире диспозитивних овлашћења парничних странака. Могућност успостављања факултативног овлашћења се престаје везивати само за оне захтеве којима се тражи досуђење одређене ствари. Изјава се може дати поводом сваке неновчане чинидбе. Замена испуњења тих чинидби је је такође постављена знатно шире јер се више не односи само на исплату одређеног новчаног износа него обухвата могућност извршења неке друге чинидбе. Ипак, без посебног оправдања задржано је раније важеће решење по којем се успостављање процесне fakultas alternativae ограничава на првостепени поступак мада не постоје разлози који би говорили против могућности да се то учини и током поступка по жалби. У раду се разматра садржај извршне регулативе која се односи на поступак принудног извршења пресуде у којој је садржана процесна fakultas alternativa при чему се та решења значајно разликују од оних која су садржана у домену облигационог и парничног законодавства. Посебно у делу који се односи на одређивање граница до којих извршни дужник може добровољно испунити своју обавезу извршењем факултативне чинидбе. Решења извршног права се не могу сматрати успешним и реално ограничавају могућност да се досуђена чинидба замени неком другом и тако осујети потреба за вођењем поступка. Ствара погодан амбијент за злоупотребу процесних овлашћења на штету извршног дужника. Разматрају се и питања која се односе на обавезу суда да недвосмислено разјасни природу изјава које тужилац износи у тужби и касније током поступка јер те изјаве могу изгледати исто а имати сасвим различит процесни значај. Предаја ствари и или исплата одређеног новчаног износа може претпостављати разне видове кумула-

ције тужбених захтева али то може исто значити постављање једног захтева, оног за предају ствари или испуњења друге чинидбе и давање изјаве да се тужени може ослободити те обавезе плаћањем новчаног износа или неке друге чинидбе. Суд је дужан разјаснити о којем се виду кумулације ради укључујући заузимање једног сасвим јасног става о природи дате изјаве. Поред наведених у раду се обухватају и нека друга питања која се због њиховог мањег значаја посебно не спомињу.

У раду „Парициони рок у српском парничном поступку“ се разматра парициони рок – рок за испуњење захтева који одређује парнични суд у изреци кондемнаторне пресуде и чији протек представља услов за наступање извршности. Ради се о примарно материјалноправном року који има своје правнополитичко оправдање у виду обзира према туженом, коме се оставља додатни рок у којем треба да испуни захтев без бојазни да ће бити покренут поступак извршења. Он се одређује у пресудама у којима се налаже испуњење чинидбе. Износи 15 дана за новчане чинидбе, а за неновчане чинидбе је могуће да се одреди и дужи. У посебним поступцима постоје одступања од општег режима. Уколико се уопште не одреди, и пресуда постане правноснажна, он износи три дана и тече *ex lege*. Изузетно, парициони рок се може одредити и у пресудама у којима се налаже пропуштање или трпљење. У сваком случају рок се рачуна од доставе пресуде странци којој је наложено испуњење обавезе, с тим да улагање жалбе делује суспензивно у односу на његов протек. Правно средство за санирање грешака суда у погледу одређивања парицоног рока је жалба. Правни интерес имају обе странке у зависности од конкретне грешке суда, односно штетности по њихове позиције. Грешка суда представља погрешну примену материјалног права, па се сходно томе она санира или преиначењем пресуде, или укидањем, што зависи од постојања потребних чињеничних утврђења за одлуку о парицоном року.

Рад на пројекту показује да у низу питања, како оних која се могу разумети као израз одређених правнополитичких циљева за које се сматра да их је потребно остварити у оквирима правне заштите која се остварује у грађанском судском поступку, тако и оних која се односе на поједине процесне установе, постоје нејасноће а често и сасвим погрешан приступ. Из наведеног разлога није случајно да се готово као на покретној траци један закон замењује другим а да се тиме принцијијелно не доприноси остваривању правне заштите.

347.63(497.11)

Др Гордана Б. Ковачек Станић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.KovacekStanic@pf.uns.ac.rs

АКТУЕЛНА ПИТАЊА У САВРЕМЕНОМ ПОРОДИЧНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ, ЕВРОПСКИМ ЗЕМЉАМА И ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Сажетак: У оквиру теме истраживања *„Актуелна питања у савременом породичном праву Србије, европским земљама и Европској унији“* бавила сам се питањима породичног статуса детета, породичноправних односа родитеља и деце, овлашћења јавног бележника у брачним/партнерским односима, породичног насиља и прекида касне трудноће.

Када се ради о породичном статусу детета, развој медицине и биологије, с једне стране омогућује да правно и биолошко материнство и очинство у потпуности коинцидирају, јер медицинскобиолошке анализе, а првнствено анализа ДНК то омогућује. Са друге стране, управо развој биомедицине узрокује да правно и биолошко очинство у случајевима зачећа детета уз биомедицинску помоћ, ако је коришћен генетски материјал донора, буду у раскораку. Аутономија странака добија примат, јер се на основу воље странака одређује правни родитељски однос, док принцип материјалне истине потпуно губи на значају. Са друге стране, у судским поступцима утврђивања и оспоравања материнства и очинства суд је обавезан да утврди материјалну истину, која се може базирати на ДНК анализи или другим биолошким анализама. Може се рећи да је аутономија странака ограничена захтевом да се у овим случајевима материнство и очинство базира на биолошким чињеницама. Од доношења Породичног закона 2005. године дете има неорочено право да покрене ове поступке, што иде у прилог утврђивања материјалне истине о породичном статусу детета у било ком временском интервалу, а детету омогућава да изрази аутономију без временских ограничења. Анализа крви као доказно средство, нарочито ДНК анализа, омогућава утврђивање материјалне истине. Међутим, аутономија странке да одбије да се подвргне вештачењу доводи до тога да се материјална истина не може утврдити. У упоредном праву постоји могућност аутономије мајке у области утврђивања материнства која се огледа у дозвољености анонимног порођаја. Утврђивање брачног очинства на основу правне претпоставке *pater est,* омогућује странкама да и у случајевима

када биолошки отац није муж мајке, муж мајке остане правни отац. Мајка и њен муж не морају да покрену поступак оспоравања очинства, па ће тако на основу њихове воље, правно очинство бити различито од биолошког. Утврђивање ванбрачног очинства признањем омогућује страначку аутономију, с обзиром да ако мушкарац призна очинство, са којим се сагласи мајка (или друга овлашћена лица), надлежни орган нема овлашћење да утврђује материјалну истину, проверавањем изјава странака. У случајевима зачећа детета уз биомедицинску помоћ, ако је коришћен генетски материјал донора, биолошо и правно материнство и очинство ће се разликовати. Наиме, мајком детета сматра се жена која је дете родила, без обзира на чињеницу да је коришћена јајна ћелија донора. Тако је и са очинством. Муж мајке или ванбранчни партнер мајке, ако су се сагласили са донацијом сперме, сматраће се оцем детета зачетом туђим генетским материјалом. Када се ради о законодавствима која дозвољавају сурогат материнству, значај аутономије старнака је још очигледнији, јер се правном мајком сматра жена која није родила дете, а која не мора имати ни генетску везу са дететом, ако није оплођена њена јајна ћелија. У овим случајевима, на основу воље будућих родитеља, пара наручилаца, доноси се одлука којом они постају правни родитељи. У овом моменту није прихватљив став да дете може имати више лица која имају различите родитељске улоге (биолошки односно генетски родитељи, социјални односно правни родитељи), а што одговара стварном стању. На питање да ли ће породично право ићи у правцу прихватања чињенице да у неким случајевима постоји више од два лица која имају родитељске улоге и да ли ће принцип „искреност је најбоља политика“ утицати на промену укорењених схватања о томе да једно лице може имати само једну мајку и једног оца, у овом моменту се не може дати одговор. Ова питања ће сигурно бити врло значајна у даљем развоју породичног права.

Породичноправни односи родитеља и деце проучавани су кроз историју према закону као извору права, те према сталној судској пракси, правним правилама приватног права и правној науци као извору права. У породичном праву тадашње Војводине са Међумурјем и Прекомурјем примењивало се угарско законодавство, а у Срему и на територији Војне границе важило је аустријско право. Проучена су питања породичног статуса детета, односно регулатива утврђивања и оспоравања очинства, те садржина и вршење родитељског права. Основна установа која карактерише односе родитеља и деце пре II светског рата у Војводини била је очинска власт. Статус родитеља је био примарни основ односа родитеља и деце. Отац је имао приоритетну родитељску улогу када се ради о брачном родитељству, мајка када се ради о ванбрачном, а после развода брака приоритетну улогу је имао родитељ коме је дете поверено, док је други родитељ као основно

право имао право на одржавање личних односа са дететом. Анализирани су судски предмети из области односа родитеља и деце у двадесетим и тридесетим годинама XX века који су сачувани у Архиву Војводине. Посебна пажња је поклоњена позивању суда на сталну судску праксу, односно правна правила приватног права и правну науку, који на тај начин постају извор права.

У правни систем Србије недавно је поново уведена професија јавног бележништва, Законом о јавном бележништву 2011. године. Јавни бележници или нотари постојали су у предратној Србији, док после II светског рата њихово постојање није било регулисано. Разматрана су питања овлашћења јавног бележника у брачним и партнерским односима који проистичу из ванбрачне заједнице. Јавни бележник има овлашћења у имовинским и лично-имовинским односима. Када се ради о имовинским односима, по Закону о јавном бележништву предвиђено је да се у облику јавнобележничког записа сачињавају споразуми о деоби заједничке имовине супружника или ванбрачних партнера, те уговори о имовинским односима између супружника, односно ванбрачних партнера. Када се ради о лично-имовинским односима, односно издржавању између супружника и ванбрачних партнера, јавни бележник је овлашћен да саставља споразуме о законском издржавању. Када се ради о споразумима о деоби заједничке имовине јавни бележник треба да има у виду законске одредбе о подели заједничке имовине, али супружници имају могућност да својим споразумом поделе имовину и ван основног законског критеријума (на једнаке делове). Ипак, важно је истаћи да правила облигационог права о карактеристикама зеленашког уговора могу бити активирана, тако да постоји могућност да се споразум поништи ако се може окарактерисати као зеленшки. Када се ради о супружницима и ванбрачним партнерима као странкама, ово је посебно значајно, јер једна од странака може бити лице које је економски слабије и које се налази у подређеном положају. Када се ради о уговорима о имовинским односима између супружника, те уговорима о имовинским односима између ванбрачних партнера важно је имати у виду одредбу члана 80. Закону о јавном бележништву по којој је јавни бележник дужан да поучи странку о садржини и правним последицама намераваног правног посла, изјаве или утврђивања одређених чињеница пре састављања исправе, а мора је упозорити и кад сматра да је дата изјава нејасна, неразумљива или двосмислена, као и на могуће спорове или правне сметње до којих би могло доћи због такве изјаве. Сматрамо да би у оквиру поступка пред јавним бележником, јавни бележник требало посебно да упозори странке да се овим уговором искључује законски режим заједничке имовине, а како је предвиђено у Породичном закону из 2005. године. Када се ради о споразуму о законском издржавању важно је нагласити да

одрицање од права на издржавање у домаћем праву нема правно дејство, те је јавни бележник обавезан да на то упозори странке.

Када се ради о насиљу у породици проучавано је домаће право, право Црне Горе, те међународне конвенције. На европском нивоу, 2011. године, донета је Конвенција Савета Европе (тзв. Истамбулска конвенција) која представља први правно обавезујући документ на европском континенту, који се бави превенцијом насиља над женама, њиховом заштитом и кажњавањем починилаца. Ова Конвенција ступила је на снагу 2014. године, а Србија је једна од држава које су ову Конвенцију ратификовале. Конвенција доноси нека нова решења која би требало имплементирати у домаће законодавство. Конвенција тако садржи одредбе које обавезују државе да обезбеде да се истраге и судски поступци за све видове насиља спроводе без неоправданог одлагања, односно да обезбеде да истраге, односно судски поступци за кривична дела утврђена у овој Конвенцији не зависе у потпуности од пријаве или жалбе, коју подноси жртва за кривично дело, те да се поступак може наставити и ако жртва повуче своју изјаву, односно пријаву. Осим тога, изузетно су важне одредбе које предвиђају посебне мере заштите жртве, односно чланова њене породице у току саме истраге и поступка, имајући у виду да су управо притисци и застрашивања које жртве трпе након извршеног акта насиља, главни разлог због којег оне пријаву повлаче и одустају од активног учествовања у даљем току поступка. Посебно треба истаћи као добро решење, решење Закона о заштити од насиља у породици Црне Горе, по коме се учиниоцу насиља могу изрећи мере обавезног лечења зависности и обавезног психосоцијалнг третмана, иако као мере у оквиру прекршајног поступка, а који је предвиђен за насиље у породици. Ове мере су изузетно корисне и сигурно би допринеле смањивању насиља у пракси, те се, овом приликом залажемо за њихово увођење у породично законодавство Србије.

Када се ради о прекиду касне трудноће утврђено је да универзална дефиниција касне трудноће не постоји у законским текстовима европских земаља. У домаћем праву разликује се прекид трудноће до 10 недеља када је он могућ по захтеву труднице, од 10 до 20 недеља када о прекиду одлучује конзилијум лекара и од 20 недеља када о прекиду одлучује етички одбор. Међутим, у домаћем праву није направљена разлика у потребним индикацијама у зависности од висине трудноће. На основу решења усвојених у упоредном праву, овом приликом, предлажу се измене законског текста. Тако се предлаже да се горња граница за прекид трудноће као слободан прекид, само на захтев труднице, помери на 12 недеља, јер се чини да је 10 недеља недовољно време за утврђивање постојања индикација, нарочито када се ради о еугеничним индикацијама. Даље, сматрамо да би требало направити разлику у индикацијама које треба да постоје када се ради о

трудноћи преко 12 недеља, па до 24 недеље и преко 24 недеље. Трудноћа преко 24 недеље би се тако, сматрала касном трудноћом, која би се могла прекинути у заиста само изузетним ситуацијама. Индикације од 12 до 24 недеље би остале сличне као што је то у важећем закону, осим што би када се ради о еугеничним индикацијама требало изоставити придев тешки. Разлог за овакав предлог су случајеви у којима постоји велика вероватноћа да ће се дете родити са недостацима, који се не могу окарактерисати као тешки, а мајка није спремна да одгаја дете са недостацима. Сматрамо да би у таквим случајевима, након потпуне информисаности мајке о недостацима које ће дете имати, захтев за прекид трудноће требало уважити и дозволити да се трудноћа прекине. У савременим условима, доступне дијагностичке методе омогућавају да се утврди постојање недостатака плода са великом вероватноћом, па постаје апсурдна ситуација у којој се мајка обевештава о недостацима плода, али јој се не дозвољава да прекине трудноћу, зато што се недостаци не могу окарактерисати као тешки (нпр. лака ментална ретардација). Идикације преко 24 недеље би, међутим, требало пооштрити. Кривичноправне индикације би требало изоставити, а еугеничне, везане за плод, прецизирати.

347.2(497.11): 061.1EU

Др Даница Д. Попов, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
dpopov@pf.uns.ac.rs

САВРЕМЕНО СТВАРНО ПРАВО У СРБИЈИ И ЕУ

Сажетак: Током рада на Пројекту у петогодишњем периоду разматрана су различита питања у контексту даљег развоја Стварног права у Републици Србији. Резултат тог рада је пет оригиналних научних радова објављених у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду

1. **Предаја ствари као начин стицања (modus acquirendi), стварних права** (Зборник, бр. 1/2012, стр. 169-187.*)* се разматра на примерима: стицања права својине на основу уговора са претходним власником (деривативно стицање) на покретним и непокретним стварима, стицања права својине од невласника и заложног права на покретним стварима. У раду се поред специфичних обележја предаје у наведеним случајевима анализирају и начини на који се предаја врши. То су: физичка, симболична и фиктивна предаја код различитих начина стицања стварних права, као и предаја ствари без преноса права својине.

2. Настанак хипотеке у Србији са посебним освртом на хипотеку према Грађанском законику за Кнежевину Србију из 1844 године (2/2012. стр. 103-121.) Настанак хипотекарног права везује се за прву половину XIX века доношењем Уредбе о интабулацији од 14. септембра 1839. године. Овом Уредбом било је предвиђено да сваки поверилац има право на интабулацију, тј. специјално обезбеђење у виду залоге на непокретном добру. Хипотека је могла настати и на захтев повериоца без обзира да ли дужник пристаје или не пристаје на њу. За хипотеку је према Уредби важило начело следовања, што значи да се поверилац могао наплатити из хипотековане непокретности без обзира на промену власника непокретног добра. Ова Уредба била је два пута допуњена, односно измењена. Први пут Указом од 6. марта 1842. године, а други пут Уредбом о интабулацији из 1853. године. Обе уредбе имају недостатак јер не познају принцип специјалности хипотеке већ допуштају упис генералних хипотека. Поред овог недостатка обе уредбе су имале низ недостатака, тако да се осетила потреба за потпунијим и прецизнијим регулисањем хипотеке доношењем нове уредбе. То је учињено доношењем Уредбе о интабулацији од 19. новембра 1854. године која је постала саставни део Грађанског законика за Кнежевину Србију из 1844. године, додавањем параграфу 326.

Предмет рада је и анализа Уредбе о интабулацији из 1854.године која је ступила на снагу 1. јануара 1855. као део Грађанског законика за Кнежевину Србију, а важила је све до доношења Закона о неважности правних прописа донетих пре 6 априла 1941. године и за време непријатељске окупације из 1946. године.

3. Заблуда и превара као разлог рушљивости правног посла у домаћем и упоредном праву (3/2013. стр. 107-123.) Заблуда је погрешна представа (несвесни несклад између унутрашње воље и њене изјаве) о неком елементу правног посла или другој правној чињеници која утиче на његову пуноважност. Заблуда је разлог за поништење правног посла, само ако је битно утицала на његово закључење. Заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор ако се - закључује с обзиром на то лице, као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине. Превара је случај недостатка правно релевантне воље за настанак правног посла када једна страна изазове заблуду код друге или је одржава у заблуди у намери да је тиме наведе на закључење уговора. За разлику од заблуде која представља разлог за рушљивост правног посла само ако је битна, превара је увек разлог за поништење правног посла због намерног, непоштеног, несавесног, понашања друге стране у правном послу. Превара може бити реализована активним и пасивним понашањем сауговарача.

У раду се користи упоредни приказ решења прихваћених у Швајцарском законику о облигацијама, Немачком грађанском законику, Италијанском грађанском законику, Аустријском грађанском законику, а за англоамеричко право *Restatement of the Law of Contracts.*

4. Начела стравних службености у будућој кодификацији стварног права (2/2014. стр. 117-131.) Начела стварних службености се у раду расправљају према Нацрту Законика о својини и другим стварним правима. Начела стварних службености се анализирају упоредно-првним методом у важећем позитивном стварном праву, прописима који важе у државама региона, као и у најзачајнијим европским кодификацима грађанског права. Нацртом Законика, стварна службеност је као и до сада уређена на уобичајен класичан начин, с тим што је за разлику од Закона о основама својинско-правних односа, дефиниција прецизнија и уводи се новина установљавањем негативне стварне службености. Службености могу бити: стварне службености, стварно-личне службености, службеност грађења и личне службености». Осим личних службености и службености грађења, све друге службености (стварне службености) могу се засновати у корист свагдашњег власника повласног добра (стварне службености) или одређеног лица (стварно-личне службености). Преднацртом Грађанског законика

предвиђа се могућност конституисања својинске стварне службеност која до сада на основу закона није била могућа у нашем стварном праву.

За разлику од важећег Закона о основама својинско-правних односа, који је непотпуно регулисао стварне службености, са свега десет чланова. Преднацрт Грађанског Законика, стварну службености и неправу стварну службеност регулише много детаљније и посвећује им четрдесет чланова.

5. Врсте стварних службености (3/2015...) Деоба стварних службености врши се по различитим критеријумима. Према садржини деле се на позитивне и негативне. Према природи послужног и повласног добра стварна службеност може бити кућна или пољска. Према томе, да ли су праћене неким спољним обележјем или не, деле се на видљиве и невидљиве. По начину на који се успостаља службености се деле на трајне и повремене. За службености као ограничена стварна права не важи numerus clausus стварних права. Оне су законом само начелно регулисане, а странама у грађанскоправном односу је препуштено да у зависности од врсте непокретности и њихових потреба конституишу нове службености. Од извора права за врсте стварних службености коришћени су: Српски грађански законик, Аустријски грађански законик, Француски грађански законик, Општи имовински законик за Црну Гору, као и кодификације стварног права у државама насталим на простору бивше СФРЈ. За Републику Србију, коришћени су: Закон о основама својинско-правних односа, Нацрт Законика о својини и другим стварним правима, и Преднацрт Грађанског законика, који се налази у фази јавне расправе.

351.746.2(497.11)

Др Љубомир С. Стајић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ ПРАВА ПРИВАТНЕ БЕЗБЕДНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Сажетак: Основна карактеристика времена у којем живимо су брзе и интензивне промене у свим областима друштвеног живота. Поједини облици тих промена могу представљати опасност, односно директно или индиректно угрожавање човека, његове имовине и друштва у целини. Због тога држава данас није више једина која пружа услуге безбедности. Све већу улогу и значај у томе добија недржавни (приватни) сектор безбедности. Настале промене последица су савремених безбедносних проблема с почетка 21. века што изискује од држава да правно успостави и омогући функционисање приватне безбедности а у склопу јединственог (интегралног) система безбедности.

Свака од држава има свој државни систем који подразумева и различит начин поступања према питању приватне безбедности. Приватна безбедност је једна од области која је у земљама у транзицији доживела бурне и коренште трансформације. Те трансформације у случају Републике Србије још увек нису завршене. Основни проблем који се при томе појављује јесте чињеница да долазак страног капитала подразумева и нове правне и безбедносне стандарде његове заштите које застарели системи заштите стационирани у државним структурама тренутно не могу да задовоље. Такође, очигледно да се ради о процесу који у неким државама иде брже и оне су успешније, а у неким, као што је наша, тај процес је тек на почетку.

Еклатантан пример неједнаког регулисања приватне безбедности можемо видети на плану заштите материјалне и нематеријалне имовине. Наиме, развијене државе све више пооштравају безбедносне процедуре у циљу заштите својих пословних система при чему се имовина подједнако штити било да је она материјална (опипљива) или нематеријална (интелектуална). Са друге стране, они истовремено дестимулишу мале, сиромашне и земље у транзицији да на исти начин штите своју имовину како би ови први лако и без великих улагања дошли до нових знања, технологија, патената и информација које су им потребне да би задржале свој лидерски положај и увећале свој капитал, а тиме и обезбедиле стабилност (друштвену, привредну, социјалну) својих земаља.

Проблем заштите нематеријане имовине је у томе што се она као неопипљива не мора увек и физички украсти. Број модалитета крађе или отуђења на различите начине толико се повећао да заштита постаје скоро немогућа или захтева постојање тако великог заштитног система који превазилази могућности власника имовине. Практично, поставља се само питање момента када ће се она отуђити. Из тога изводимо и закључак да само велики и моћни могу заштитити своју нематеријалну имовину због које су и постали велики и моћни. Штавише, да би то и остали они је и краду од малих и сиромашних повећавајући тако јаз између себе и „остатка света".

Право има веома велику улогу и значај не само у дефинисању, класификацији, и попису нематеријалне имовине него и у његовој заштити. Право се, у ствари, појављује као основ, метод и граница заштите нематеријалне имовине. Дакле осим што је оно посебан метод оно је уткано (уже или шире) и у све друге методе заштите. У том смислу као груписане и класификоване методе заштите наводимо: правни метод; организациони метод; метод физичко-техничке заштите; метод развијања пословно-безбедносне културе.

Једно од кључних питања правног уређења приватне безбедности јесте и контрола, у којој развијене западне земље опет предњаче у односу на државе у транзицији. Наиме, у развијеним земљама законодавство које регулише рад приватних безбедносних компанија мора и да поставља стандарде. Стандарди треба да обухватају захтев за постављање одређеног одговорног лица; минимални ниво осигурања; одговарајућу опрему, минимални ниво ресурса и слично. У многим државама после добијања дозволе за рад постоје додатни захтеви који се морају испуњавати да би се дозволе могле редовно обнављати. Ово подразумева састављање ажурних спискова запослених, вођење евиденције о инцидентима, обавезу обавештавања власти о појединим врстама инцидената, као и потребу да носе идентификационе ознаке.

Такође, приватне безбедносне компаније морају да се повинују свим релевантним националним и међународним прописима који регулишу услове рада. На могућности и ефикасност приватних безбедносних компанија негативно утичу лоши услови запошљавања и рада. Рад у сектору приватне безбедности може бити опасан и оптерећен високим ризиком од повреде, па чак и смрти. Зато су развијене државе предузеле мере како би се смањио ризик од насиља на радном месту и обезбедили стандарди здравствене заштите. Улога државе је да обезбеди одговарајуће радне услове, погодне за максимизовање ефикасности рада запослених. Функција приватних безбедносних компанија у превенцији криминала и безбедности заједнице захтева неке основне, минималне стандарде образовања, писмености, језика и карактера запослених и кандидата за посао.

Што се тиче Републике Србије, она је међу последњим земљама које су 2013. године правно уредиле област приватне безбедности која је у новом концептуалном систему део система националне безбедности. Треба рећи да се на доношење закона чекало дуго, а од њега се очекивало да реши бројна питања и дилеме и уведе ред у ову област која по неким прорачунима представља веома профитабилну грану привреде. Очекивања су била да се до краја уреде питања као што су: 1) потребе за институционализацијом партнерског односа између јавног и приватног сектора на обострану корист, 2) потребе исказивања заједничког интереса ка успостављању жељеног стања безбедности у целом друштву и 3) потребе дефинисања механизама и овлашћења за остваривање горе наведеног. Већина ових очекивања нису испуњена. О томе говоре бројне контроверзе, и то како терминолошког тако и суштинског (материјалног) карактера, због кога је Закон оспораван од стране научне и стручне јавности.

341.6(497.11):061.1EU

Др Маја Д. Станивуковић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

ПРАВО О РЕШАВАЊУ МЕЂУНАРОДНИХ СПОРОВА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И СРБИЈИ

Сажетак: За потребе истраживања, међународни спор дефинисали смо као привредноправни спор у коме су странке физичка или правна лица која имају центар пословања у различитм државама. У међународном као и у националном праву за решавање таквих спорова предвиђена су у основи два решења: поступак пред судом или арбитража. Трећи начин решавања спорова, међународно посредовање је у раној фази развоја и због тога је у овом истраживању изостављен као мање битан. Како нема међународног суда који би имао надлежност за решавање привредних спорова ове врсте, решења се своде на избор између националног суда једне од странака, националног суда треће државе или арбитражног суда. Избор се може извршити пре избијања спора, обично приликом закључења уговора о трговинском послу или о улагању капитала и по избијању спора.

Истраживање је показало да право Србије садржи неке, али не све предуслове за пун развој оба начина решавања међународних спорова. То чини Србију мање атрактивном локацијом за уговарање форума и отежава положај домаћих привредника у међународној привредној утакмици, јер су они принуђени да често прихватају решавање ове врсте спорова у иностранству. Закључак је да би право Србије требало што пре унапредити да би могло да пружи све претпоставке за решавање међународних спорова на нашој територији.

Када је реч о судском решавању међународних спорова уочене су следеће слабости правног система Србије: застареле одредбе о надлежности садржане у Закону о решавању сукоба закона (1982), посебно када је у питању могућност заснивања надлежности у уговорним споровима у ситуацији када је тужена иностранa странка, превише пермисивне одредбе о индиректној судској надлежности које не омогућавају филтрирање страних судских одлука у поступку признања и извршења, неадекватни услови за тражење акторске кауције, непостојање концентрације надлежности за спорове са међународним елементом и за признавање страних одлука, те због тога недовољна специјализација судија за ову сложену материју. На-

црт новог Закона о међународном приватном праву је завршен 2013. године и садржи савременија решења, која су усклађена са правом Уније, али је неизвесно да ли ће бити усвојен у Влади и Скупштини. У другим областима, као што су достављање и извођење доказа у иностранству, уочен је напредак, посебно захваљујући ратификацији Хашких конвенција које важе у овој области у релативно широком кругу држава.

У Европској унији правила о решавању међународних спорова налазимо у различитим областима и изворима. За судско решавање привредних спорова бриселским уредбама су регулисани основи међународне надлежности судова и услови за признање и извршење судских одлука. Одредбе ових извора само су делимично релевантне за странке у Србији јер се већим делом примењују и даље одредбе националног права држава чланица. Друге уредбе уређују поједине аспекте поступка у међународним споровима, као што су акторска кауција, прибављање доказа и достављање.

На глобалном нивоу значајне су активности Хашке конференције за међународно приватно право усмерене на признавање и извршење страних судских одлука. Проучена је детаљно Хашка конвенција о избору надлежног суда из 2005. године, која од октобра 2015. године важи у свим државама Европске уније и у Мексику. Размотрени су разлози за и против ратификације ове конвенције. Такође, посвећена је пажња новом пројекту Хашке конференције који се односи на признање и извршење судских одлука у грађанској и привредној материји. Овај истраживач је учествовао у радној групи за израду нацрта будуће конвенције и објавио је о томе нацрту рад у склопу пројекта.

У области арбитраже, српско право се приближило светским стандардима доношењем Закона о арбитражи (2006) коме је претходило усвајање свих значајнијих међународних конвенција, али десетогодишњи период протекао од ступања на снагу Закона о арбитражи даје основу за уочавање одређених слабости и за даља побољшања. Посебно су важне правне празнине везане за ад хок арбиражу, стварну надлежност судова за пружање подршке арбитражи, нерегулисање статуса арбитражног поступка у случају стечаја странке и непостојање концентрације надлежности за поништај арбитражне одлуке. Треба истаћи да у Закон нису унете измене Модел-закона УНЦИТРАЛ-а из 2006. године, од којих су посебно важне оне које се односе на одређивање привремене мере. Што се тиче институционалне арбитраже правна регулатива је добро постављена и пружа солидну основу за развој домаћих арбитражних институција.

На европском и светском нивоу, у области арбитраже овај период (2011-2015) обележила је промена у правилницима европских арбитражних институција, као што су Међународни арбитражни суд МТК, Арбитражни институт стокхолмске привредне коморе, Лондонски међународни

арбитражни суд, Арбитражни суд Швајцарских комора итд., арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а, као и усвајање низа необавезних аката Међународног удружења адвоката (ИБА) о извођењу доказа у арбитражном поступку, о заступању странака у арбитражи и о сукобу интереса приликом именовања међународних арбитара. Домаће право је пратило ове промене, тако да је значајно измењен Правилник Спољнотрговинске арбитраже у Београду, а усвојен је и Правилник нове арбитражне институције, Београдског арбитражног центра (БАЦ-а), у свему усклађен са стандардима постављеним у арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а.

У домену инвестиционе арбитраже, домаћа правна регулатива је остала неспремна за изазове које овај начин решавања спорова поставља пред земље чланице билатералних споразума о заштити и подстицању инвестиција и Вашингтонске (ИЦСИД) конвенције.

Упоредноправна истраживања указују да постоји потреба да се правна регулатива о надлежностима правобранилаштва прилагоди потребама вођења ове врсте спорова, будући да је Србија у овом периоду добила своје прве инвестиционе тужбе пред вашингтонском арбитражном институцијом. О овом проблему је аутор такође писао у једном од објављених радова.

347(497.11):061.1EU

Др Душан Ж. Николић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Nikolic@pf.uns.ac.rs

АКТУЕЛНИ И МОГУЋИ ПРОБЛЕМИ У ОБЛИКОВАЊУ И ПРИМЕНИ ПРИВАТНОГ ПРАВА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ И СРБИЈИ

Сажетак: Проблеми са којима се суочавају савремени европски правници су многобројни и комплексни. Мењају се идејне основе правне регулативе и темељна начела на којима су вековима грађени национални правни правни системи. Настаје ново, наднационално право са мешовитим обележјима, у чијем обликовању значјану улогу имају Европски суд за људска права у Стразбуру и Суд правде Европске уније у Луксембургу. У појединим земљама и највиши (национални) судови имају све израженију моћ стварања права. Упркос званичном залагању да се у духу неолиберализма изврши деетатизација, у многим државама расте (државни) интервенционизам оличен у тзв. креативној улози органа извршне власти. Приватно право у све већој мери обликују органи који су по традиционалној подели власти задужени само за његову примену. Све то доводи до сужавања улоге парламента. Најзад, један од највећих проблема данашњице представља хронични недостатак времена за обликовање, упознавање, тумачење и адекватну примену правне регулативе.

Право је у сталном раскораку са друштвом и временом. Оно непрестано касни за развојем друштвених односа. Реч је о системском проблему који постоји од самог настанка политичке организације друштва и увођења државне правне регулативе. Правна регулатива коју ствара држава често садржи одређене концепцијске и функционалне противречности које, пре или касније, доводе до њене неажурности, непотпуности и неактуелности. На први поглед, парадоксално делује податак да у томе предњаче правни системи грађени у духу тзв. *апстрактног казуизма*, који су препознатљиви по настојању да се што више релевантних друштвених односа уреди детаљним правним правилима. У том смислу, познато је искуство Пруске са Општим земаљским закоником (*Allgemeines Landrecht für die Königlich Preussischen Staaten*) из 1794, као и потоње искуство Немачке са такође обимним Грађанским закоником (*Bürgerliches Gezetzbuch für das Deutsche Reich*) из 1896. године. Са друге стране, мање детаљни грађански законици Француске (*Code*

civil des Français) из 1804. и Аустрије (*Allgemeines Bürgerliches Gezetzbuch*) из 1811, који се одликују вишим нивоом апстрактности, остављали су више простора државним органима за различита тумачења, и као такви успешније су одолевали изазовима времена у протекла два века. Међутим, ти кодекси, због наглашене уопштености и неуједначених интерпретација правних правила, стварају виши степен правне несигурности. Полазећи од наведених слабости државног права, поједини аутори се залажу за постепену деетатизацију друштвених односа и за развој тзв. *цивилног друштва* у ком би кључну улогу требало да имају друштвено самоорганизовање и различити облици недржавне регулативе. У том контексту, посебан значај се придаје тзв. меком праву (*soft law*) – односно, формално необавезујућим модел правилима за која се верује да ће бити примењивана у пракси због квалитета понуђених решења и високог угледа њихових аутора у академским круговима. Постоје, такође, процене да би удружења грађана и професионалне асоцијације самостално боље уредили питања у областима које се на њих односе и да би брже реаговали на актуелне и очекиване промене у друштву. Међутим, последњих година је постало очигледно да друштвена заједница не може нормално функционисати без добро организоване државе. Јасно је да у периоду великих економских и социјалних изазова друштво не може у потпуности препустити регулисање релевантних односа ужим друштвеним групама и грађанској (приватној) иницијативи, нарочито када се има у виду чињеница да на примену правила у многим срединама више утиче страх од државне принуде и санкције, него правна свест грађана. У даљој перспективи се могу очекивати различита компромисна решења. Једно од њих је да држава, када то дозволе опште прилике у свету, остави недржавним субјектима више простора у регулативној сфери и да на том пољу реагује само онда када изостане правовремена приватна иницијатива. Хипотетички, саморегулација би (у појединим сегментима приватног права) могла бити бржа, потпунија и ефикаснија од државне регулативе. Међутим, и иза таквих, аутономних правила, морала би стајати државна принуда, односно санкција, барем док друштво не достигне одговарајући ниво правне свести. До тада ће доминантну улогу, несумњиво, имати норме која ствара и санкционише држава. После вишедеценијског трагања за алтернативним моделима, у многим државама су започете реформе које треба да учине традиционалну правну регулативу потпунијом и ефикаснијом. Тај задатак је прилично сложен јер се све одиграва у новом правном амбијенту и уз хронични недостатак времена. Технолошки напредак, глобализација економије и различити облици регионалних интеграција, попут Европске уније, допринели су томе да припадници различитих заједница и правних култура буду чвршће међусобно повезани и узајамно зависни. Правно релевантни односи међу људима су постали учесталији и сложенији. Паралелно са тим, расте потреба за новим правилима и

за бржим и ефикаснијим реаговањем органа државне власти. С разлогом се може говорити о својеврсном убрзавању времена у праву и о непрестаном прилагођавању права захтевима времена.

Усвајање *acquis communautaire* и хармонизација националног законодавства са европским правним стандардима један је од основних услова за пријем у чланство Европске уније који Србија треба да испуни у наредном периоду. У већини земаља у региону имплементација је вршена под притиском времена. Оно што је у Западној Европи стварано деценијама, источноевропске земље су преузеле за свега неколико година. Уместо еволуције на сцени је својеврсна транзицијска револуција у области права. Настојећи да се што брже и што више приближе европским правним стандардима, земље Источне Европе су често преузимале регулативне концепте, па чак и конкретна нормативна решења која су усвојена у развијеним земљама, занемарујући чињеницу да правне норме треба да одговарају средини за коју се доносе. Услед хроничног недостатка времена законодавни рад се често одвија по аутоматизму и без озбиљнијег сагледавања последица које могу проистећи из појединих закона. О томе упечатљиво сведоче и различити приступи проблематици својинских односа.

Поједине развијене западноевропске и, са друге стране, транзиционе источно-европске земље, налазе се на различитим идејним и идеолошким позицијама када су у питању појмовна обележја права својине и схватања о његовој апсолутности. На Истоку Европе, који је деценијама био препознатљив по пренаглашеном државном интервенционизму и драстичном сужавању приватне својине, данас доминира неолиберални концепт. На Западу, који се традиционално сматра оличењем слободе и демократије, држава све више залази у грађанскоправне односе и у значајној мери ограничава право својине. Либерални модел који је распрострањен на Истоку Европе пружа грађанима виши степен сигурности, јер се ограничења могу установљавати само законом. Са друге стране, интервенционистички (етатистички) приступ, који је развијен у појединим западноевропским земљама, омогућује ефикаснију заштиту јавних интереса од стране органа извршне власти, што може бити веома значајно у периоду економске кризе и социјалне нестабилности.

У Србији се годинама ради на реформи и (ре)кодификацији грађанског права. Тај процес није у довољној мери координисан. Недостају свеобухватне системске анализе актуелних трендова у свету и Европи, стратешка опредељења, као и идејни оквири у којима треба трагати за оптималним нормативним решењима. Имајући у виду значај приватног права, потребно је утврдити јасну националну политику у тој области.

341.985: 347.6(497.11)

Др Бернадет И. Бордаш, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Bordas@pf.uns.ac.rs

ХАРМОНИЗАЦИЈА МЕЂУНАРОДНОГ ПОРОДИЧНОГ ПРАВА У ЕУ И У ОКВИРУ ХАШКЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО

Сажетак: Предмет истраживања на пројекту „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“ у периоду 2011-2015 био је хармонизација међународног породичног права у Европској унији и унификација ове области у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право, имајући у виду стање законодавства и судске праксе у Србији. Потреба за оваквим истраживањем јавила се из чињенице да су национални извори позитивног права Србије у области међународног породичног права настали пре више од тридесет година, а велики део међународних уговора – како билатералних тако и мултилатералних – такође је настао веома давно (неки и пре пола века). Стога је позитивноправно законодавство у одређеним деловима мање или више застарело и није у складу са развојем међународног приватног права уопште, а посебно у породичноправним односима. Док је законодавна активност у Европској унији веома жива и док пракса Суда ЕУ у значајној мери уобличава праксу судова држава чланица, право Србије углавном стагнира. Једини напредак учињен је у области породичноправних односа са иностраним елементом захваљујући ратификацији неколико модерних вишестраних конвенција које су резултат рада Хашке конференције за међународно приватно право. Упоредноправно истраживање је било неопходно због опредељења Србије да постане пуноправни члан ЕУ, а касније због њеног статуса земље кандидата.

Резултати рада на пројекту обухваћени су у радовима (оригиналним научним радовима) који су објављени у Зборницима Правног факултета у Новом Саду. Резултати истраживања показују следеће:

Лисабонски уговор о функционисању Европске уније донео је у материји међународног приватног права – тако и у материји међународног породичног права – новине. Одредбе о правосудној сарадњи у грађанским стварима садржи члан 81 УФЕУ, и оне одређују правни оквир за развој *правосудне сарадње у грађанским стварима са прекограничним дејствима*

на основу начела узајамноī ӣризнања ӣресуда и вансудских одлука. У том циљу се могу усвајати мере за приближавање права држава чланица, али не искључиво када и уколико су оне потребне за правилно функционисање унутрашњег тржишта (како је према Амстердамском уговору из 1997.г.), већ *нарочиӣо* када су оне у том циљу неопходне. То значи да је оправданост усвајања секундарних извора права стављена у шири контекст који се налази у правној сигурности учесника правних односа са иностраним елементом, те је тиме у погледу правног основа секундарних извора међународног породичног права сужен простор за скептицизам.

Унија преузима на себе да *обезбеди* узајамно признање и извршење пресуда и вансудских одлука и компатибилност правила о сукобу закона и јурисдикција (ставови 1 и 2 члана 81). Легислативна процедура је подведена под редовну, изузев у погледу мера у области међународног породичног права у којој остаје једногласност након консултовања Европског парламента. С тим, да постоји могућност да се нека питања међународног породичног права усвоје по редовној процедури, уколико ниједан национални праламент држава чланица не изрази своје противљење са таквом једногласном одлуком Савета. Позитивноправни извори међународног породичног права ЕУ су Уредба 2201/2003 о надлежности и о признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности (Уредба Брисел II bis), Уредба 4/2009 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и о сарадњи у материји која се односи на обавезе издржавања, Уредба 1259/2010 о имплементацији појачане сарадње у области меродавног права за развод и законску сепарацију (Уредба Рим III).

Тумачење секундарних извора међународног приватног – тако и међународног породичног права ЕУ од стране Суда ЕУ одвија се према општим правилима за подношење предлога за доношење одлука по претходним питањима (чл. 267 Уговора о функционисању ЕУ).

Пракса Суда ЕУ је до сада углавном била ограничена на тумачење Уредбе Брисел II bis, јер су остале две уредбе тек недавно почеле да се примењују. У току истраживања анализиране су многе пресуде које су значајне за јединствену примену права Уније, али и оне које могу да буду интересантне у Србији из различитих разлога: на пример, пресуда Санделинд Лопез показује да Уредба Брисел II bis примењује *rationae personae* и на држављане трећих земаља уколико су они довољно чврсто повезани са државама чланицама ЕУ; пресуда Хадади даје право лицима која имају двојно држављанство две исте државе чланице да у циљу покретања поступка пред судовима држава чланица изаберу држављанство једне од држава чланица према сопственој процени. Предмети А. и Меркреди потврђују да је уобичајено боравиште детета појам који није дефинисан у праву Уније,

већ сваки национални суд мора да га утврђује с обзиром на све конкретне околности случаја, и да при томе и узраст детета може да буде од суштинске важности, како се то показало у предмету Меркреди.

Пошто је један од дугорочних циљева ЕУ у области међународног приватног права укидање егзекватуре, истраживане су одговарајуће одредбе Уредбе Брисел II bis јер је она први извор међународног приватног права ЕУ који регулише укидање егзекватуре. То су одредбе које се односе на специфичне одлуке које имају за предмет остваривање права на виђање и одлуке из чл. 11 ст. 8 којима се захтева повратак детета. Циљ који се укидањем егзекватуре жели постићи је брз повратак детета у државу његовог уобичајеног боравишта непосредно пре противправног одвођења, а средство је свођење надлежности државе извршења одлуке на спровођење самог извршења и на начине извршења према националном праву те државе. Држава порекла одлуке је надлежна за сва питања која се односе на меритум одлуке и на њену потврду којом се супституише поступак егзекватуре у држави чланици извршења. У овом контексту случај Повзе показује да сложено чињенично стање, поступци пред националним судовима, тумачење права Уније од стране Суда ЕУ и међународно право о заштити људских права доводи у сумњу остварење циља укидања егзекватуре према овој Уредби.

Хармонизација међународног приватног права Србије са међународним приватним правом ЕУ зависи од тога колико дуго ће трајати приступни преговори Србије и ЕУ и када ће Србија постати чланица ЕУ. До тада се хармонизација може спровести потписивањем и ратификацијом вишестраних конвенција које усваја Хашка конференција за међународно приватно право. Један од важних разлога у прилог овакве хармонизације јесте у чињеници да су државе чланице ЕУ државе уговорнице бројних хашких конвенција, а и сама ЕУ се појављује као чланица Хашке конференције и потписује и ратификује конвенције у име својих држава чланица. На тај начин Србија долази у положај да у одређеним областима има унификована правила међународног приватног права са ЕУ и њених 28 држава чланица што је веома значајно за заштиту интереса српских држављана у државама чланицама ЕУ. У области породичноправних односа истиче се Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања из 2007, који је Србија ратификовала 2013.г., и Хашка конвенција о наплати дечијег и других облика породичног издржавања из 2007.г., чија ратификација се разматра. Већ је Хашки протокол увео модерна колизионоправна решења у међународно приватно право Србије, а модернизација у области породичног издржавања била би заокружена ратификацијом наведене Хашке конвенције.

343.12

Др Иштван И. Фејеш, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Fejes@pf.uns.ac.rs

ЗАШТИТА ПРАВА УЧЕСНИКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: У протеклом истраживачком периоду, у првом плану је био положај окривљеног у кривичном поступку.

Питања постојања окривљеног као субјекта (странке) у поступку и његовог процесног положаја у кривичном поступку су изузетно важна, јер од њиховог решења зависи целокупно уређење кривичног поступка. Та решења су током историје зависила од решења различитих, често супротстављених захтева према кривичном поступку у зависности од политичких културних и других околности датог друштва. Историја кривичног поступка се у суштини своди на историју странака и њиховог положаја у кривичном поступку.

Многи институти савременог кривичног поступка су резултат дуготрајне еволуције. Познавање те еволуције и историје кривичног поступка у целини значајно доприноси схватању савремених процесних института као и структуре, унутрашње динамике и противречности савременог кривичног поступка.

На основу анализираних историјских модела кривичног поступка, о некој праволинијској еволуцији положаја окривљеног у поступку се не може говорити. Историја поступка бележи успоне и падове у том погледу у функцији друштвених услова и потреба. Истраживан је положај окривљеног у истрази у моделима поступака који су вековима важили. Били су дакле дуго у складу са тадашњим схватањима и потребама. Међутим , имајући у виду све околности, ипак се може рећи да је положај окривљеног у кривичном поступку данас неупоредиво повољнији него у било ком анализираном историјском моделу кривичног поступка. Посебно је проучаван посложај окривљеног у инквизиторским поступцима. Проучаван је на примеру једног законика средње генерације инквизиторских поступника Constitutio Criminalis Theresiana (1768. г.). Она представља мост између «ране генерације» инквизиторских поступника « касних» инквизиторских поступника доношених крајем XVIII и у првој половини XIX века.

Проучавани су прво институти општег дела кривичног поступка. Кривично правосуђе је било устројено по традиционаланом патримонијалном

систему, под непосредним надзором владара. Терезијана је типичан инквизиторски поступник у традицији Каролине. Законска материја није подељена на општи и посебни део поступка. Поступак је био тајан, писмен и посредан. Делио се на истрагу (генералну и специјалну), изрицање пресуде и поступак по молби за помиловање. Покретао га је суд по службеној дужности, ако је дошао до сазнања о извршеном кривичном делу. У центру доказног система је детаљно разрађена тортура до њеног укидања 1776. г. Притвор није био обавезан, али судија га је могао одредити по свом нахођењу. Окривљени није имао право на браниоца или било каквих других правар, а на њему је био терет доказивања своје невиности. Имајући у виду институте општег дела кривичног поступка Терезијане, окривљени је био у крајње неповољном положају.

Терезијана је посветила посебну пажњу утврђивању corpus delicti. Његовим утврђивањем завршавала се фаза генералне инквизиције, која није вођена у принципу против одређеног лица већ поводом било каквог сазнања за кривично дело (in rem), са циљем да се утврди да ли је оно стварно и извршено. Утврђивањем corpus delicti потврђуена је почетна сумња и могла је започети специјална инквизиција, која је вођена против одређеног лица. Обавеза утврђивања corpus delicti је било од изузетне важности за окривљеног. То је у принципу онемогућавало да се поступак настави на основу гласина и других непоузданих информација. Законик је предвидео бројна правила утврђивања corpus delicti и исто толико бројне изузетке, који су ослобађали суд ове дужности. Тако је поступак у великом броју случајева могао бити настављен и без чврстих доказа, на основу гласина, лошег гласа, ранијих сумњичења и сл. Чак и у погледу најтежих кривичних дела, запрећених смртном казном, под одређеним условима, суд је био ослобођен утврђивања corpus delicti. Бројни изузеци од обавезе утврђивања corpus delicti су и иначе крање лош положај окривљенг додатно слабили.

Одредбе о corpus delicti су значајне и због тога, што су њима, додуше у ембрионалној форми, регулисани и бројни важни процесни институти, као што је увиђај, обдукција, вештачење итд. који су временом еволуирали и добили такве форме које данас познајемо.

Посебна пажња је посвећена изучавању тортуре као централног института доказног права. Терезијана је од самог објављивања била оштро критикована јер је и по тадашњим мерилима већ при доношењу била застарела и одражавала је средњевековни феудални дух. Томе је највише допринео институт тортуре.

Терезијана је у погледу регулисања тортуре у суштини следила Каролину. Међутим садржи и бројне одредбе које иду у прилог осумњиченом. Декларише законитост тортуре, ограничава могући број тортуре, до дета-

ља прописује услове одређивања тортуре, коју може наредити само виши суд, прописује обавезу судије да поступа са нарочитом пажњом, обавезу темељне провере навода осумњиченог у своју корист, дужност провере признања, обавезно прекидање тортуре ако прети опасност од тешких повреда, обавезно прилагођавање тортуре тежини дела и телесној конституцији осумњиченог, прописује обезбеђивање лекара који ће у случају потребе пружити помоћ осумњиченом, бројна лица су искључена итд. Окривљени је овим детаљним одредбама добио заштиту од неограниченог насиља и самовоље судија. Право решење је било одбацивање тортуре, јер је био реликт прошлости већ у време доношења Законика. Уместо укидања, Терезијана прописује «хуманизовану» форму тортуре. Међутим, постојали су и бројни изузеци од правила на штету осумњиченог, и често је одлука препуштана «*разборитој оцени* « судије, што је отварао широк простор за судску самовољу и добрим делом неутрализовао дејство «погодности». Друго је питање у којој мери су се «гаранцијалне одредбе» спроводиле у пракси. Осумњичени је остао објект поступка .Није имао право на браниоца нити је био прописан било какав правни механизам за остварење прописаних погодности. У пракси је било злоупотребе и самовоље. Сама Марија Терезија у акту о укидању тортуре, као један од разлога наводи да се делинквенти на тортуру стављају » у *највећем броју случајева својевољно».*

Истражовани су неки модели испитивања осумњиченог и сведока као значајних показатеља њиховог положаја у савременом кривичном поступку. Полазна тачка тог истраживања била је да у кривичном поступку велики број доказне грађе проистиче још увек из нечијег исказа или је на други начин органски повезан са разним исказима. Брз развој науке и технике је будио наду, да ће лична доказна средства у кривичном поступку изгубити досадашњи примат и да ће на место њих ступити објективни научни доказ. То би био квалитативан скок у доказивању у кривичном поступку. Међутим, та надања се засад нису остварила, иако развојем науке и технике материјални докази стичу све већи значај. Упркос свих недостатака, лични извори су и даље основна доказна средстава и нема изгледа да ће у догледној будућности изгубити ову позицију, али је реално очекивати, наставак тенденције смањивања њиховог значаја. Противтеже овој тенденцији, могу бити нове технике испитивања, која могу квалитативно побољшати степен искоришћености информатционог потенцијала саслушаних лица.

347.91/.95:340.137(497.11)

Др Марија М. Салма, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Salma@pf.uns.ac.rs

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ СТВАРАЊА И ПРИМЕНЕ ПРАВА (ЕУ И СРБИЈА) У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: Током истраживања теоријских и практичних проблема поводом стварања и примене права размотрени су проблеми стварања и примене права у области грађанског процесног права у светлу хармонизације грађанског процесног права, пре свега Закона о парничном поступку Републике Србије са правом ЕУ. Такође, посебна је пажња посвећена практичној примени парничног процесног права. По тематима, хармонизационе и апликационе анализе су извршене поводом побијања судског поравнања, пресуде због изостанка, чињеница као предмет декларативне тужбе, приговора трећег лица и тужбе против извршења (излучни захтеви) као и евентуалне кумулације тужбених захтева.

Поводом истраживања теме о побијању судског поравнања пажња је псвећена еволуцији односно правној природи института судског поравнања, како у домаћем, тако и у иностраном (немачком, аустријском, мађарском) праву. Облик процесног побијања је зависио од тога да ли је поравнање споразум (уговор) странака пред судом или је то одлука суда. У првом случају је облик побијања тужба а у другом случају је жалба против одлуке суда о одобрењу поравнања. Теоријска дилема о правној природи поравнања је утицала на законодавна решења, као и на судску праксу. Она је у нашем праву разрешена Законом о парничном поступку према коме је изричито прописано да се судско поравнање побија тужбом, чиме је у позитивном праву преовладало становиште о уговорној природи судског поравнања. Међутим, не могу се занемарти ни процесна дејства судског поравнања. Основно је у томе да судско поравнање представа извршну исправу.

Пресуда због изостанка је поново уведена (враћена) Законом о парничном поступку из спетембра 2011. године. Разматрана је еволуција института у нашем праву. Посебно се указује на то да је ЗПП из 2004. г. укинуо пресуду због изостанка а уместо ње је увео пресуду због пропуштања. Нови ЗПП задржава оба института. Отуда је било потребна да се укаже на заједничке и одвојене особине ова два института. Полази се од заједничког

резултата тј. од тога да и изостанак и пропуштање има за последицу доношење пресуде којом се усваја тужбени захтев без даље расправе. Анализирани правни системи показују да у неким земљама постоји само пресуда због изостанка, у другим само пресуда због пропуштања, а у трећим, пресуда због изостанка као и пресуда због пропуштања. Већина анализираних правних система прихвата систем пресуде због пропуштања, с тим да пропуштање инкорпорише и изостанак и процесну неактивност тужене стране. Сврха пресуде због изостанка и пресуде због пропуштања је допринос убрзању процеса и спречавање злоупотребе процесних овлашћења у смислу настојања тужене стране да одуговлачи поступак.

Поводом теме о чињеницама као предмету декларативне тужбе решење ЗПП-а је остало усамљено у упоредном праву, тј. одудара од уобичајеног решења у иностраном праву. Шта више, одудара и од традиционалних решења у нашем праву. И упоредна и традиционална домаћа решења, за разлику од важећег ЗПП-а, не подразумевају утврђивање чињеница путем декларативне тужбе ради утрђивања постојања или непостојања неког права или правног односа. Нови ЗПП (2011) се приближава традиционалним и упоредним решењима на тај начин што утврђивање чињеница поводом декларативног захтева дозвољава само ако је то посебно прописано ЗПП-ом или другим законским прописима. Предмет декларативне тужбе може бити и утврђивање истинитости неке исправе, чији је циљ осигурање доказа. У раду су анализирани материјални и процесни прописи који предвиђају потребу за утврђивањем чињеница код декларативних захтева. Констатовано је да се судска пракса пре држи традиционалних правила, те није склона утврђивању чињеница у декларативним поступцима.

Приговор трећег лица и тужба против извршења (излучни захтеви) су важна тема са становишта спровођења извршиња, при чему је циљ да се спречи извршење на стварима и правима које припадају трећем лицу, а не извршном дужнику. У већини анализираних упоредних законских решења то право се истиче приговором пред поступајућим извршним судом. Код нас, за разлику од тога, захтев трећег лица се може поднети и приговором пред поступајућим судом, или тужбом у парничном поступку. Приговор је усмерен како према извршном повериоцу, тако и према извршном дужнику. По нашем праву у случају оспоравања права трећег лица извршни суд упућује треће лице на парницу, са циљем да се установи да ли оно има право на излучење и тек после тога, у светлу правноснажне одлуке парничног суда, наставља прекинути извршни поступак. Већина анализираних правних система предвиђа могућност одлагања извршења на предлог трећег лица ако је оно већ у фази подношења приговора извршном суду

учинио веродостојним доказима уверљивим да је у извршном поступку неосновано заплењена његова ствар. Према праву Републике Србије, међутим, уверљиво право трећег лица изнето у његовом приговору, не одлаже извршење, што се у овом раду критикује.

Евентуална кумулација тужбених захтева је институт од значаја за убрзање парничног поступка. Суштина је у томе да суд о евентуалном, секундарном захтеву одлучује тек када одбије примарни захтев. Следствено томе код евентуалне кумулације нема равноправности захтева као код праве кумулације, већ суд доноси одлуку о само једном захтеву, или о главном, примарном или о секундарном, евентуалном захтеву. Код евентуалне кумулације постоји зависност евентуалног захтева од главног захтева у том смислу, што у случају да суд усвоји главни захтев неће поступати по евентуалном захтеву. Редослед одлучивања о захтевима одређује тужилац у складу са диспозитивном максимом. Ако суд усвоји примарни захтев, евентуални захтев постаје беспредметан. Ако пак суд одбије примарни захтев приступа решавању евентуалног захтева. У том случају у првом ставу одлуке о евентуалном захтеву суд констатује да је одбио примарни захтев. У другом ставу своје изреке суд одлучује о евентуалном захтеву. Делимичној пресуди у поступку еветулане кумулације нема места. Поводом жалбе туженог на пресуду којом је суд усвојио евентуални захтев мишљења смо да би другостепени суд требало да испитује пресуду само у границама одређеним у жалби, односно у делу у коме странка није успела у спору.

347.2(497.11+4)

Др Раденка М. Цветић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Cvetic@pf.uns.ac.rs

РАЗВОЈ СТВАРНОГ ПРАВА СРБИЈЕ У СКЛАДУ СА ЕВРОПСКИМ ПРАВНИМ СТАНДАРДИМА

Сажетак: Током рада на пројекту у петогодишњем периоду, разматрана су различита питања у контексту даљег развоја Стварног права у Републици Србији. Резултат тог рада је пет оригиналних научних радова објављених у *Зборнику радова* Правног факултета у Новом Саду.

У раду ***Састав катастра непокретности*** (2/2011, 155-165), приказана је промена у саставу катастра непокретности као јавног регистра о непокретностима и стварним правима на њима, тзв. јединствена евиденција непокретности. Посматрано у односу на стање које је код нас постојало пре њеног увођења, јединствена евиденција непокретности замишљена је и спроведена као концепт који подразумева да катастар земљишта преузме дотадашњу функцију земљишних књига. Регулатива састава катастра непокретности садржана у Закону о државном премеру и катастру из 2009. године, израз је тежње законодавца да се превазиђе дугогодишњи изглед јединствене евиденције непокретности као механичког споја катастра земљишта и земљишне књиге. Катастар непокретности састоји се од: елабората премера, збирке исправа и базе података катастра непокретности. Свеобухватност базе података није никако недостатак сам по себи, али може угрозити неопходну једноставност и прегледност која се очекује у регистру права на непокретностима. У поређењу уређења листа непокретности и земљишнокњижног улошка, констатована је предност у корист потоњег. Прегледност и прецизност садржаја земљишнокњижног улошка доведена је до могућег савршенства, што је само по себи известан гарант правне сигурности.

Рад ***Кодификација стварног права – постигнуто и могућа будућност*** (4/2012, 145-155), представља приказ стања стварноправне регулативе кроз сагледавање могућих корака у правцу кодификације стварног права у Републици Србији. Од престанка важења Српског грађанског законика стварно право само је делимично регулисано. Бројне законске празнине, дугогодишња подрегулисаност стварно правних односа, неадекватна регулатива појединих института, мноштво закона у којима се налазе релевант-

на правила, резултирали су знатном правном несигурношћу у овој области. Најприхватљивији излаз из датог стања је доношење грађанског законика или новог закона (законика) који би свеобухватно регулисао стварно право. Проблеми су уочени, нужност кодификовања стварног права је истакнута, могућа решења су констатована, одређени напори у циљу превазилажења постојећег стања су учињени, али квалитативно нову ситуацију немамо ни данас. Разлог је, можда, прозаичнији него што се чини или жели приказати, о чему је, између осталог, било речи у овом раду.

Рад ***Пореска обавеза и упис у катастар непокретности – поводом једне одлуке Уставног суда Србије*** (3/2013, 209-221), резултат је потребе да се реагује на једну Одлуку Уставног суда Србије, ради приказа како се једном уочене противречности у правном систему не отклањају трајно, што говори у прилог давања предности прагматичним решењима у односу на напор изградње стабилног правног система. У том контексту, приказана је судбина правила према којем није могућ упис у одговарајућу правну евиденцију непокретности, без доказа да је плаћен порез на пренос апсолутних права, односно на наслеђе и поклон. Непримереност овог правила и његова сувишност у нашем правном систему сагледана је кроз супротност с уставном гаранцијом права на мирно уживање имовине, али и важећим стварним правом. У том смислу, приказана је и анализирана аргументација на којој је Уставни суд засновао своју Одлуку о несагласности овог правила с Уставом и образложена противност дерогираног правила одређеним начелима на којима је заснован катастар непокретности, пре свега начелу уписа. Јер, колико год овакво правило олакшавало фискалну ефикасност у овој области, не треба из разлога прагматичности поново једног дана посегнути за њим. То би био трећи покушај!

У раду ***Право прече куповине у извршном поступку у Републици Србији*** (4/2014, 147-160), је, полазећи од појма, врсте и дејства права прече куповине, размотрено питање адекватности измене правила извршног поступка која је учињена 2004. године, а тиче се наплате новчаног потраживања извршењем на непокретности. У питању је правило, којим је, као последица изостављања једне речи (везника), измењено дејство права прече куповине. Таква измена, колико год на први поглед изгледала безазлено (нарочито у склопу осталих правила за спровођење извршења на непокретности), није у складу са постојећом регулативом права прече куповине. Противречности у правном систему су увод у правну несигурност. Због тога је дужност законодавца да их не ствара, а обавеза стручне јавности да укаже на њих и омогући њихово уклањање. Годину дана након што је рад објављен, донет је нов Закон о извршењу и обезбеђењу, у којем су истакнути пропусти, након 11 година, уочени и отклоњени.

Рад ***Домашај начела уписа и начела пауздања у катастар непокретности у нашој судској пракси*** (3/2015, стр. 1017–1036), представља покушај да се кроз приказ начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности и њихов домашај у нашој судској пракси, укаже на неопходност њиховог поштовања ради постизања правне сигурности. Истакнута је тежина и сложеност улоге суда у примени позитивног права на путу ка правичном решењу индивидуалног случаја. Због одговорности коју суд сноси за ефикасност и стабилност правног система, без намере да се дезавуише судска пракса, указује се на неке пропусте, уз жељу да се превазиђу. Општост правних норми нужно захтева креативну улогу суда у оним случајевима који се не могу једноставно квалификовати. Због њих се морају чинити одступања, али уз образложење које недвосмислено доводи до закључка да је само таква одлука какву је суд донео, једино могућа и правична.

339.5:342.2

Др Драго Љ. Дивљак, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

ДРЖАВНА ПОДРШКА ПРИВРЕДИ, ИЗВОЗНИЦИМА И ИНВЕСТИОРИМА – НАШЕ ПРАВО И ПРАВО ЕУ

Сажетак: Различити облици државне подршке привредним субјектима, првенствено они финансијског карактера, имају значајне економске и правне реперкусије. С једне стране, они су значајни стимулативни инструменти за трговце, компаније и улагаче, а тиме и битан фактор економског развоја земље. С друге стране, они могу реметити конкуренцију на унутрашњем и међународном тржишту. Због неведеног значаја и реперкусија, сматрали смо важним и оправданим да се ова тема разматра у овом пројекту, посебно у контексту корелације релевантих домаћих правних правила у са правом ЕУ и потреба наше пословне праксе и права. Путем публикованих радова је указано на постигнуте резултате и потребу наше замље за даљом хармонизацијом ових правила. Резултати истразивања су примењиви у пракси, јер критичка анализа, примедебе и предлози могу бити од користи надлежним државним органима у оквиру потребе сталне доградње нашег правног система у циљу даљег приближавања Европској унији.

У складу са темом истраживања, рад на пројекту је био усмерен на анализи правних инструмената са којим држава подстиче своје привредне субјекте, али и стране инвестиоре и трговце да послују на њеној територији. У том погледу, пројектом су обухвећене две групе инструмената.

Прва група се односи на инструменте активне финансијке подршке привредним субјектима у виду државне помоћи,односно субвенција,као и путем извозног кредитирања.

Једна од важних политика државе је државна помоћ појединачним привредним субјектима, привредним гранама или поједеним регионима, а у циљу остваривања различитих економских и социјалних циљева. Међутим, због могућих негативних последица, државна помоћ се све више подвргава правним правилима националног и међународног права. Њиховом анализом, утврђено је да се праву ЕУ, креирао комплексан и диференциран систем правног режима о државној помоћи са циљем да спречи земље чланице да штите или промовишу своја предузећа на штету конкуренције у оквиру ЕУ. Њега као као новину прихватају и национална права, што је учињено и нашем праву доношењем закона о контроли државне помоћи.

Њиме се уређују општи услови за доделу, контролу доделе и коришћење државне помоћи, са суштинским циљем успостављања и обезбеђивања конкурентних тржишних услова и увођења реда у дотад неуређену област. Истовремено, тиме је успешно извршена и обавеза предприступне хармонизације ове области, која је неопходан предуслов приступања наше земље овој групацији, јер су наведеним законом у потпуности испоштовани стандарди и захтеви ЕУ.

У погледу субвенција, указује се да су оне постале константа у међународној трговини, због њиховог протекционистичког утицаја, нужно је одговарајућим правним правилима прецизно утврдити услове и режим за коришћења субвенција, али и примену компензаторних мера у случају кршења тог режима. Процеси либерализације нашег спољнотрговинског система и константни спољнотрговински дефицит, све актуелнијим чине потребу заштите сопствене привреде и креирање одговарајућег одбрамбеног инструментарија од недозвољених субвенција, и у нашем праву. У новим економским условима тој потреби је одговорено доношењем новог Закона о спољнотрговинском пословању и посебно, пратећих подзаконских аката. Његова правила из области субвенција су, како на концептуалном плану, тако и на плану појединачних решења, у највећој мери усклађена са захтевима Светске трговинске организације, а тиме последично и са стандардима Европске уније. Међутим, и даље остаје хронични проблем недостатка институционалних и одговарајућих кадровских претпоставки за његову пуну и оптималну примену.

Већи извоз се скоро универзално посматра као витални национални циљ. Да би остварили зацртане циљеве, државе спроводе активну политику подршке укључујући и извозно кредитирање. У модерно време, извозно кредитирање са јавном подршком је постала скоро нужна и претпостављена компонента у финансирању извоза великог броја земаља. У истржаивању је природно, посебна пажња је посвећена стању наше правне регулативе из ове области. Указује се да се наша земља се суочава с великим економским тешкоћама, укључујући и значајни спољнотрговински дефицит. У том контексту јачање правних и других претпоставки за извозно кредитирање са државним учешћем, и код нас се намеће као нужност. Закључује се да постојећи правно-институционални оквири у том погледу нису препрека, јер значајније не одступају од правног оквира других земаља и усаглашених правила на међународном нивоу. Међутим, за постизање оптималних циљева у овој области неопходно је и стално јачање финансијских капацитета, у чему смо лимитирани.

Други сегмент истраживања се односио на принцип националног третмана, као битног принципа којим се успоставља равноправан третман страних лица са домаћим, чиме он суштински постаје инструмент подршке

таквим лицима. Због својих специфичности и потреба продубљености истраживања, правна анализа је захтевала сегментиран приступ и одвојено третирање овог приниципа у области спољнотрговинског пословања и у области страних улагања. Научно–истраживачки рад највећим делом је био концентрисан на проблем садржине и примене принципа националног третмана, један од базичних принципа међународне трговине.

У области спољне трговине, извршена анализа је показала да је видљива намера нашег законодавца да начелно усклади наше законодавство са међународним захтевима и стандардима. У нашем праву се чини искорак у односу на ситуацију из пређашњег релевантног законодавства, зато што се осим на трговину робом, примена овог принципа проширује и на трговину услугама , али и на права индустријске својине. Међутим, у најзначајнијој, базичној области, трговини робом, то се и даље чини на уопштен начин, симплификовањем читаве проблематике и сводећи је само на заштиту од дискриминације, а занемарујући сферу протекционизма. Такво поступање не одсликава сву сложеност ове материје, нити је потпуно усклађено са међународним стандардима. Међутим, добра страна оваквог приступа је што даје држави више слободе у поступању у овој сфери, што може бити прихватљиво у овом прелазном периоду.

У области страних улагања, резулатати истраживања су показали да је и у новом инвестиционом законодавству Србије је предвиђена примена националног третмана, и то на на широкој и прецизније регулисаној основи и у оквиру међународних компаративних стандарда, укључујући и систем изузетака. Недостатак новог законодавства је то што измешта њихово регулисање из инвестиционог законодавства у специјалне законе, што умањује ефективну транспарентност и могућност лакшег сналажења страних улагача. Ипак, видљиво је да је у овој области наша земља успела да се приближи свом концепцијском циљу, да штитећи своје интересе, на рационалној основи успостави систем заштите страних улагача, уз задржавање подстицајног правног окружења за њихове инвестиције.

349.2./.3(497.11):061.1EU

Др Сенад Р. Јашаревић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ СТВАРАЊА И ПРИМЕНЕ РАДНОГ И СОЦИЈАЛНОГ ПРАВА (СРБИЈА И ЕУ)

Сажетак: Годишња истраживања и радови на Пројекту у оквиру индивидуалне теме истраживања **„Теоријски и практични проблеми стварања и примене радног и социјалног права (Србија и ЕУ)“** односили су се на новине у области радног односа у свету и ЕУ, нове видове радног ангажовања, приближавање радног права Србије радноправним стандардима у ЕУ и пракси развијених земаља чланица у појединим областима, као што су флексибилизација рада, радничка партиципација. Сви написани радови у оквиру рада на Пројекту објављени су у научним часописима. Поједини радови сачињени у оквиру рада на Пројекту представљали су и реферате на међународним стручним скуповима на којима су изложени (радови наведени горе под бр: 3, 5, 7).

Једна од кључних тема истраживања биле су новине у области рада, радног ангажовања, односно радног односа, ослањајући се на праксу ЕУ и њених земаља чланица. У последњих стотинак година друштвени рад се одвијао претежно у форми сталног радног односа. Крајем века догодиле су се значајне друштвено-економске промене у условима обављања рада, које су довеле у питање актуелну концепцију радног односа. Наиме, у већини земаља света током прошлог века прихваћена је концепција „биполарног радног односа“. У питању је двострани правни однос, између запосленог и послодавца, који се регулише уговором о раду, на основу којег запослени и послодавац имају одређена права и обавезе. Тај однос подразумевао је сталност радног односа као једну од основних економских премиса, док су нестални и „нестабилни“ облици рада били резервисани за секундарно тржиште рада и мање значајне послове и делатности. Пре тридесетак година долази до великих промена у друштвено-економском окружењу у којем се одвијају радни односи. Постојећа концепција радних односа постаје „преуска“ за успешно пословање. Развијају се нове форме рада, које подразумевају слабију правну заштита радника. То ће изазвати опадање броја стално запослених, односно „ерозију сталног запослења“. Појављује се велики број атипичних видова радног ангажовања, који захтевају другачији при-

ступ организацији рада и флексибилнију радно-правну регулативу (тзв. флексибилни облици рада). У радовима је указано на промене у начину одвијања и регулативи радних односа у свету, приказане су детаљније флексибилне форме рада (рад са непуним радним временом; рад на одређено време; привремени и повремени послови; рад код куће и рад на даљину; привремено уступање радника преко агенција; „квази-самозапошљавање"; рад код послодавца по основу грађанскоправних уговора и др).

Двадесетак година флексибилне форме рада биле су највећа „конкуренција" сталном радном односу. У међувремену су и оне исцрпљене, те су се последњих година појавиле нове, потпуно непознате форме рада. Ту спадају: масовни или групни рад (Crowd Employment), неформални рад (Casual Work), услужни рад (Portfolio work), дељење запослених (Labour Pooling/Employee Sharing), дељење посла (Job sharing), привремени менаџмент (Interim Management), мобилни рад базиран на информационој технологији (ICT based mobile work), рад на бази ваучера (Voucher Systems Work), заједничко запошљавање (Collaborative Employment), специфични запосленички статус (Specific Employment Status). Ови облици рада највише се користе у земљама ЕУ (у Србији су скоро потпуно непознати, али постоји простор за њихову примену).

Процеси на које смо указали у домену радног односа уочљиви су и у Србији, где све више долази до ерозије сталног радног односа и снижавања стандарда у погледу услова рада. Тзв. реформа радног законодавства, дерегулација и флексибилизација искоришћени су као изговор за већу експлоатацију радника, лично богаћење, а са друге стране, подстакли су социјалну несигурност. Закључили смо да реформске мере које се заговарају не би смеле да иду само на терет радника. Оне би морале да, са једне стране, доведу до модернизације организације рада и функционалне флексибилизације економије, чиме би се повећало запошљавање. Са друге стране, промене би требало да спрече све масовније злоупотребе у домену радног односа. Реформисање радног права не би требало да значи и одустајање од стабилности радног односа. Дугорочни циљ Србије и земаља у окружењу требало би да буде стално запошљавање, али засновано на здравим и реалним економским основама, а не као у периоду социјализма или последњих година у јавном сектору (где је веома заступљено тзв. партијско запошљавање).

Једну од тема представљале су спорне измене Закона о раду - из 2014. године. Док противници сматрају измене Закона великим кораком уназад, заговорници промена истичу њихову прогресивност и да представљају суштинско усклађивање нашег законодавства са напредним стандардима права ЕУ. Укратко, измене Закона о раду видимо као тежњу да се и у Србији коначно успостави слично правно окружење у домену рада, као у на-

предним земљама Западне Европе. Ипак, при сачињавању измена ЗОР инспирацију је више представљала стандардизована пракса у развијеним земљама ЕУ, него само комунитарно право. Стиче се утисак да је комунитарно право употребљено као изговор да би се лакше „прогурала“ непопуларна решења у Закону, мада је било и одређеног кретања у правцу хармонизације са правом ЕУ.

Као посебне теме обрађиване су и флексибилност рада и партиципација. Ради се о установама које су веома спорне и изразито противречно третиране у пракси и литератури. Док једни флексибилизацију рада сматрају „чаробним штапићем“ за прилагођавање праксе у области рада условима модерне економије, други је сматрају основним кривцем за све веће отпуштање запослених. Ради се о упрошћеном гледању на овај феномен. Флексибилност рада може бити интерна, екстерна, микро, макро, функционална, нумеричка, финансијска. Флексибилизација рада представља један од основних начина да се повећа ефикасност и прилагодљивост економије у условима кризе и глобализованог пословања. Ипак, флексибилизацију рада прате и многи негативни аспекти. Она може да буде штетна уколико се спроводи стихијски и није избалансирана са мерама за очување социјалне сигурности радника у периодима промена.

Слично је и са „радничком партиципацијом“. Док је у Србији она веома непопуларна, због негативних искустава везаних за „радничко самоуправљање“, у ЕУ партиципација представља веома актуелан процес. Са процесом приближавања ЕУ, Србија је последњих година учинила солидне почетне кораке у правцу хармонизације радног законодавства са комунитарним правом. То међутим није случај и у домену партиципације. Упоредна искуства показују да партиципација може да има корисну улогу у повећању мотивације, иновативности, продуктивности, социјалне кохезије и смањењу социјалних тензија. Наша држава и социјални партнери требало би да поклоне више пажње развоју партиципације и социјалног дијалога јер би ови механизми могли значајно да допринесу смањењу социјалних тензија.

343.1(497.11)

Др Снежана С. Бркић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Brkic@pf.uns.ac.rs

НОВО КРИВИЧНО ПРОЦЕСНО ПРАВО СРБИЈЕ – ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ

Сажетак: 1. Не само да нови ЗКП Србије из 2011. године има мноштво унутрашњих противречности, већ о његовој несавршености говори и чињеница да је он неусклађен са Уставом, са праксом Европског суда за људска права, Кривичним закоником, Законом о облигационим односима, Законом о јавном тужилаштву, Законом о судијама и Законом о полицији.

Навешћемо само неке случајеве неусклађености ЗКП са Уставом: 1) разликовање момента ступања на снагу и момента почетка примене ЗКП (чл. 608 ЗКП); 2) неједнак третман окривљених лица гоњених од стране различитих тужилаштава (чл. 608 ЗКП), с обзиром на то да су се у периоду од непуне две године паралелно примењивала два ЗКП – стари и нови; 3) могућност да јавни тужилац предузима радње у поступку преко тужилачких сарадника и виших тужилачких сарадника (чл. 48 ЗКП); 4) пређутно изједначење несудских и судских доказа; 5) одредба по којој о захтеву за заштиту законитости који је поднет због повреде закона, Врховни касациони суд одлучује само ако сматра да је реч о питању од значаја за правилну или уједначену примену права (чл. 486, ст. 2 ЗКП); 6) одредба чл. 363 ЗКП, која помиње и друге оправдане интересе у демократском друштву, као разлог за искључење јавности.

У односу на друге законе, на овом месту поменућемо само неусклађеност чл. 423, тач. 1 ЗКП са Кривичним закоником. Из те одредбе произлази да се ослобађајућа пресуда не доноси ако има услова за примену мера безбедности. То је супротно правилима кривичног права. Наиме, ако је у стању неурачунљивости учињено противправно дело законом одређено као кривично дело, онда нема кривице, а тиме ни кривичног дела, па би у том случају окривљени морао бити ослобођен. Због свега наведеног, треба приступити преиспитивању уставности новог ЗКП, као и усклађивању његових одредаба са другим законима, што је предуслов хармоничног правног система.

2. Уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године може се критиковати због низа погрешних решења и међусобно неусклађених законских одреда-

ба. Основна концепцијска грешка нашег законодавца је у томе што се истрага сматра првом фазом опште кривичнопроцесне форме. Такво законско решење намеће потребу редефинисања неких традиционалних процесних појмова и начела, који су општеприхваћени у теорији кривичног процесног права. Проблем се јавља, пре свега, са схватањем појма кривичног поступка као процесноправног односа, који се успоставља између основних процесних субјеката: суда, тужиоца и окривљеног. У тужилачкој истрази нема свих неопходних процесних субјеката: нема суда, а нема ни окривљеног. Врхунац представља одредба ЗКП по којој се истрага, а тиме и кривични поступак, може водити и против непознатог лица, што је недопустиво.

Могу се истаћи и следеће примедбе: статус осумњиченог у истрази; нижи квантум доказаности као услов за покретање истраге; неадекватно формулисање циљева истраге; непостојање контроле тужиочеве наредбе о спровођењу истраге; неадекватно одређивање рока за доношење наредбе о спровођењу истраге; необавештавање осумњиченог и браниоца о истрази одмах након њеног отварања; неефикасно обезбеђивање доказа у корист одбране; опасност од извитоперења тужилачке истраге у полицијску; преношење истражних функција на орган потчињен извршној власти.

3. Најзначајнија новина новог ЗКП Србије у вези са скраћеним поступком односи се на ширење подручја његове примене на кривична дела за која је прописана новчана казна као главна или казна затвора до осам година. Овакво решење може се објаснити променама у структури криминалитета, којима дају печат две противречне појаве: истовремени пораст ситног криминалитета и тежих кривичних дела. Осим тога, прагматички разлози приморавају законодавца да се флексибилнијим и неформалнијим одредбама или посебним процедурама боље прилагођава феномену лакшег криминалитета и омогућава његово брже процесуирање. Тиме се истовремено ослобађају материјални и персонални капацитети органа кривичног правосуђа, који могу да посвете више пажње и времена квалитетнијем суђењу тежих кривичних дела.

Проширење подручја примене скраћеног поступка наметнуло је потребу за преиспитивањем и неких других одредаба. Због тога су проширени основи за одређивање притвора, као и предвиђена могућност дужег трајања притвора пре подношења оптужног предлога. Из тих разлога је суђење недошавшем окривљеном резервисано само за кривична дела са прописаном казном затвора до три године.

Неке новине су последица увођења тужилачког модела истраге. Друге новине су последица промене система доказивања на главном претресу. Неке промене су резултат начелног ограничавања супсидијарне тужбе. Нека нова решења су боље усклађена са другим прописима, који су у међувремену донети (нпр., упознавање странака са могућношћу медијације).

Неке одредбе су сада прецизније формулисане (нпр., претходно испитивање оптужног акта). Има и промена искључиво терминолошког карактера (нпр., напуштање термина истражне радње у корист термина доказне радње). Нека нова решења су принципијелнија (нпр., поступање у случају стварне ненадлежности). Међутим, има и нелогичних, контрадикторних, па и апсурдних решења (нпр., одређивање момента започињања скраћеног поступка доношењем решења о одређивању притвора). Противречне су и одредбе о моменту до кога се може истицати приговор месне ненадлежности. Даље, неке нелогичне одредбе су резултат неприлагођавања раније постојеће одредбе о скраћеном поступку са измењеним концептом доказивања (нпр., дејство признања у скраћеном поступку). И у старом ЗКП (2001) и у новом ЗКП (2011) може се уочити појава да се понекад непотребно у делу о скраћеном поступку преносе одредбе општег поступка, које би ионако требало примењивати по основу опште одредбе о њиховој сходној примени. На крају, и једном и другом законику може се упутити приговор да не воде увек рачуна о правној природи одређених установа и да не разграничавају доследно посебне кривичнопроцесне форме од процесних варијабилитета.

4. Мандатни кривични поступак у Србији је доживео еволуцију од поступка за кажњавање пре главног претреса (2001), до рочишта за изрицање кривичне санкције (2011). Може се рећи да су нове законске одредбе о том поступку у начелу боље од ранијих. Неке новине су у знаку отклањања ранијих недореченост, прецизирања извесних одредаба, терминолошких измена, усклађивања са променама других правних установа, а неке у знаку садржајног обогаћивања мандатног поступка. О томе нарочито сведочи контрадикторни карактер рочишта за изрицање кривичне санкције према новом ЗКП и флексибилан начин изражавања пристанка окривљеног, који може бити и изричит и прећутан. Све досадашње законске измене у овој области показују тенденцију сталног ширења подручја примене овог поступка. Ипак, досадашња пракса није испунила очекивања теорије и законодавца.

5. У раду је истраживана еволуција терета доказивања у кривичном и у парничном поступку. Указано је на разлику између терета доказивања у субјективном и објективном смислу, која се прави у теорији грађанског процесног права, са једне стране и на разлику између формалног и материјалног терета доказивања, која се прави у теорији кривичног процесног права. Посебна пажња је посвећена принципу *in dubio pro reo* и његовој разлици од објективног терета доказивања у парничном поступку. Терет доказивања и у кривичном и у парничном поступку представља радну методу којом се решава криза спознаје суда приликом утврђивања чињеничног стања. Она претпоставља да је доказни поступак завршен, те да суд није

могао са сигурношћу да утврди истинитост одређених чињеничних тврдњи. Она не представља одступање од истине у поступку, али постигнута истина коју та метода подразумева може носити различите атрибуте у зависности од владајућег концепта доказивања (тзв. материјална истина, процесна истина). Правила о терету доказивања не представљају ни одступање од начела слободне оцене доказа, из простог разлога што та радна метода ступа на сцену тек после завршеног доказног поступка који је изведен у складу са начелом слободне оцене доказа.

Праћење еволуције терета доказивања и преовлађујућег доказног концепта у кривичном и парничном поступку показује својеврсно кружно кретање, у коме се савремени парнични поступци враћају чистим расправним моделима, континентални кривични поступци приближавају англосаксонским моделима и на крају, кривични поступци поново приближавају парничним поступцима.

341.6

Др Сања В. Ђајић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

УЛОГА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВОСУЂА У РЕШАВАЊУ СПОРОВА

Сажетак: Значај међународног правосуђа у савременом међународном праву све је већи и никако се не сме потценити. Број различитих међународних судова се данас већ броји десетинама, а број судских и арбитражних спорова је у сталном порасту. Чини се да се данас међународно право развија искључиво у међународном судском окружењу тако да улога међународног правосуђа данас није само решавање спорова већ и тумачење међународног права и обликовање права и обавеза држава које и нису непосредно учеснице у спору.

Постоји свакако много добрих страна решавања спорова пред међународним судовима: решавају се неспоразуми, отклањају препреке сарадњи, искључују се репресалије и употреба силе. Са друге стране, развојем правосуђа развијају се и проблеми који су инхерентни домаћем правосуђу али настају и они који су иманентни само међународним судовима.

Проблем све већег броја међународних судова и арбитражних трибунала повећава и ризик неуједначеног тумачења међународног права, не само на једном општем нивоу већ и на нивоу једне државе: могуће је да се једна држава поводом истог питања нађе пред различитим форумима и да буде изложена супротним захтевима које ће поставити судови у својим одлукама. На пример, Русија се нашла као тужена поводом истих чињеница и пред Европским судом за људска права, али и у међународној инвестиционој арбитражи. Реч је о споровима које је покренула групација Јукос. Док је пред Европским судом за људска права одбијено више захтева и досуђена висока накнада штете, у инвестиционој арбитражи, по тужби других тужилаца, ти исти захтеви су усвојени а накнада штете је била 50 пута већа. Чешка је била тужена у два одвојена инвестициона спора поводом истих чињеница али од стране фирме, у једном спору, и њеног власника, у другом. Ниједан од ова два арбиражна суда се није огласио ненадлежним, а исходи су били супротни: док је у једном спору тужбени захтев одбијен у другом је усвојен и Чешка је морала да исплати накнаду штете. Дакле, мрачна страна међународног правосуђа се крије у правној несигурности, а

правна сигурност је требало да буде једна од њених основних врлина јер је судско решавање спорова замишљено као решавање спорова применом права у поступку у којем су обе стране једнаке.

Предност и недостаци међународног судског решавања су бројни. Током петогодишњег пројекта издвојени су следећи проблеми: питања поступка и доказивања, стандарди тумачења међународних уговора чија повреда се истиче у међународним поступцима, начело добре вере и међународна инвестициона арбитража. Међународна инвестициона арбитража је данас вероватно најактивнија у односу на друге судске и арбитражне механизме решавања спорова па је већ из тог разлога заслужила посебну пажњу. Чињеница да досуђује високе накнаде штете је нужно чини интересантном, не само за теоретичаре већ и за инвеститоре и државе.

Међународна инвестициона арбитража има репутацију да је проинвеститорски расположена, односно да је беневолентна према тужиоцима (јер се само инвеститори, а не државе, и могу јавити као тужиоци). Током петогодишњег истраживања, у контексту улоге међународног правосуђа, донекле је ова теза о репутацији инвестиционе арбитраже и доказана. То се види у начину тумачења међународних инвестиционих споразума где се одредбе које фаворизују инвеститора широко тумаче (појам улагача, појам улагања, стандарди заштите) док се одредбе које би могле да ограниче обавезе држава домаћина тумаче рестриктивно (стање нужде услед економске кризе; обавеза да се претходно исцрпе локални правни лекови је искључена из инвестиционог окружења; услов законитости инвестиције се ограничава на почетак инвестирања; заштита животне средине и природних ресурса и заштита људских права нису дозвољен основ ограничења обавеза државе из билатералних инвестиционих уговора). У међународној инвестиционој арбитражи се по правилу игнорише домаће право и постојање других, уговорених механизама за решавање спорова; искључена је могућност противзахтева; досуђују се високе одштете; арбитражни судови се врло ретко оглашавају ненадлежним, и арбитражни трошкови се, по правилу, деле једнако између страна без обзира на исход спора.

Развој међународног правосуђа се чини незаустављив. Иако и даље важи принцип да државе добровољно пристају на надлежност, од овог начела државе данас имају мало користи јер су већ пристале на надлежност значајног броја судских и арбитражних установа, а та се сагласност данас може врло тешко повући (или, када се и депонује таква изјава, односно када се изађе из међународног уговора који предвиђа надлежност, она ће производити дејство тек након протека дугог рока, од пет па до двадесет година). Другим речима, државе данас морају да развијају стратегију одбране пред овим институцијама и ангажују значајне ресурсе да би успеле да умање негативне ефекте либерализације међународног правосуђа.

336.22

Др Горан Б. Милошевић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

ПОРЕСКА ОБАВЕЗА – НАСТАНАК И ДОСПЕЛОСТ

Сажетак: 1. Пореска обавеза, односно обавеза плаћања пореза представља дужност пореског дужника да плати утврђени порез и друге јавне приходе, укључујући и споредна пореска давања, под условима прописаним пореским законом. Порески дужник одговара за испуњење пореске обавезе од момента када су настале чињенице за које је пореским законом прописано да стварају пореску обавезу. Те чињенице представљају неки реални порески догађај. Настанак пореске обавезе везује се за онај моменат када наступе чињенице за које законодавац везује стварање одређених пореско-правних односа. Моменат настанка пореске обавезе одређује се за сваки порез посебно, у складу с одговарајућим пореским законом.

Код *периодичних пореза* (нпр. порез на имовину, порез на зараде, порез на добит правних лица), једном настала, пореска обавеза траје више година, а престаје изузетно (нпр. ако се сруши зграда на коју се плаћа порез на имовину, ликвидира се привредно друштво које је плаћало порез на добит, престане радни однос физичком лицу које је плаћало порез на зараде и сл.). Код ових пореза предмет пореске обавезе (порески дуг) настаје сваке године, сваког тромесечја, сваког месеца или чешће (нпр. приликом сваке исплате прихода) и гаси се приликом сваког испуњења.

Код *непериодичних пореза* (нпр. порез на капиталне добитке, порез на пренос апсолутних права, порез на наслеђе и поклон и др.) пореска обавеза траје само док се не угаси порески дуг (нпр. док се не плати дуговани порез).

Настала пореска обавеза мора се измирити од стране пореког дужника у року за измирење. Порез и споредна пореска давања (новчане казне, камате по основу доспелог, а неплаћеног пореза, трошкови поступка принудне наплате пореза и трошкови пореског прекршајног поступка) доспевају за плаћање у року прописаном законом. Измирење пореске обавезе састоји се у плаћању о доспелости дугованог износа пореза, на прописане уплатне рачуне јавних прихода, у роковима прописаним законом. По правилу, измирење пореске обавезе врши непосредно порески обвезник, осим у случајевима прописаним законом када је друго лице одговорно за изми-

рење пореске обавезе пореског обвезника. Уколико порески обвезник не измири порезу обавезу о доспелости, пада у дужничку доцњу, од када почињу да теку рокови за: обрачун камате; слање опомене за плаћање пореза; почетак поступка принудне наплате пореског дуга; и доношење решење о установљењу залоге (у одређеним случајевима). Дакле, последице доцње по обвезника могу бити: плаћање затезне камате, принудна наплата пореза и установљење заложног права у корист Републике Србије, односно јединица локалне самоуправе - за изворне јавне приходе које утврђује, наплаћује и контролише у јавноправном односу.

2. У погледу наступања доспелости у пореском праву могуће је разликовати следеће три ситуације:

а) Прва ситуација постоји *када се порез утврђује решењем пореског органа*. Тада доспелост наступа истеком рока који је наведен у самом решењу. Овај рок у коме треба извршити пореску обавезу назива се *париционим роком* и он, по правили, износи 15 дана од дана достављања решења.

б) Друга ситуација јавља се код оних пореза код којих је *у самом закону одређено време у којем порез треба да се плати*. У тим случајевима порез доспева истеком тога дана, тј. *прописаног дана плаћања.*

в) Трећа ситуација јавља се *код пореза који се плаћају по одбитку*, када порески дуг доспева истовремено са настанком пореске обавезе.

Порески обвезник и поред намере да измири доспелу пореску обавезу у року, може доспети у доцњу, односно у немогућност благовременог измирења пореске обавезе. Законодавац, може, под одређеним условима уважити положај пореског обвезника који није у стању да у року измири доспелу пореску обавезу. Сходно томе, одлуком надлежног пореског органа може се: одложити плаћање доспелог пореског дуга или одобрити плаћање пореског дуга на рате. Тако, порески орган може, на писмени и образложени захтев пореског дужника, у целости или делимично, да одложи плаћање пореског дуга, под условом да плаћање пореског дуга на дан доспелости: (1) за пореског обвезника представља непримерено велико оптерећење, и (2) да наноси битну економску штету пореском обвезнику.

340.132(37)

Др Маīдолна И. Сич, ванредни īрофесор
Универзиīеī у Новом Саду
Правни факулīеī у Новом Саду
M.Sic@pf.uns.ac.rs

BONA FIDES, AEQUITAS И UTILITAS PUBLICA

Сажеīак: Bona fides захтева од сваког појединца да се понаша савесно и поштено у свакодневном животу и посебно у правним пословима. *Aequitas* (правичност) захтева од оних који примењују право и суде о човековој судбини да водећи рачуна о правној једнакости узму у обзир и све околности (објективне и субјективне) конкретног случаја приликом доношења одлуке. Најзад *utilitas publica* (општи интерес/корист) је посебна смерница који усмерава како ствараоца тако и оног ко примењује право ка општој добробити целог друштва.

Bona fides, aequitas и *utilitas publica* су према томе основни принципи чије исправно схватање и усклађена примена омогућује стварање добрих правних правила водећи рачуна о интересу друштва у целини, као и њихову правичну примену и истовремено учи човека поштеном понашању, што све служи у општу корист, за добробит целог човечанства.

Ови принципи се налазе у основи римског права и битно су утицали на формирање оних правних правила која се примењују и дан данас. Посматрајући развој римског права, међутим, можемо приметити да највећу опасност при стварању и примени права представља искривљено схватање општег интереса/користи *(utilitas publica).* Обзиром на то да ово начело усмерава како ставрање тако и примену права, ако се уместо опште добробити оно идентификује са интерсом посебне владајуће групе, ни остала два принципа не могу да функционишу. У интересу владајуће групе постављен циљ формира неправедна правна правила, подстиче на корупцију при њиховој примени, а појединца на непоштено понашање, док поштени страдају.

У циљу разјашњења појма *bona fides* у раду „***Fides* и *bona fides* у процесу стварања римског општег права *(ius gentium)*“** разматрала сам питање зашто се *fides* мења у *bona fides* у току стварања *ius gentium*а у периоду републике и да ли придев *bona* мења значење појма *fides?* Дошла сам до закључака да је већ и *fides* имала значење поштења, верности, поверења, вере, која поред обавезе придржавања дате речи (заклетве) често обухвата и обавезу заштите интереса супротне стране у одређеном односу, поште-

но, коректно понашање. За разлику од овако апстрактног појма, придев *bona* уз *fides* означавао је поштено понашање у пословним односима које је требало бити усклађено са правилима обичаја старих *(mos maiorum),* барем у овом почетном периоду оживљавања размене. Временом под утицајем претклasичне и класичне правне науке додатак *bona* уз *fides* формира стандард поштеног понашања у пословним односима.

У раду под насловом: "*Iudicia bonae fidei"* разматрала сам примену принципа *bona fides* у грађанском поступку у току римске историје. *Iudicia bonae fidei* је парнични поступак у ком судија по службеној дужности води рачуна о *bona fides*у, тј. о понашању странака у оном односу који је довео до спора, а које је било супротно принципу савесности и поштења. Ова судијина обавеза се базира на клаузули преторове формуле: судија осуди туженог на све оно што је обавезан да дâ или учини на основу савесности и поштења *(„quidquid dare facere oportet ex fide bona")*. У овом раду су разматрана много дискутована питања настанка, основа, као и функције ове врсте поступка у римском праву. У савременом праву, обзиром на то да су многа правила приватног права која су настала уважавањем принципа *bona fides* постала и законска, постоји мишљење да уважавање овог принципа у грађанском поступку више није потребно, већ треба применити одговарајуће законе. Ми, међутим, сматрамо да имајући у виду да конкретни случајеви по правилу нису стреотипни и према томе не могу тачно да се подведу под одређену законску одредбу, испитивање савесности и поштења странака може и даље да буде онај коректив који ће омогућити правичну пресуду у складу са Целзовом дефиницијом права: *„ius est ars boni et aequi"*.

Примену принципа правичности *(aequitas)* у тумачењу права у току римске историје, као и утицај овог принципа на промене у праву разматрала сам у раду под насловом: **„Тумачење права у складу са правичношћу у римском праву".** Принцип правичности у тумачењу права даје могућност да се узимањем у обзир околности конкретног случаја одступа од уопштено формулисане правне норме, а ако се ове околности често јављају и да се она модификује. Примена овог принципа у преткасичном римском праву путем активности претора, претклasичних правника и судија, захваљујући увођењу *iudicia bonae fidei,* довела је до разбијања строгих форми старог *ius civile*а и до усклађивања права са потребама републиканског друштва. У класичном периоду то је био задатак од стране принцепса овлашћених јурисконсулта да путем *responsa* или као чланови принцепсовог савета у виду принцепових рескрипата дају тумачења у складу са правичношћу. Мада се ово тумачење одвијало под царском контролом, имајући у виду да се оно односило на ситне свакодневне приватно правне проблеме грађана, у овом периоду су применом правичности разрађена она

правно техничка правила приватно правних института, која су и дан данас у примени. У постклаcичном периоду, обзиром на општу кризу у римском друштву, као општи интерес *(utilitas publica)* био је одређен очување царства. Услед тога постклаcични правници нису више имали могућност креативног тумачења права, а почев од времена Константина, издавање и контрола правичне примене рескрипата, који су се сада односили на привилегије изузећа од разних терета и обавеза, била је резервисана за самог цара. Најзад, Јустинијан је и изричито навео да је цар једини не само стваралац него и тумач права. Шта је правично одређивао је цар у складу са хришћанском идеологијом и општим интересом Царства.

Мада је принцип општег интереса присутан и у претходним радовима, овом питању су посвећена и два посебна рада.

У раду под насловом **„Дуготрајни обичаји *(longa consuetudine)* и општи интерес *(utilitas publica),*** поводом анализе питања могућности располагања са будућим наслеством, разматрано је питање примене дуготрајних обичаја провинцијског становништва у Римској империји. Пример регулисања питања: да ли евентуални будући наследници могу да располажу будућим наслеђем указује и на то да су у постклаcичном праву народни обичаји који нису били супротни интересима Царства *(utilitas publica)* утицали и на промену правила класичног римског права. У посматраном случају, класично правило ништавости располагања будућим наслеђем модификовано је под утицајем германског обичаја у толико, да је уз сагласност будућег оставиоца била дозвољена како подела његове имовине за живота, а такође и располагање са тако подељеном имовином од стране будућих наследника. Ипак, при преузимању овог правила царско законодавство је имало у виду и себични интерес Царства: претварање „мртвог капитала“ породице у живи из којег су потомци могли да измире своје пореске обавезе. Према томе овај обичај не само што није био у супротности са тзв. „општим интересом“, већ му је био и у служби.

Најзад у раду **„Катастри, земљишни регистри и исправе о купопродаји у старом Риму– елементи модерних земљишних књига“,** разматрани су начини и сврха евиденције непокретности у старом Риму. Дошла сам до закључака да првенствени циљ евиденције непокретности у старом Риму био је да се реализује фискални интерес – пре свега наплата пореза, као један од најбитнијих, такозваних „општих интереса“ Царства.

343.14

Др Татјана Д. Бугарски, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

ПРОЦЕСНЕ РАДЊЕ ДОКАЗИВАЊА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: Кривични поступак је врста судског поступка у коме се одлучује о кривичној ствари, односно о кривичном делу и учиниоцу. Основни циљ кривичног поступка, који мора да буде законит и правичан је, да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција, под условима које прописује кривични закон. Централна тачка сваког кривичног поступка је доказни поступак. Процесне радње доказивања су основни инструмент у рукама суда на основу којих се утврђују чињенице релевантне за доношење пресуде или друге одлуке у поступку. Због тога се радњама доказивања поклања посебна пажња, не само у законодавству, него и у теорији, а посебно у пракси. Савремено друштво, чији развој и правац кретања је условљен интензивним развојем науке и технологије, изнедрило је и нове појавне облике криминалитета, који и поред широког спектра процесних радњи доказивања, нужно захтевају иновирање постојећих и увођење нових радњи доказивања у кривични поступак. Радње доказивања су бројне и разноврсне, а као значајнија питања у вези са њима могу се издвојити: 1. Информације, односно обавештења служби безбедности као доказа у кривичном поступку; 2. Проблематика дигиталних доказа; 3. Судије поротници и оцена доказа по слободном судијском уверењу; 4. Испитивање сведока; и 5. Захтев за заштиту законитости – ванредни правни лек као главна брана законитости радњи доказивања и судских одлука.

Борба против савремених, висикософистицираних појавних облика криминалитета, који су, по правилу, прекогранични, условила је модификацију процесних начела и процесних правила, као и преиспитивање доказних средстава. Последица је увођење нових доказа у кривични поступак. Основни инструмент у борби против савремених облика криминалитета је благовремена и тачна информација, до које се долази прикупљањем података од стране надлежних државних органа, обрадом и анализом тих података. Услови и начин прикупљања података и њихово трансформисање у информацију, условљавају могућност њене примене у кривичном поступ-

ку као доказа. С тим у вези све се чешће поставља питање *употребе информација које прикупе службе безбедности као доказа у кривичном поступку,* јер је постало евидентно да је кривично законодавство постало основни инструмент заштите друштва од тешких облика криминалитета. Сарадња органа државне и јавне безбедности са правосудним органима још у предистражном поступку је предуслов успешности кривичног поступка, а управо у овом поступку је најинтензивнија размена информација међу надлежним органима. Ипак, мора се бити посебно опрезан приликом коришћења информација до којих су дошле службе безбедности у свом раду, као доказа у поступку, чак и уколико постоје законски основу за њихово коришћење у поступку. У овом, посебан значај има криминалистичка аналитика, као и облици сарадње надлежних органа различитих држава у размени ових информација у борби против криминалитета.

Друго значајно питање у вези са проблематиком радњи доказивања у кривичном поступку су *дигитални докази.* Компјутери, иако су учинили људске активности бржим и једноставнијим, утицали су и на развој криминалних активности. Борба против савремених облика криминалитета код којих се рачунари појављују као средство, или као предмет извршења кривичног дела, нужно захтева познавање дигиталног доказа, као и посебна правила и процедуре њиховог откривања, фиксирања и прикупљања од стране стручњака информационе технологије.

Једно од најважнијих питања у вези са доказивањем у кривичном поступку је питање *оцене доказа по слободном судијском уверењу* од чега зависи и сам исход поступка, а што је посебно значајно када се има у виду постојање традиционалног лаичког елемента суђења у општем кривичном поступку. Проблематика оцене доказа по слободном уверењу судија поротника, њихова улога у кривичном поступку, овлашћења и надлежност, као и питање оправданости њиховог учешћа у кривичном поступку је важан предмет теоријске анализе. Судије поротници, исто као и судије професионалци су дужни да непристрасно оцене изведене доказе и да на основу њих са једнаком пажњом утврде чињенице које терете или иду у корист окривљеном, што представља један од аспеката начела правичног вођења кривичног поступка. Тежиште начела слободног судијског уверења је у отклањању било каквог правила о вредности доказа па је увођење судија поротника у судски поступак имало за циљ прелазак са законске на слободну оцену доказа. Ипак, сасвим оправдано се може поставити питање да ли судије поротници могу да одговоре овом задатку који се пред њих поставља.

Традиционална радња доказивања – испитивање сведока, у савременим кривичним поступцима и даље је доминантна, као лични доказ у односу на материјалне. У великом броју случајева се пресуда претежним делом заснива на чињеницама које су утврђене извођењем личних доказа.

Због тога се овој доказној радњи посвећује посебна пажња, како у теорији, тако и у пракси. Елементи адверзијалног поступка који се односе на испитивање сведока, односно правила испитивања су нашла место и у нашем новом Законику о кривичном поступку. Евидентне предности новог начина испитивања сведока, при чему се првенствено мисли на унакрсно испитивање, као правничку вештину која је од суштинског значаја за постизање успеха у испитивању сведока у кривичном поступку, треба да допринесу ефикасности извођења доказа сведоцима и самим тим доношењу квалитетнијих одлука у поступку.

Захтев за заштиту законитости представља изузетно важан ванредни правни лек који има циљ да обезбеди законитост одлука донетих у кривичном поступку, као и процесних радњи које су претходиле доношењу тих одлука. Оно што га чини посебно значајним је то да се њим штити законитост процесних радњи, па самим тим и радњи доказивања. Нови Законик о кривичном поступку (2011) је увео велике и значајне новине када је у питању овај ванредни правни лек, које су последица, између осталог, и укидања ванредног правног лека захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, који је био предвиђен претходним Законником о кривичном поступку (2001), а који је био једна врста пандана захтеву за заштиту законитости у рукама окривљеног. Захтев за заштиту законитости као ванредни правни лек представља својеврсни инструмент који обезбеђује владавину права предвиђену самим Уставом, који је новим законским решењима постао предмет великог интересовања теорије и праксе.

343:340.132

Др Драшиша С. Дракић, ванредни шрофесор
Универзишеш у Новом Саду
Правни факулшеш у Новом Саду
D.Drakic@pf.uns.ac.rs

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ КРИВИЧНОПРАВНИ ПРОБЛЕМИ – ОДАБРАНЕ ТЕМЕ

Сажешак: - У динамици правног живота процеси стварања права и његове примене сукцесивно се смењују, почев од делатности законодавца на плану стварања генерално – апстрактног права, преко комплексне делатности суда у циљу његове практичне примене, која се по правилу окончава доношењем правноснажне и извршне судске одлуке (што није ништа друго до својеврсни наставак процеса стварања права "из општег у посебно"), којој се на крају "удахњује живот" њеним тумачењем и извршењем. А у овом целокупном процесу суд неоспорно заузима централно место.

Ако се судијама заиста жели обезбедити правосудна власт која гарантује поштовање принципа правне државе, од судија се не сме очекивати и захтевати да буду консеквентни спроводитељи правног позитивизма. Овде би чисто формално правно – државно размишљање донело више штете него користи. Коначно, њега је на данашњем ступњу правне свести готово немогуће доследно спровести. Приликом доношења одлуке у кривичном поступку, без обзира на то да ли се та одлука тиче утврђивања чињеница или примене права, личност судије, као одлучујуће инстанце, никада не би смела, нити би могла бити искључена. Она се улива у одлуку и њу носи. Могло би се рећи да судство мора бити чувар истинског права, а не "слепи" извршилац простог легалитета. Ипак, потребно је овде бити опрезан како се не би отишло у другу крајност, те напред наведено "истинско право" трансформисало у својеврсно неправо.

- Питање које је неразлучиво повезано са претходним је питање о стилу и квалитету језика закона. Могло би се рећи да квалитет закона у великој мери зависи од квалитета употребљеног језика којим се закон изражава и обликује.

Језичка некомпетентност онога који пише закон негативно се одражава, не само естетски, већ и суштински на његов квалитет. Ми данас имамо, не само стилски рогобатно написане, већ и садржински лоше законе. Да би се побољшао квалитет закона неопходно је да данашњи правници буду "мало више лингвисти и књижевници". Јер, право нема своје самостално

место, изван језика. Управо је супротно, право је у језику, а исто тако је и језик у праву. Језик је стога инструмент рада правника, али истовремено и предмет његовог рада, јер се тек језиком право оживотворује и удахњује правном снагом. Ипак, то не значи да се овим преплитањем права и језика губи аутохтоност језика, његова унутрашња инхерентност као самосталног медијума. С тим у вези, тачно је да специфична материја права намеће одређени стил и језик закона, али је исто тако несумњиво да стил и језик имају и своје самостално место.

Могло би се рећи да право језику закона даје посебну ноту, специфичну "патину", која ипак још не обезбеђује статуирање "самосталне језичности" законског и уопште правног језика. Не сме се због тога никада пренебрегнути чињеница да је правни појам у области права одређен својом садржином, а у области језика својим изразом, што истовремено говори и о нераскидивој исконској вези права и језика.

- Данас је актуелније него икада питање које се тиче "вредности" човечијег живота који наводно више није "вредан живљења". И у кривичноправној теорији а нарочито пракси ово питање има велики значај.

Мишљења смо да ниједан човек не може да суди о томе да ли други има, или нема фундаментална обележја личности, а с тим у вези и да оцењује, да ли је његов живот вредан или није вредан живљења. Таква права, какво је право на живот, морају се признати сваком бићу које потиче од човека, без изузетка, и то од првог тренутка његове чисто природне егзистенције. Стога се не би смели уводити никакви критеријуми, било они који наводно конституишу, или пак елиминишу дигнитет нечије личности као насиоца ових права. Уколико ми у праву, али и иначе, не будемо респектовали друге као личности, не можемо очекивати ни да ће наша личност од стране других бити уважавана. Без поштовања овог принципа међусобни саживот људи, као и опстанак права и правног поретка, био би немогућ.

Што се тиче кривичноправне заштите права на живот, његовим одредбама живот се штити, од тренутка рођења, па све до момента нечије смрти. Интенција кривичног права је да се заштити живот човека у свакој његовој фази, дакле без обзира на његов старосни ниво, као и његов квалитет, од сваког облика напада на њега. У том циљу, у нашем, и не само у нашем, кривичном праву постоји читав каталог кривичних дела којима се, непосредно или посредно, настоји заштитити живот човека, а штити се и живот још нерођеног људског плода.

- С тим у вези је и питање општег образовања оних који примењују кривично право. Како се наиме у праву, па и кривичном праву, суди људима, они који примењују кривично право не би смели да буду незаинтересовани и неупућени у суштинске психолошке, и друге егзистенцијалне про-

блеме човека и специфичности његовог функционисања, као и у основне законитости и модалитете разрешења унутар-психичких, али и међуљудских конфликата и сукоба. Стога би опште образовање, посебно када су у питању одређене не-правне научне области и дисциплине, морало бити интегрални део њихове правне културе. Ово образовање, као и животно искуство, често је кључна претпоставка правилног и праведног разрешења конкретног кривичног случаја у судској пракси.

- Да је шире образовање од оног чисто правничког потребно правницима види се и из проблема који проистичу из мањкаве правне заштите агресивних, душевно болесних и поремећених лица.

С тим у вези, у нашем правном систему постоје три различите могућности за принудно лечење путем стационирања ових лица. Прве две могућности резултирају из извршења кривичног односно прекршајног дела и правно су утемељене и уређене одредбама кривичног односно прекршајног права. Трећа могућност принудног задржавања ових лица није условљена извршењем казненог деликта, већ се базира на одговарајућим одредбама Закона о заштити лица са менталним сметњама.

Полазећи од чињенице да се ради о истој категорији лица, неминовно је да напред наведене принудне мере буду међу собом усклађене, да се допуњују, и по потреби отклањају недостатност у резултатима примене друге, односно других мера. Овакву, условно речено корективну и кохезиону улогу посебно би требало да одигра здравствено-заштитна мера принудног задржавања Закона о заштити лица са менталним сметњама. Нажалост, овакву улогу предметна мера није испунила, чиме је пропуштена шанса да се овим, код нас релативно новим Законом, разреше неке дилеме и пропусти који су постојали у нашем казненом законодавству, а тичу се принудног лечења душевно болесних и поремећених лица.

343.2(497.11):061.1EU

Др Бранислав Р. Ристивојевић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs

ПРЕУЗИМАЊЕ НОРМИ КРИВИЧНОПРАВНОГ КАРАКТЕРА ПРАВА ЕУ У ПРАВНИ ПОРЕДАК РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Сажетак: У оквиру истраживања на пројекту обрађене су различите теме од значаја за имплементацију норми МКП у право Републике Србије. У прво години истраживања обрађена је тема културолошког оквира у којем се ово преношење обавља. Другим речима обрађена је утицај вредносних садржаја културе на развој и уобличавање МКП. У раду се распрвилоа питање односа вредносних садржаја културе на уобличавање и развој међународног кривичног права. Одавно је схваћено да је одговор сваког друштва на криминалитет у најтешњој вези са његовом вредносном подлогом. Које вредности неког друштва ће бити заштићене кривичним правом и од којих напада условљено је вредносним ставом људи о томе шта је добро, а шта је лоше. Будући да се културе широм света разликују и вредносни ставови се разликују. Управо из овог разлога међународни легислатор је развио дуговековну традицију мукотрпног усаглашавања вредносних ставова како би његове норме биле прихватљиве за велики број држава. Ово води великом броју недовољно одређених, аморфних и флуидних дефиниција у међународном праву и доследном одбијању његових субјеката да се подвргну принудним нормама ове гране права. Сваки покушај одступања од ове традиције је узрок неделотворности међународноправне норме, што доказује неуспехом принудних институција међународног кривичног правосуђа као што су ad hoc трибунали. Из овога следи да су домаћа, а не међународна суђења, увек делотворнији вид правосуђа.

За главни чинилац који обликује вредносне ставове неке културе узета је њена надмоћну верску етику. Услед великих верских разлика између култура немогуће је заокружено и целовито вредносно усаглашавање на међународној равни. Данас ће се већина писаца у области међународног кривичног права сагласити да се устројство ове правне гране у различитим културама света описује као “западњачко”. Ова тврдња се најбоље доказује малом, скоро безначајном, подршком коју Међународни кривични суд ужива изван тзв. “западне цивилизације”. Даљња последица вредносне неусаглашености од које пати међународно кривично право огледа се у не-

постојању једне заокружене и целовите политике сузбијања међународног криминалитета.

Између два могућа пута за превазилажење описаног проблема, треба се определити за усаглашавање међународног кривичног права са културним разликама које га оптерећују пре него за усвајање једног културног односно вредносног обрасца. У супротном, међународно кривично право би његови адресати доживљавали и оценили као један од механизама за наметање вредносног поретка политички или привредно надмоћне културе.

Након давања овог културолошког оквира за преузимање норми МКП у кривично право Србије критички су сагледани аргументи које је законодавац користио када се упустио у поступак декриминализације увреде и клевете имплементирајући стандарде који наводно постоје у ширем правном окружењу у вези са овим кривичним делом. Оцењено је да их је врло мало, анализирани су, и нису пронађена оправдања нити за један који је искоришћен приликом њиховог преузимања, а за неке од њих не може да се тврди да су уопште криминалнополитички аргументи. Највише је критикован аргумент како је грађанскоправна одговорност довољна за заштиту достојанства личности и изведен је закључак да је тако нешто немогуће по природи ове вредности код које човек не штити неку ствар већ једнакост своје личности са свим другима.

С друге стране образложени су значење части и угледа као вредности заштићених правним поретком у савременом друштву и изведен закључак да их је законодавац потценио препуштајући их само заштити грађанског права. Здравље људског духа нераскидиво је повезано са ненарушеном чашћу и угледом и има исто значење које има здраво тело за човека у пољу физичког битисања. Колико човек тежи здравом телу, толико, па и још више, тежи здравом духу. Лек за њега није из области природе јер ту није ни узрок болести. Лек за повређену част и углед је задовољштина јер она враћа пољуљано самопоуздање. Као један од јаких аргумената у корист кривичноправне заштите части и угледа истакнуто је да не постоји вредности коју човек ужива и након смрти и да, штавише, може и да их стекне након смрти.

Такође је критички обрађено и питање последица преузимања норми МКП у области трговине људима, и то нарочито када је у питању легислативно-техничко обликовање пристанка повређеног код овог кривичног дела. Лоша легислативна техника у међународном кривичном праву у ужем смислу је одавно забележена и описана појава. Истраживање је показало да исти закључак може да се да и за одредбе међународног кривичног права у ширем смислу, где трговина људима свакако спада.

Обликовањем пристанка повређеног писци Протокола су створили логички неодрживе поставке. Несумњиво је да су желели да оставе могућ-

ност да се човек добровољно упусти у проституцију што већина науке и препознаје као њихову намеру. Међутим, пажљивим читањем одредби Протокола види се да легислативно-технички приступ пристанку повређеног није дао жељени исход.

Имајући искривљену слику о начину на који се људи упуштају у проституцију услед недостатка правих обавештења о појави трговине људима, а истовремено оптерећени предрасудама које долазе из поља међународног права о људским правима, све пасивне субјекте трговине људима прогласили су неспособним да дају свој пристанак на сексуално или радно искоришћавање. Ово су учинили путем изједначавања значења и дејства свих набројаних начина односно средстава радње извршења трговине људима. Прво изједначавање је извршено када је утврђено да се њима, како каже Протокол, обезбеђује пристанак пасивног субјекта. Рад је показао да се неким од њих (принуда, превара), управо супротно, поништава пристанак, док су други (давање или примање користи) саставни делови апсолутно сваке могуће одредбе проституције. Не постоји другачији начин да се неко лице упусти у проституцију него за материјалну корист. Сваки други начин на који би се неко нашао у проституцији могли би се без проблема оценити као силовање. Друго изједначавање је извршено када је утврђено да су сви пристанци без обзира на начин односно средство уз помоћ којег су издејствовани „неважни“. У оним случајевима где се начином радње извршења поништава пристанак она је непотребна и сувишна јер у тим случајевима пристанка нема, а у оним где се пристанак заснива ово решење ствара два велика криминалнополитичка проблема. Први проблем је што практично забрањује класичну проституцију. Она постоји од када је света и века (не зову је узалуд најстаријим занатом) и бесмислен је сваки покушај да се забрани. Други проблем је тај што ствара механизам да се обична тржишта радне снаге уместо наградом уређују кривичноправном принудом, што је скоро незамисливо из угла мерила расуђивања које користе економисти.

Све у свему проблематика преузимања норми МКП у кривично право Републике Србије је свежа, жива и динамична колико је динамична и сама категорија међународног кривичног права. У току петогодишњег истраживачког периода значај појединих садржаја МКП се променио и преселио се из сфере МКП у ужем ка МКП у ширем смислу. То међутим није оставило практичне последице на проблематику преузимања ових норми у унутрашње право РС. Она углавном остаје иста, односно унутрашње право се бори са истим проблемима. То може водити закључку да поједине карактеристике МКП опстају без обзира што се тежиште занимања међународног легислатора за ову грану права сели из његовог ужем ка његовом ширем смислу.

342.5(497.11):061.1EU

Др Слободан П. Орловић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Orlovic@pf.uns.ac.rs

ОРГАНИЗАЦИЈА ВЛАСТИ ЕУ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ИЗВРШНА, ЗАКОНОДАВНА И СУДСКА ВЛАСТ – СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ

Сажетак: Локална самуправа се често назива преосталом оазом непосредне демократије данашњих држава. Као разлози те тврдње наводе се објективна немогућност управљања непосредно, од стране народа, данашњом великом и компликованом државом. За то на мањој и малобројнијој територији постоји већа шанса. Ипак, та прилика се и на локалном нивоу користи све мање јер је, већ дуго, непосредна самоуправа локалног становништва замењена бираном (страначком) влашћу и професионалном управом.

Овакво стање свакако да из догматског угла трпи критике. Грађани као носиоци суверености, лишени су (у највећем делу) директног управљања самима собом у малој заједници где живе. Одлучивање о пословима који су им блиски и о питањима са којима се свакодневно срећу преносе на друге (локалне органе, политичке странке, професионалне менаџере), пресликавајући систем „велике“, државне власти. “Самоуправа“ се тако сасвим приближила „управи“, само на ужем подручју од државног.

Супротно теоријској критици, посредно учешће грађана у обављању локалне власти оправдава се одређеним закономерностима које су објективни пратилац друштвене дијалектике. Општине (или друге јединице локалне самоуправе) углавном више нису бројчано ни површински толико мале да би сви грађани, сходно надлежностима локалне заједнице, свакодневно одлучивали. Послови у локалној заједници (комунални и други) су постали одвећ компликовани и учестали да би им се прилазило спонтано, по потреби и аматерски. То нужно „отуђење“ локалне власти блажи чињеница да је за важне одлуке (статусне, финансијске) увек могуће организовати референдумско одлучивање као вид непосредне локалне демократије и то лакше него на националном нивоу. Уз то, тај референдум је „компетентнији“ од националног јер је становништво у локалу више упућено у живот свог окружења, него сви грађани у крупна државна питања.

Еволуција локалног самоуправљања у Србији имала је некакав свој специфичан пут. Истовремено на развој наше локалне самоуправе утицале

су шире друштвене околности, упоредноправна решења и конкретне политичке прилике осликане, углавном у борби за централизацију и децентрализацију. За садашњу локалну самуправу у Србији могло би се рећи да са разлогом носи име „самоуправа“. Она свакако није достигла свој зенит, највишу тачку, али општине имају довољно надлежности да у доброј мери саме собом управљају.

Уставноправни положај (у ужем смислу – онај какав је прописан Уставом) локалне самоуправе је такав да је она гарантована као „право грађана“ којим се „ограничава државна власт“ (чл. 12 Устава). Али, даља разрада овог начелног уставног полазишта није до краја изведена. Постоје одређене дилеме по питањима као што су изворне надлежности локалне смоуправе или правни домет самоуправе у погледу самосталног уређења локалне власти. Такође, питање је колико је уставотворац намеран да локалну самоуправу организује по ономе што се у теорији назива скупштинским моделом организације власти, с обзиром на то да тај модел готово да није постојао у уставноправној пракси.

Напослетку, пут уједначавања права на тлу Европе није мимоишао ни локалну самоуправу. Као путоказ у том правцу стоји Европска повеља о локалној самоуправи (1985) која прописује општеприхватљиве стандарде положаја локалне самоуправе. Ипак, довољно је погледати својствености развоја локалних заједница и специфичности појединих држава па да се са извесношћу може закључити да једнообразност локалне самоуправе у Европи не може бити постигнута.

347.468:347.768(497.11+4)

Др Бојан Л. Пајтић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs

ГРАЂАНСКОПРАВНИ ИНСТИТУТИ У СРПСКОМ И ЕВРОПСКИМ ПРАВИМА – СТВАРАЊЕ И ПРИМЕНА

Сажетак: Током вишегодишњег периода, колико је трајао рад на пројекту “Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“, научноистраживачка пажња била је усмерена на анализу питања која прате стварање и примену грађанскоправних института, као и на поређење стварања и примене тих института у српском и другим правним системима. Проблеми и питања осветљивани у појединим етапама научноистраживачког рада међусобно су сродна и повезана, и та веза се јасно сагледава у научним радовима који су и резултат рада на Пројекту.

Полазна основа научноистраживачког рада била је прикупљање, обрада и анализасакупљене домаће и иностране литературе, као и релевантних домаћих позитивноправних прописа, након чега је уследила анализа могућности усаглашавања анализираних института са сродним институтима у упоредним законодавствима. Коначни резултат истраживања су четири научна рада. Методи коришћени током истраживања у оквиру рада на Пројекту су: нормативни, историјскоправни, упоредноправни.

Како је очекивани резултат рада на Пројекту адекватна и поткрепљена анализа за потребе Пројекта, почетак рада подразумевао је сагледавање текста Закона о облигационим односима, чије одредбе регулишу садржину грађанскоправних уговора. Након тога, уследила је анализа појединих института облигационог права (института јемства, института изведених из јемства, банкарске гаранције).

Имајући у виду нарастајући значај проблематике одговорности за настанак штете као и опасности од настанка штете у контексту заштите животне средине на нивоу Европске уније, основна тема истраживања и рада на Пројекту проширена је и на обимну, сложену и захтевну област заштите животне средине. Како животна средина представља све значајнију област интересовања и регулисања и у свету и у нашој земљи јер је та област једна од најобимнијих, најсложенијих и инвестиционо најзахтевнијих сфера деловања и појединаца и институција, било је потребно сагледати правне тековине Европске уније које би требало преточити у наше на-

ционално законодавство. Анализа која је почела испитивањем позитивноправних прописа у нашој земљи и њиховој усаглашености са релевантним међународним прописима водила је ка анализи проблема превенције и накнаде штете у области заштите животне средине јер је принцип превенције један од основних начела права животне средине. Због тога што је штета нанета животној средини или њеним појединим сегментима у највећем броју случајева ненадокнадива или само делимично надокнадива, анализирани су и уговорни односи и персонална средстава обезбеђења потраживања у нашем праву, док се део испитивања односио на анализу грађанскоправне одговорности у ситуацијама угрожавања животне средине. Научни рад у којем је посебно обрађена проблематика такозване еколошке одговорности и њеног регулисања на нивоу ЕУ, као и имплементације ове установе у поједина национална законодавства, „Еколошка одговорност", резултат је ове етапе истраживања.

Даље бављење теоријским и практичним проблемима стварања и примене права, као и бављење грађанскоправним институтима, усмерило је пажњу на институт јемства у српском праву и другим упоредним правним системима, континенталним и англосаксонским. Јемство се, као класични правни институт, развијало еволутивно од римског права до данашњих дана па је анализа сличности и разлика у третирању овог средства обезбеђења потраживања корисна како због указивања на узајамну повезаност европских правних система, тако и због упућивања на институте произашле из уговора о јемству који су нашли своје место ван граница наше земље а који би били погодни за преузимање и примену и у српском праву и пракси. Резултати ове компаративне анализе изнети су у научном раду „Јемство у српском и упоредним правним системима".

Наставак истраживања био је фокусиран на уговоре о јемству. Поље анализе обухватило је проучавање уговора о јемству и института привредног права насталих из овог персоналног средства обезбеђења потраживања. Како средства обезбеђења потраживања представљају значајне инструменте развоја правног промета и успостављања правне сигурности у привреди, компаративан приступ институтима који су еволуирали из уговора о јемству указује и на потенцијале нових средстава обезбеђења, и на могуће правце даљег развоја ових правних послова. Анализа ове теме и закључци те анализе изнети су у научном раду „Однос уговора о јемству и сродних института привредног права".

Један од института изведених из уговора о јемству, банкарска гаранција, посебно је занимљива за сагледавање у контексту поређења правних система. Банкарском гаранцијом се банка обавезује према повериоцу да ће испунити пуноважну и доспелу обавезу дужника, уколико овај то не учини. Пракса је показала да ово средство обезбеђења потраживања показује

значајне предности у односу на друга персонална средства, поготово у смислу вишег степена заштите повериоца у облигационом односу, па се због наведене погодности овај институт све чешће примењује у правном промету, како у нашем, тако и у другим правним системима. Предмет анализе била су нормативна решења у погледу регулисања банкарске гаранције као посебног правног посла, у коме, за разлику од јемства, нема акцесорности, а истраживање је посебан акценат ставило на упоредноправну анализу овог средства обезбеђења. Анализа института изведених из јемства, са нагласком на анализу банкарске гаранције као облика јемства, као и сагледавање употребе овог средства обезбеђења у нашој пракси и пракси европских система уобличени су у научном раду „Банкарска гаранција у српском и европским правним системима“.

Резултат ангажовања на пројекту и закључци истраживања изнети су у низу научних радова: “Еколошка одговорност”, “Јемство у српском и упоредним правним системима”, “Однос уговора о јемству и сродних института привредног права” и “Банкарска гаранција у српском и европским правним системима”. Радови су током периода предвиђеног за реализацију Пројекта објављени у издањима Зборника Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

340.132(497.1)“1918/1930“

Др Гордана М. Дракић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Drakic@pf.uns.ac.rs

СТВАРАЊЕ И ПРИМЕНА ПРАВА У КРАЉЕВИНИ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА (КРАЉЕВИНИ ЈУГОСЛАВИЈИ) – ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ

Сажетак: Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца, настала 1. децембра 1918. године уједињењем Краљевине Србије и Државе Словенаца, Хрвата и Срба, имала је особен правни систем који се састојао из шест правних подручја. На сваком правном подручју важила су и примењивала се различита правна правила и прописи који су били наслеђени из пређашних државноправних оквира којима је појединo подручје пре конституисања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца припадало.

Настанак нове државне творевине 1918. године, означио је почетак процеса стварања нових правних норми. Тај процес је био комплексан и свеобухватан, јер је било потребно донети нове прописе готово за сваку област државног живота и сваку грану права. С друге стране, на ток процеса стварања права неминовно су утицале друштвене и политичке прилике у држави.

У појединим крајевима новостворене државе, какво је било и подручје Војводине, требало је оснивати нове судске инстанце како би се употпунио и, у организационом смислу, заокружио судски систем. Мрежа постојећих првостепених судова на подручју Војводине била је наслеђена из угарског правосудног система којем је, то подручје, припадало до уједињења и стварања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца. На самом почетку, било је неопходно обезбедити услове за несметан рад и пословање првостепених судова. С друге стране, на подручју Војводине нису постојале више судске инстанце, те је њихово формирање представљало задатак од велике важности. Први велики корак у том правцу било је формирање Апелационог суда у Новом Саду 1919. године. О заокруженој организацији судова на подручју Војводине с правом се може говорити од тренутка када је почело са радом Одељење Б. Касационог суда у Новом Саду. Делатност, наведених, виших судских инстанци имала је изузетан значај за организацију и правилно функционисање судства на подручју Војводине.

Највиша судска инстанца на подручју Војводине основана је, како смо навели, 1920. године одлуком Министарског савета Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, а исте године донесена је и посебна Уредба којом су биле прописане ближе одредбе о организацији и надлежности Одељења Б. Касационог суда у Новом Саду. Оснивање највише судске инстанце и њено функционисање на подручју Војводине имало је немерљив значај за консолидацију прилика у правосуђу и обезбеђивање правне сигурности грађана у периоду између два светска рата. Главни задатак у раду Одељења Б. Касационог суда у Новом Саду било је, осим координирања активности у судству на подручју своје надлежности, настојање да се читав правосудни систем на подручју Војводине подигне на ниво који би одговарао захтевима напреднијег и модерног доба које је уследило после Првог светског рата.

Највиша судска инстанца на подручју Војводине обављала је са успехом све послове који су били прописани законом за јединствени Касациони суд чије је оснивање било прокламовано Уставом Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца донесеним 28. јуна 1921. године, али које се није реализовало за све време постојања међуратне југословенске државе. Стога је Одељење Б. Касационог суда у Новом Саду, на захтев Министарства правде, давало своје мишљење у вези са доношењем нових или потребном изменом постојећих правосудних закона, али и у вези осталих питања која су се тицала изједначења законодавства. Осим тога, вршењем, законом предвиђене, функције надзора над радом подручних судова, Одељење Б. Касационог суда настојало је да обезбеди правилно и једнообразно примењивање закона у домену функционисања судске власти на подручју Војводине.

У свеобухватном процесу изједначавања законодавства у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, односно Краљевини Југославији нашло се простора, и за настојање да се на јединствен начин у читавој држави уреди јавно бележништво. Установа јавног бележништва је, наиме, постојала на оним подручјима у држави која су пре 1918. године била у саставу Аустро-Угарске са изузетком подручја Босне и Херцеговине. Јединствени Закон о јавним бележницима донесен је 1930. године требало је, стога, не само да на јединствен начин уреди установу јавног бележништва него и да омогући њено имплементирање у оним деловима државе у којима до тада није била позната. Основни текст Закона из 1930. у наредним годинама је био измењен одговарајућим подзаконским актима. У стручној јавности међуратне југословенске државе изражавани су супротни ставови поводом питања неопходности постојања установе јавног бележништва.Полемика поводом тог питања трајала је прилично дуго, а осим тога ставови који су негирали потребу постојања јавног бележништва били су добро аргументовани, те стога не чуди што, и поред постојања формалних претпоставки,

установа јавног бележништва није заживела на читавој територији Краљевине Југославије што је била основна интенција.

Један од најкрупнијих друштвених проблема у међуратној југословенској држави који је, такође, чекао јединствену законску регулативу била је аграрна реформа чије је спровођење отпочело на основу уредбе Министарског савета 1919. године. Аграрна реформа је представљала комплексну државну меру која је имала економска, социјална и политичка обележја. Све грађанске политичке партије у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца заступале су став да треба организовати и спровести аграрну реформу. Разлози политичке природе били су одлучујући приликом формирања става политичких странака у вези са аграрном реформом. Заступање афирмативног става у јавности у вези са спровођењем аграрне реформе доносило је политичке поене у виду гласова аграрних интересената на парламентарним изборима. Демократска странка била је једна од најутицајнијих политичких странака у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца. У њеним редовима биле су, међутим, концентрисане разнородне политичке групе које су, својим супротстављеним ставовима у вези са најважнијим питањима, онемогућавале утврђивање јединственог политичког правца. Тако је било и са питањем спровођења аграрне реформе. Подвојеност унутар странке кулминирала је 1924. године када се већи део једне групе чланова, тзв. „пречани“ предвођени Светозаром Прибићевићем, одвојио и основао Самосталну демократску странку. Оштра политичка сукобљавања која су уследила наредних година, те заокупљеност превасходно политичким питањима учинила су да Демократска странка, готово у потпуности, занемари програм социјалних реформи, па самим тим и питање аграрне реформе као његов значајан део.

Деловање војвођанских органа власти у периоду од децембра 1918. до половине марта 1919. године, иако краткотрајно, имало је, с обзиром на околности, далекосежан значај. На Великој народној скупштини одржаној у Новом Саду, осим судбоносне одлуке о отцепљењу Баната, Бачке и Барање од Угарске и прикључењу Краљевини Србији, одлучено је да се формирају Велики народни савет као законодавни и Народна управа као извршни орган за то продручје. На тај начин је створена основа за деловање прелазне организације власти која је преко својих ресора настојала да консолидује прилике у различитим областима друштвеног живота. Деловање Одсека за унутрашња дела имало је посебну важност. Наиме, у немирним приликама непосредно после завршетка Првог светског рата било је веома важно одржати јавни ред и мир и, на тај начин, омогућити одговарајуће услове за постепену консолидацију друштвеног живота и функционисање установа од јавног значаја.

35(497.11):061.1EU

Др Зоран Ј. Лончар, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Z.Loncar@pf.uns.ac.rs

СТВАРАЊЕ И ПРИМЕНА ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ У ОБЛАСТИ ДРЖАВНЕ, ПОКРАЈИНСКЕ И ЛОКАЛНЕ УПРАВЕ

Сажетак: За примену права Европске уније у области државне, покрајинске и локалне управе у Републици Србији у претходних неколико година најважнија је била реформа управно-процесног законодавства. Међутим, реформа у овој области је само делимично спроведена. У потпуности је реформисан управни спор, али не и управни поступак.

Законодавна реформа управног спора донела је значајне новине у овој врсти судске контроле над радом управе. Најпре је Законом о уређењу судова предвиђено образовање посебног Управног суда, чиме се са система редовних судова опште надлежности прешло на систем посебног управног судства. Затим су новим Законом о управним споровима уведене и многе процесне новине које су од суштинског значаја за могућност унапређења правне заштите грађана од незаконитог рада органа управе. Основни циљ реформе управно-судске контроле је био да се кроз увођење европских-правних стандарда у управни спор додатно повећа степен правне сигурности грађана за остваривање њихових права и правних интереса пред органима управе на законом предвиђен начин. Међутим, и поред опсежне законске реформе, у судској пракси се данас могу срести бројни примери одступања од неких од најважнијих стандарда у овој области контроле управе. Они се односе, пре свега, на немогућност остваривања права на делотворни правни лек и појединих елемената права на правично суђење, попут: права на приступ суду, права на правичну расправу и права на јавну расправу, садржаних у Европској конвенцији о заштити људских права и основних грађанских слобода (члан 6 и 13). Разлог за то се налази у појавама неодржавања усмене и јавне расправе, као основног правила о начину на који би Управни суд требало да утврђује чињенично стање на основу кога доноси одлуку у овој врсти судског спора, сужавања предмета управно-судске заштите грађана, само на управне акте, а не и на све остале појединачне правне акте у ситуацијама када не постоји могућност друге судске заштите, веома рестриктивног поступања у погледу одлагања извршења

оспореног управног акта, као и захтева за одлагање извршења акта пре него што је покренут управни спор, у случајевима када су испуњени законски услови. Свему овоме треба додати и немогућност редовне судске заштите грађана, као странака, у овој врсти судског спора, која се јавља као последица једностепености управног судства, односно постојања само једног Управног суда надлежног за читаву територију Србије.

С обзиром на то да је за укупну оцену испуњености правних стандарда, поред нормативног уређења, важан и начин на који се они остварују, а да досадашња пракса Управног суда показује знатна одступања, у циљу остваривања најважнијих европских правних стандарда у управном спору, неопходна је измена законодавства у овој области судске контроле управе. Она би овога пута требала да иде у правцу стварања адекватније организације управног судства, са обавезном двостепеношћу при одлучивању, као и прописивањем знатно већег броја управних судија, који би био примерен броју предмета који пристижу у Управни суд и потреби вођење управних спорова дословном применом свих законом прописаних правила о овој врсти судске контроле управе.

У погледу реформе управног поступка ситуација је битно другачија. Наиме, потпуна стандардизација правила управног поступка не представља правну тековину Европске уније. Шта више, ни све државе чланице Европске уније још увек немају кодификован управни поступак, какав је данас случај са Француском, Великом Британијом, Белгијом, Румунијом, Литванијом и Ирском. И поред тога, приликом припреме правила о општем управном поступку, које је у Републици Србији у току, требало би водити рачуна о одређеним принципима који су предвиђени неким од најважнијих европских докумената везаних за деловање управе, као би се омогућила њихова лакша и бржа примена у пракси. Међу европским правним стандардима који би требало да нађу одговарајуће место и у нашем управном поступку од највећег значаја су, пре свега, стандарди из Директиве ЕУ о службама у унутрашњем тржишту (Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market), као што су: поједностављивање управне процедуре (члан 5); прописивање јединственог места за контакте са управом (члан 6-7), остваривање електронске комуникације (члан 8) и правне последице ћутања управе (члан 13). Исто тако, требало би водити рачуна и о принципима из Повеље о основним правима ЕУ из Нице 2000. године (Charter of Fundamental Rights of the European Union), а посебно о члану 41, који се тиче права на добру управу; Европском кодексу доброг управног поступања Европског омбусмана из 2005. године (The European Code of Good Administrative Behaviour, Luxemburg, European Communities, The European Ombudsman); као и одређеним препорукама Савета Европе, попут Препоруке

REC (1977) 31 о заштити појединаца у односу према актима управних тела, Препоруке REC (2003) 16 о извршавању управних и судских одлука, Препоруке REC (2004) 6 о побољшању домаћих правних лекова, Препоруке REC (2007) 7 о добром управљању, Препоруке REC (2010) 3 о ефективним правним лековима у случају поступака који предуго трају итд. Такође, требало би водити рачуна и о одређеним принципима формулисаним од стране Sigme, као стручног дела ОЕСД-а, у оквиру листе питања која се проверавају приликом давања мишљења о садржини закона о општем управном поступку (Checklist for a General Law on Administrative Procedure**,** Sigma, 2005), а која директно утичу на садржину извештаја о напретку држава у процесу европских интеграција. Она се тичу, пре свега, јасног одређења надлежности управних тела; законодавног уређивања основних процесних фаза; законодавног обезбеђивања пропорционалности управних одлука и акција; правоснажности управних одлука и акција, тј. деловање у прописаним роковима; навођења чињеничних и правних разлога за доношење одлуке у образложењу управних аката; омогућавање увида странке у поступак и сву релевантну документацију у списима предмета; права на изјашњавање странке пре доношења управног акта; права на обавештавање о процесним одлукама против којих је осигуран правни лек пре завршетка управног поступка; обавезе уношења упутства о правном средству у управни акт и јасном уређивању разлога за укидање и поништавање управног акта.

Дакле, законодавна реформа управног поступка не би морала да буде целовита. У односу на постојећа правила општег управног поступка, требало би унети само неке од наведених европских принципа, без њихове концепцијске, суштинске измене. При осмишљавању концепта општег управног поступка, основно питање никако не би требало да буде избор између управне традиције и модернизације, већ стварне потребе државе за новим законским решењима, којима би се повећала ефикасност рада управе, и могућности саме управе да квалитетно одговори свим захтевима које подразумева примена таквих решења, без смањивања правне сигурности грађана. Европски правни стандарди и позитивна проверена искуства развијенијих држава од Србије јесу добродошла, али их треба прилагодити стању домаће државне управе, како би била окосница њеног развоја, а не препрека и кочница. С обзиром на то да у правном систему увек мора да постоји ред, закон којим се уређује управни поступак морао би да буде део система прописа и да на њима почива, а не да његово усвајање захтева измену готово свих најважнијих правних прописа донетих током досадашње реформе државне управе, почев од Закона о државној управи, Закона о државнм службеницима, Закона о управним споровима и већине пратећих подзаконских правних аката. Треба имати у виду да Закон о општем управ-

ном поступку није врховни правни пропис у области управе, те да њему не би требало да се прилагођавају сви остали правни прописи, а какав је, нажалост, био случај са Предлогом Закона из 2012. и 2013. године, као и Преднацртом Закона који је био на јавној расправи јуна 2015. године.

У сваком случају, независно од тога да ли ће се измене у управном поступку вршити кроз потпуно нови законски текст или кроз измене постојећег, стандардизација и модернизација управног поступка заснована на европским стандардима требала би да буде претходно пажљиво осмишљена, како не би дошло до разградње свега што се деценијама показало задовољавајуће, поготово у односу на државе које пре Републике Србије нису имале, или још увек немају, кодификован управни поступак, а одавно су чланице Европске уније.

343.352(091)

Др Наташа Љ. Деретӣћ, доцен̄т
Универзите̄т у Новом Саду
Правни факул̄те̄т у Новом Саду
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

ИСТОРИЈСКА КОМПОНЕНТА *CRIMEN REPETUNDAE* – КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПРИМАЊА МИТА, НЕЗАКОНИТЕ НАПЛАТЕ И ЗЛОУПОТРЕБЕ СЛУЖБЕНОГ ПОЛОЖАЈА

Сажет̄ак: Сва горе наведена девијантна понашања се данас подводе под израз "корупција". Поменута реч се преводи као – покварености, подмитљивост, поткупљивост, што само по себи асоцира на један друштвено штетан феномен који познају сва друштва, од Старог, Средњег до Новог века. Као негативна социјално-патолошка и криминогена појава, као "друштвено зло", корупција се задржала до данашњих дана, с том разликом што су данас усавршени нови појавни облици корупције, који се врше на перфиднији начин и теже се могу открити. Суштина је остала иста: од злоупотребе и кварења власти до подмићивања, односно поткупљивања људи ради одређене користи.

Уобичајено се друштвене појаве прате од вавилонског царства односно од времена владавине Хамурабија. И у то доба, развијени трговински и пословни односи погодовали су настанку негативних понашања људи, која су ригорозно санкционисана: уз велику заступљеност смртне казне (која је брутално извршавана), зна се и за санкцију одсецање језика због увреде, одсецање руке због крађе итд. Смртна казна је била предвиђена и за деликт који је чинио локални функционер злоупотребивши свој положај (прими новац или неку другу врсту надокнаде) па ослободи "илкуборца" војне службе. У Хамурабијевом законику нашла је место и одредба која се тицала судије који би *п̄оништ̄ио своју п̄ресуду*; кажњаван је тако да је осуђиван на дванаестоструку казну од оне коју је претходно одредио; стизала га је и казна јавног удаљавања са судијске функције. Строго је кажњавано и *лажно сведочење*; актере таквог чина стизала је казна која је претила оптуженом. За *лажно оп̄т̄уживање*, клеветника је стизала казна која се састојала у томе да му је на чело утискиван жиг који је носио читав живот као опомену другима шта их чека, уколико буду ширили неистине о другима.

И у Египту, строго хијерархијски уређеној држави, установљена је посебна група кривичних дела – *злоуп̄от̄реба чиновничко̄ п̄оложаја*. Њу

су могли да почине: корумпиране судије, фалсификатори државног печата као и они чиновници који би одали државну тајну. Судију који би примио мито стизале санкције у виду сечења носа и осуда на рад у радни логор. У Египту за крађу, превару, фалсификат и употребу лажних мера, изрицане су телесне казне у виду батињања, одсецања носа и ушију, наношења рана, док је кривоклетницима и подносиоцима лажних оптужби изрицана смртна казна; Извршавана је мачем или спаљивањем, док је државним великодостојницима остављана "привилегија" самоубиства.

Спарта и Атина итекако знају за нагло богаћење појединаца које увек иде уз незаконите начине, корупцију. У Атини је била уведена посебна јавна тужба (*ῑрафе*) којом је гоњен чиновник због примања мита и због случајева проневере или крађе државних фондова. Атинско кривично право зна за дело дело познато под називом "*хибрис*". Чинила су га лица која злоупотребом своје политичке моћи и богаства, својим осионим и обесним понашањем, шиканирају друге (извргавају их руглу, физички их малтретирају, чак их и лишавају живота, одузимају им имовину и привилегије...).

У вишевековној историји Рима, чиновници са све већим освајањима римске државе, масовно чине кривична дела корупције – злоупотребу положаја, врбовање гласача, пријем поклона за обављање неког посла и изнуда. Свестан колику моћ има новац, Цицерон је упозоравао да "ништа није тако свето да не може бити укаљано новцем, нити је ишта тако чврсто да се не би могло новцем освојити". Помпоније пише да је код кривичног дела о корупцији, "посебно одговоран онај који је узео новац за обављање или необављање посла преко других лица". У вези са давањем новца судији, Закон XII таблица је предвиђао смртну казну за судију или арбитра који је намерно погрешно пресудио тј. ако би се утврдило да је примио новац (био подмићен) због ствари коју је требало пресудити. Касније у класичном и постклсичном праву казне за судију су биле нешто ублажене. Судија је, по правилу, одговарао за накнаду штете. Накнада је зависила од слободне оцене суда, који је решавао по тужби оштећеног и досуђивао му правичну надокнаду коју му је исплаћивао судија који га је оштетио. Доношењем закона *Lex Servilia* учинилац злоупотребе је ригорозније кажњаван: поред накнаде штете у двоструком износу, губио је и политичка права.

Када се говори о средњем веку, уобичајено се у изворима врши подела на западноевропску варијанту феудалног друштва и на византијски тип феудалног друштва. Без обзира на различите варијанте, заједнички су им појавни обливи корупције. И поред околности да је у Византији највиша бирократија била плаћена за свој посао, временом ће њихова самовоља, подмитљивост, грубост и нестручност, имати за последицу јачање корупције. Злоупотреба положаја ће од кажњиве радње, постати кривично дело

онда када је заживела установа одговорности и полагања рачуна чиновника по истеку мандата (који је трајао годину дана). Посебно је било алармантно стање у раду судова. Када су судском поступком почели да руководе обични чиновници (који заузимају најнижа места у државној хијерархији) због њихове пословичне поткупљивости, части су били случајеви корупције судија. И у Византији је, у случају подмићивања одговарала само страна која је примила поклон, односно која је дозволила да буде поткупљена (за разлику од данашње праксе, где одговарају обе стране). Уколико би "судија учинио спор својим", одговарао је за накнаду штете коју је оштећени могао да оствари подношењем приватне тужбе. Висина накнаде је зависила од слободне оцене судије, који је решавао по тужби оштећеног. Казна за ово дело била је конфискација дела или читаве имовине корумпираног судије; поред тога осуђени судија није могао обављати дужност функционера и чиновника, као што није могао бити сведок на суду. Пракса из времена Јустинијана, када су цареви приморани "да у сваком спору захтевају заклетву странака да судију нису подмитиле", настављена је и касније.

У варварским средњовековним државама, велики утицај на краља имају његове војсковође (војводе) и пратиоци, који су често ради своје користољубивости злоупотребљавали бенефиције које им је краљ подарио. Феудални господар (сизерен) давањем земљишног поседа – феуда, вазалу, "купује" његову личну оданост (верност) која се испољавала на разне начине: тако што свог господара прати у ратним походима, или му пружа феудалну помоћ у натури или новцу (ради одређен број дана на господаревом поседу, избавља господара из ропства). Феудална обавеза из односа вазалства, полако, али сигурно је водила све већем богаћењу сизерена, а тиме и све већој неједнакости међу људима.

Да и Средњовековна Србија зна за различите појавне облике корупције доказ је *Душанов законик* (из 1349. одн. 1354. год.) који садржи одредбе у којима се говори о злоупотреби од стране феудалне властеле, других повлашћених слојева и државних службеника.

И савремена Србија у XIX веку није имуна на појавне облике корупције. Млада српска држава у настајању, наследивши протекцију и корупцију (два велика зла заостала из турске управе), предузимала је низ мера на њиховом сузбијању, а све у циљу да централна власт учврсти државни апарат. Уместо кадија и муселима, који су добрим делом живели од мита и подмићивања, држава у настајању, борила се са старешинама који се злоупотребом положаја, економски уздижу и одвајају од народне масе у Пашалуку. Они узимају најбољи и највећи плен у току борби са Турцима, самовољно присвајају турске куће и имања, узимају скеле и царинарнице у сво-

је руке, држе монопол у трговини и користе "старешински кулук" – кулук који су српски сељаци пре устанка дуговали спахијама.

Из времена Првог српског устанка посебно је важан Карађорђев закон који од четири прописа о миту, два се односе на судијско подми ћивање, један на подмићивање у војсци и један на подмићивање свештеника. Након устаничке Србије, уследио је мукотрпан пут настанка Кнежевине Србије. Да се новцем могло све купити доказ је Милош Обреновић који је током своје прве владавине стекао апсолутну власт. У теорији скоро да постоји општа сагласност да је "кнез Милош, подмићивањем успео да оствари више него ратовима". Нажалост, злоупотребе нису стране ни каснијим владарима Србије. Тако је остало забележено да је на Светоандрејској скупштини 1858. кнез Александар Карађорђевић окарактерисан као "највећи заштитник тешких злоупотреба".

347.61(497)“18“

Др Маша М. Кулаузов, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

ЈУЖНОСЛОВЕНСКЕ ПОРОДИЧНЕ ЗАДРУГЕ У СВЕТЛУ ПРОМЕНА ДРУШТВЕНО-ЕКОНОМСКИХ И ПРИВРЕДНИХ ПРИЛИКА У XIX ВЕКУ

Сажетак: Породична задруга, хваљена као драгуљ наслеђен из давнина, језгро породичног живота у коме цвета братска љубав, морал и осећај заједништва у нашој историографији имала је велик број присталица. Знаменити правник, историчар и социолог Валтазар Богишић предлагао је чак, поводом уставне промене из 1869. године, да се држава у извесној мери уреди по узору на породичну задругу. При том би однос владе и скупштине почивао на истим принципима на којима се заснива однос задружног старешине и задружног већа према правилима обичајног права. Ова у најмању руку смела и необична идеја детаљно је размотрена у оквиру рада на пројекту, с обзиром на то да је у њој по први пут указано на могућност примене приватноправног института попут породичне задруге у сфери јавног права. Истраживања која су уследила несумњиво су показала да овај Богишићев пионирски покушај има своје логично објашњење. Наиме, као присталица историјске школе права, Богишић је сматрао да су обичаји најнепосреднији израз народног духа без којих је немогуће истински упознати својства и особености једног народа. Зато, да би устав одговарао приликама земље за коју је донет, при његовој изради треба поћи од обичајног права, наравно узимајући у обзир и искуства других народа и тековине савремене науке.

Развој робноновчане производње и тржишне привреде у XIX веку деловао је разорно на патријархалне породичне задруге засноване на колективној својини. Преглед правне регулативе и јуриспруденције о задружним породицама у време прве владе кнежева Милоша и Михајла Обреновића то недвосмислено доказује. Ипак, историјскоправном анализом правних прописа и судске праксе о деобама породичних задруга може се утврдити изражена тенденција ка њиховом очувању. Она је нарочито уочљива у другој половини тридесетих година XIX века када су задружне поделе све више узимале маха. Тада су у законодавству и пракси учињени озбиљнији покушаји да се спрече масовна разваргнућа породичних заједница кроз

пооштравање деобне процедуре и рестриктивније тумачење деобних услова. Међутим, анализа сачуване архивске грађе о задржним поделама сведочи о чињеници да је, и поред строгог санкционисања самовољних и безразложних задружних подела деобе било немогуће спречити. Архивско истраживање доказује да никакве законске мере не могу зауставити деобни процес који је последица друштвеног и привредног развитка у XIX веку.

Задружне поделе су знатно олакшане након доношења *Српскоī ґрађанскоī законика* 25. марта 1844. године. Српски законописац Јован Хаџић је, третирајући задружну својину као сусвојину са опредељеним уделима задругара у њој, поједноставио развргнућа породичних задруга. Бројни српски правни писци, врсни познаваоци обичајног права и задружног живота, оштро су замерали аутору српске кодификације да је, применом римског концепта приватне, индивидуалне својине на задружну имовину разорио породичну задругу. Знаменити правник Слободан Јовановић био је нешто блажи у оцени Хаџићевог законодавног рада. Он не сматра да је законописац намерно убрзао пропаст патријархалних породица, већ да није познавао правну природу и суштину ове традиционалне породичне форме. То је резултирало контрадикторним одредбама о задружној својини коју на једном месту третира као заједничку, колективну својину што одговара обичајноправној природи породичне имовине, а на другом месту као сусвојину.

У оквиру рада на пројекту детаљно су простудиране одредбе СГЗ-а о породичној задрузи и њиховим стављањем у шири друштвено-историјски контекст несумњиво се закључује да је Хаџић неправедно оптужен да је намерно разорио породичну задругу. Напротив, он је учинио озбиљан напор да је правно организује, а, уколико је деоба била неминовна, да обезбеди да се она одвија у правним оквирима.

С обзиром на убрзано пропадање и осиромашење раздружених сељака изазвано олаким и масовним деобама, убрзо по доношењу СГЗ-а прописана су и прва ограничења задружних подела и строжија деобна процедура. У том смислу нарочито је значајно решење Министарства правде од 22. јуна 1846. г. које забрањује самовољне деобе задругара из маловажних узрока попут спорадичних свађа и мањих неспоразума међу укућанима. Анализа овог прописа показала је да се нарочито оштро осуђује деоба уколико су задругари млади и неискусни, стари и болешљиви или лошег имовинског стања те би подела за њих имала само штетне последице. Основаност деобних разлога требало је да у сложеној и дуготрајној процедури утврди неколико државних органа- срески начелник, окружни начелник, Министарство правде, а понекад и суд.

Одлуке одељења и опште седнице Касационог суда сведоче о покушајима највише судске инстанце да спасе задружна имања стриктно при-

мењујући поменути пропис из 1846. г. Интересантно је да је Касациони суд тек 1920. године заузео начелан став да судови не треба да испитују изроке због којих се задругари деле јер то у пракси није дало жељене резултате. У оквиру рада на пројекту размотрене су и појединачне пресуде и начелни ставови највишег суда, и недвосмислено је закључено да је он доследно инсистирао на очувању породичних задруга кроз њихову отежану деобу и истовремено олакшано доказивање задружног односа. У низу пресуда приметан је покушај да се спрече олаке и безразложне задружне поделе, било кроз рестриктивније тумачење услова под којима се може тражити деоба и попис породичног имања, било кроз отежано остваривање права на удовички ужитак.

Сви резултати петогодишњег истраживања недвосмислено упућују на општи закључак да је породична задруга као важан део српске културне баштине и историјског наслеђа кроз цео XIX век па и почетком XX века имала велики број присталица, не само у историографији и правној литератури него и у судској пракси.

347.65(497.11+4)

Др Јелена Ђ. Видић Трнинић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
J.VidicTrninic@pf.uns.ac.rs

ЗАКОН КАО ПРАВНИ ОСНОВ ПОЗИВАЊА НА НАСЛЕЂИВАЊЕ У ПРАВУ СРБИЈЕ, ЕВРОПСКИХ ЗЕМАЉА И ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Сажетак: У већини права Европе, закон представља један од два допуштена основа позивања на наслеђивање, који, иако слабији правни основ позивања на наслеђивање, у њима чешће налази своју примену од завештања, као правног основа позивања на наслеђивање. Најзначајније чињенице на којима су у данашње време, односно у савременим правним поредцима, заснована правила диспозитивног законског наслеђивања, представљају чињенице сродства, брака и ванбрачне заједнице. У највећем броју ових права, утицај чињенице брачне везе, а у појединим од њих, и утицај чињенице ванбрачне заједнице, квалитативно је изједначен са чињеницом сродства. Наиме, најчешћи вид наследноправног овлашћења супружника, односно ванбрачног партнера, представља наслеђивање у својину, које притом, по свом значају, односно важности, постоји паралелно са правом на наслеђивање сродника, а веома често, чак и пре права на наслеђивање одређених сродника. Међутим, иако квалитативно изједначење утицаја чињенице брачне везе, односно ванбрачне заједнице, са чињеницом сродства, у данас постојећим правима Европе, представља правило, конкретан однос између чињенице сродства, с једне стране, и чињенице брачне везе, односно ванбрачне заједнице, с друге стране, као правно релевантних чињеница у заснивању правила законског наслеђивања, се разликује. Ове разлике, најпре долазе до изражаја у сваком конкретном праву, у зависности од тога са којим сродницима, супружник или ванбрачни партнер конкурише на наслеђе, при чему се разлике могу уочити и између појединих права. Ипак, без обзира на сву разноликост законских решења, која је присутна у погледу начина решавања овог питања, а која се јавља као последица утицаја различитих историјских, друштвених, економских, културних, социјалних, моралних и политичких фактора, у савременим правима Европе се могу уочити одређене тенденције, односно заједничка решења. Сасвим сигурно се може закључити да је наследноправни положај супружника, односно ванбрачног партнера, најмање повољан у ситуацији ка-

да му на наслеђе конкуришу најближи сродници оставиоца, односно његови потомци, при чему је његов наследноправни положај знатно повољнији у ситуацијама када он за потенцијалне санаследнике има претке или побочне сроднике оставиоца. Специфичност мањег броја законодавстава Европе, у које спада и домаће право, представљају одступања од редовних правила законског наслеђивања, услед чије примене наследноправни положај сродника и супружника, односно, ванбрачног партнера као законских наследника може добити једну сасвим другачију димензију. Њихово постојање почива на уважавању одређених реалних животних околности, везаних како за законске наследнике оставиоца, тако и за самог оставиоца, чиме се правила законског наслеђивања чине прилагодљивијим специфичностима конкретних случајева. На овај начин, оне доприносе и ублажавању крутости законског наследног реда, што представља основни циљ њиховог постојања и чини се, предност у односу на она савремена права Европе, у којима оваква могућност не постоји.

Поред споменутих опште прихваћених чињеница, одговарајући утицај на конструкцију правила законског наслеђивања у одређеном броју савремених законодавстава Европе, имају и друге чињенице. Својим наследноправним значајем, међу њима се нарочито издвајају заједница живота са оставиоцем, имовинско стање наследника и његова радна способност. Иако законодавства у којима се наведеним чињеницама придаје наследноправни значај нису бројна, утицај који оне могу имати на конструкцију правила законског наслеђивања је значајан. Тако, неке од ових чињеница или евентуално и више њих, у појединим правима представљају самосталн и основ за стицање својства законског наследника. Значај споменутих чињеница, међутим, долази до изражаја и у одређеном броју права, у које спада и право Србије, у којима оне не представљају самостални основ за стицање наследничког својства, али представљају правно релевантне чињенице које имају утицај на законско наслеђивање. У законодавствима у којима оне представљају самостални основ за стицање наследничког својства, основна последица прихватања утицаја наведених чињеница на конструкцију правила законског наслеђивања, огледа се у погоршању наследноправног положаја одређених лица из круга потенцијалних законских наследника, који наведено својство у њима стичу по основу чињенице сродства и брака, односно ванбрачне заједнице. У законодавствима у којима наведене чињенице немају овакав значај, али имају одговарајући утицај на законско наслеђивање, оне, управо стога, у мањој или већој мери, такође, опредељују положај законских наследника у њима. У том смислу, генерално посматрано, основна последица наведеног начина прихватања утицаја ових чињеница на конструкцију правила законског наслеђивања, огледа се

у побољшању наследноправног положаја законских наследника који ово својство, иначе, стичу по основу сродства, брака или ванбрачне заједнице.

Када је реч о императивном законском наслеђивању, одређивање круга нужних наследника, као и њихов положај у савременим законодавствима Европе, зависи од разних чиниоца, као што су значај који друштво придаје браку, законом уређеној заједници два лица, породици и претпостављеној блискости веза између чланова уже и шире породице, као и степен слободе располагања имовинским правним пословима, који конкретни правни поредак гарантује појединцу. Иако се круг наследника, којима је признато право на нужни део, разликује, скупно посматрано, стање позитивноправних прописа земаља Европе, даје основ за закључак, да овај круг, барем, по правилу, обухвата најближе сроднике оставиоца и његовог супружника, а у појединим од њих, и његовог ванбрачног партнера. Имајући у виду чињеницу да нужно наслеђивање, представља једну врсту законског наслеђивања, то основне карактеристике наследноправног положаја сродника, супружника и ванбрачног партнера као нужних наследника, у већини савремених права Европе, генерално посматрано, одговарају основним карактеристикама положаја, који они имају и онда, када наслеђују у својству законских наследника.

336.76(497.11): 061.1EU

Др Владимир Ж. Марјански, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

ПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ ТРЖИШТА КАПИТАЛА КОД НАС И У ПРАВУ ЕУ

Сажетак: Током петогодишњег рада на пројекту објавио сам 5 научних радова. У складу са правилима пројекта сви радови су објављени у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду. Четири рада посвећена су правној регулативи која се односи на различите аспекте пружања информација о емитентима и хартијама од вредности које су они издали. Анализирани правни механизми пружања различитих информација на тржишту капитала треба да олакшавају доношење рационалне процене потенцијалних инвеститора приликом улагања у хартије од вредности и друге финансијске инструменте. Последњи рад односи се на инвестирање у уделе друштва са ограниченом одговорношћу, након што друштво претходно стекне удео од својих чланова (сопствени удео).

Јавна друштва као учесници на тржишту капитала имају обавезе да на различите начине информишу јавност о њиховом правном, финансијском положају и пословању уопште, као и о емитованим хартијама од вредности и другим финансијским инстументима. Те обавезе могу се поделити у 2 групе. У прву групу спада редовно периодично извештавање јавности које се састоји у објављивању финансијских извештаја (годишњих, полугодишњих и кварталних), као и извештаја управе о пословању јавног друштва. У другу групу спада обавеза повременог (ад хоц) информисања јавности. У раду “Обавеза јавних друштава у погледу редовног периодичног извештавања јавности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2011, стр. 315-325. ISSN 0550-2179 врши се анализа обавеза које јавна друштва имају у оквиру редовног периодичног извештавања јавности. У новом Закону о тржишту капитала, а по узору на две Директиве ЕУ (Директива ЕУ о транспарентности и Директива ЕУ о злоупотреби привилегованих информација и манипулацијама на тржишту) обавезе јавних друштава регулисане су много детаљније него у Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (даље у тексту: ЗТХВ). Из тог разлога врши се компаративна анализа решења из ЗТХВ са новим решењима која у домену редовног периодичног извештавања јавности доноси Закон о тржишту капитала.

У раду „Обавезе јавних друштава у погледу *ad hoc* информисања јавности на тржишту капитала“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2012, стр. 297-309. ISSN 0550-2179“ на целовит начин се анализирају обавезе јавних друштава у погледу повременог (*ad hoc*) информисања јавности на тржишту капитала. *Ad hoc* информисање јавности треба да служи остварењу већег броја циљева. Оно је једно од средстава којим се настоји обезбедити функционална способност тржишта. Уредним вршењем ове обавезе пружају се тржишту, што је могуће брже, све релевантне информације неопходне за формирање адекватне цене тржишног материјала - хартија од вредности и других финансијских инструмената (функција заштите тржишта). Инвеститори се тиме стављају у положај да на промењене околности што брже реагују, те да у погледу тржишног материјала чија се цена мења донесу инвестициону одлуку у циљу његовог стицања или продаје (функција заштите инвеститора). С обзиром на то да се обавеза ад хоц информисања састоји и у објављивању инсајдерских информација које се непосредно тичу емитента, *ad hoc* информисање служи као превентива тј. заштита од вршења забрањене трговине инсајдерским информацијама (функција превенције од злоупотребе инсајдерских информација).

Поред горе поменутих видова пружања информација на тржишту капитала један од инструмената информисања улагачке јавности је и проспект. Проспект је техничко-правни инструмент за остваривање захтева улагачке јавности у погледу информисања на тржишту капитала. Одговорност за садржај проспекта може настати у случају његове манљиве садржине. Садржина проспекта је манљива када није усклађена са прописима о његовој потпуности, истинитости и транспарентности. С обзиром на врсту мане проспект може да буде нетачан, непотпун и обмањујући (улепшавајући, криво наводећи). Питање одговорности за садржај проспекта је изузетно сложено. Предмет чланка „Лица одговорна за садржај проспекта“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2013, стр. 275-292. ISSN 0550-2179“ограничава се на одређивање лица и услова под којима она могу бити одговорна за садржај проспекта. Закон о тржишту капитала (даље у тексту: ЗТК) предвиђа могућу одговорност за садржај проспекта у односу на широк круг лица а да при томе, углавном, не предвиђа услове под којима та лица одговарају за садржај проспекта. У чланку се обрађује одговорност сваког лица која према ЗТК могу да одговарају за садржај проспекта, уз кратак осврт на решења садржана у упоредном праву. Такође, указује се на потребу измене одредбе која а приори искључује одговорност регулаторног тела - Комисије за хартије од вредности.

У раду „Време важења (валидности) проспекта и обавеза допуне (актуелизације и исправљања) проспекта“, *Зборник радова Правног факултета*

тa у Новом Саду, бр. 4/2014, стр. 239-248. ISSN 0550-2179, обрађују се два важна питања права тржишта капитала. То су време важења (валидност) проспекта и обавеза допуне (актуелизације и исправљања) проспекта. Законом о тржишту капитала утврђена је валидност тј. временско важење проспекта. Проспект за упућивање јавне понуде или укључење у трговање на регулисано тржиште, односно МТП валидан је у периоду од 12 месеци након објављивања, под условом да је проспект допуњен, по потреби, додатком проспекта с новим информацијама о издаваоцу и хартијама од вредности које ће бити у јавној понуди или укључене на регулисано тржиште, односно МТП. У раду се посебно наводе разлике између времена важења проспекта и периода трајања јавне понуде хартија од вредности. Време важења (валидност) проспекта је питање које се доводи у везу са обавезом актуелизације и исправљања проспекта, али и обавезом ад хоц информисања јавности на тржишту капитала. Обавеза допуне (актуелизације и, или исправљања) тј. састављања додатка проспекта траје од тренутка одобрења проспекта па све до окончања јавне понуде односно до тренутка укључења хартија од вредности на регулисано тржиште или МТП. Обавезе актуелизације и исправљања проспекта подразумевају уношење потпуно нових битних чињеница у додатак проспекта или исправљање битних неправилности и непотпуности података садржаних у проспекту које се односе на издаваоца и хартије о вредности које се издају или увршатавају на регулисано тржиште, уколико те чињенице могу бити од утицаја на доношење инвестицоне одлуке.

Последњи рад „Стицање сопственог удела друштва с ограниченом одговорношћу откупом од члана друштва“, *Зборник радова Правнōг факултēта у Новом Саду*, бр. 2/2015, стр. 671-681. ISSN 0550-2179 односи се на инвестирање у уделе друштва са ограниченом одговорношћу, након што друштво претходно стекне удео од својих чланова (сопствени удео). Сопствени удео је удео који је друштво стекло од неког свог члана. Могуће је да друштво стекне целокупан или део удела од свог члана. Разликују се правне ситуације и начини на које друштво може стицати уделе од својих чланова. Тако је могуће да друштво стекне сопствени удео теретним правним послом (откупом удела или дела удела од члана друштва), бестеретним правним послом (на основу уговора о поклону), принудним откупом удела од наследника преминулог члана (уколико је то право друштва предвиђено оснивачким актом), у случају иступања члана, у случају искључења члана из друштва и у случају статусне промене. У раду се анализира стицање сопственог удела уз исплату накнаде члану на основу теретног правног посла и стицање сопственог удела на основу принудног откупа од наследника преминулог члана друштва. Теретни начин стицања сопственог удела постоји и у случају иступања члана друштва из оправданог раз-

лога, али је он последица завршеног поступка иступања, на захтев члана који иступа, а не изворне воље друштва Посебно је критикована законска норма која забрањује стицање соптвеног удела код једночланих друштава, као и недореченост одредбе Закона о привредним друштвима која прописује да се исплата члану може извршити искључиво из средстава резерви које су опредељене за ту намену. Забрана стицања сопственог удела код једночланих друштава није оправдана јер је удео члана дељив и отуђењем одређеног процента удела друштву, друштво не би остало без чланова. Поред тога, иако утврђује да се исплата члану може извршити само из средстава резерви које су намењене за откуп сопственог удела ЗПД не садржи правила о формирању таквих резерви. У раду се указује на могуће начине формирања таквих резерви.

342.25(497.11)

Др Светозар М. Чиплић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Ciplic@pf.uns.ac.rs

ВЕРТИКАЛНА ОРГАНИЗАЦИЈА ВЛАСТИ

Сажетак: У оквиру пројекта „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“ аутор се бавио питањима вертикалне организације власти и темељним проблемима децентрализације.

На пројекту су обрађени проблеми који од настанка модерне српске државности оптерећују српску уставну праксу али и конституционалну науку.

Уочено је да делом ови проблеми произлазе из историјског искуства, а делом из лоших политичких процена који су се махом темељили на уставним решењима. Питање децентрализације Србије било је отворено на одређени начин већ у 19. Веку (Тимочка буна), да би се проблеми наставили и умножавали у Краљевини СХС и Краљевини Југославији. Тада је клатно децентрализације отишло на страну потпуно и строго унитарне државе, а неки од највећих политичких поблема, који су поред осталих настајали у држави, односили су се на захтеве федерализације, односно децентрализације као начина решавања политичких процеса који су угрожавали и опстанак државе. На крају, када се политички процес више није могао зауставити и јасно је указивао на могућу последицу делимичног или потпуног цепања делова државне територије, покушано је са стварањем бановина, али се чини да оне ни суштински. а ни у времену свог настајања нису могле да реше основни проблем.

Након Другог светског рата Србија је осванула у федералног држави која је почивала и на новој идеологији. Децентрализација читаве државе била је доведена до свог навишег или најсложенијег облика – федерализма, али је и сама Србија била децентрализована „добијајући“ две покрајине: Аутомну покрајину Војводину и Аутономну покрајину Косово и Метохију. Ова унутрашња децентрализација Србије била је релативно уравнотежена све до Устава СФРЈ од 1963. године. Од тада, па преко амандмана на поменути устав, закључно са доношењем новог устава 1974. године клатно децентрализације Србије се померило у супротну, готово екстремну страну. Србија је и сама била федерализована.

Сви наведени проблеми око децентрализације односно уређења и увођења средњег нивоа власти остали су неразрешени и у наредном, Уставу од 1990. године који је у Србију увео мешовити парламентарни систем за-

снован на вишестраначју, али вертикална организација власти је остала недовршена и нефункционална. И даље су се појављивала два системскса проблема који су у читавој политичкокој заједници у Србији производили веће или мање проблеме. Били су то заправо исти они проблеми са којима се Србија непрестано суочавала у властитој модерној уставности.

Након политичких промена које су се догодиле у октобру 2005. године, у стручној и политичкој јавности покренуто је питање доношења новог устава. Али, као и у свему до тада, није постојало јединствено становиште како би такав устав требао да буде. Најпре је спорно било да ли расписати изборе за уставотворну скупштину или пак устав мењати по правилима важећег устава како би био очуван уставни континуитет. Стручна и политичка јавност, након што се поделила по овом питању приступила је (иглавном свака за себе) изради модела новог устава Србије.

Велики број невладиних организација око којих су се окупили правни експерти, појединци, затим, тада водеће политичке странке, па и сами овлашћени предлагачи за доношење устава (председник Републике и влада Републике Србије) сачинили су целовите моделе и предллоге устава и понудили их јавности. Наравно, да се изнова као једно од најспорнијих питања појавило питање вертикалне организације, односно децентрализације, њеног облика и суштине.

Уочена су различитита, међусобно донекле портивречна али и сложена решења са више нивоа децентрализације. Тако је један модел предвиђао да Србију чине општине. окрузи, области и аутономне покрајине и да су сви нивои децентрализације дефинисани као *заједнице територијалне самоуправе*. Приметна је била идеја да се заправо, по вертикалној организацији, јединице децентрализације удружују у сложеније и више облике, али је остало нејасно како локална самоуправа може бити заједница територијалне самоуправе, или другим речима, ко и шта чини, или се удружује у локалну самооуправу. Аутори овог модела су децентрализацију одредили као територијалну али не и као политичку.

Постојали су и предлози који су децентрализацију дефинисали и као територијалну али и као политичку. Чак је учињен и покушај да се Србија дефинише као *сложена* децентрализована држава. Такође је и предвиђен садржај аутономије одређењем да положај територијалних заједница почива на принципима политичке, правне, економске и културне аутономије. Планирало се да у складу са сложеном структуром аутономије, државни парламент има два дома од којих би горњи дом политички представљао аутономне покрајине.

Након свих предлога и покушаја, остамостаљивањем и проглашењем независнсности Црне Горе, Србија је била „принуђена“ да ипак донесе нови устав. Учињено је то по поступку за промену устава прописаном уста-

вом из 1990. године. Уз сам Устав који је донет и проглашен 2006 године, донет је и Уставни закн у којем је између осталог било наведено у ком року Скупштина аутономне покрајине Војводине мора да донесе Статут, док је за аутономну покрајину Косово и Метохију одређено да јој припада суштинска аутономија која ће бити уређена посебним законом донетим по поступку за промену устава. Скупштина АП Војводине је донела статут, али је он одмах постао предмет оспоравања пред Уставним судом Републике Србије. Велики број оспорених одреби су касиране, а темељна примедба Уставног суда односила се на чињеницу да је уставотворац предвидео да у организационом смислу АП Војводина мора бити организована на скупштинском, а не, како је тадашњи Статут прописивао, на парламентарном систему. Отуда је 20. маја 2014 године Народна скупштина Републике Србије донела одлуку о давању претходне сагласности на предлог (новог) Стута аутономне покрајине Воојводине, да би 22. маја 2014 године и сама Супштина АП Војводине донела Статут.

На крају аутор је поред изнетих аналитичких радова, покушао да пронађе модел децентрализације који би вертикалну организацију власти у Србији рационализовао и тиме отклонио „болести“ од којих је Србија хронично боловала током свог уставног развоја. Предиђено је шеснаест елемената рационализације: покрајинско'територијана аутономија мора бити гарантована уставом; она мора бити заснована на грађанском, а не на етничком принципу; имајући ово у виду, на другој страни мора бити гарантован, као противтежа, значајан корпус мањинских права; сврха аутономија мора бити ограничење државне власти; покрајине морају постојати на читавој државној територији али међусобно не морају имати идентичан положај, оваквом асиметичношћу би се обезбедила флексибичност; уставом мора бити утврђен рок у коме све покрајине морају бити формиране, као и процедуре њиховог формирања, и напокон органи чија би уставна обавеза била формирање покрајина; обавезно је учешће грађана у државним одлукама које се тичу статуса покрајина; покрајина мора имати право на самоорганизовање; на претеходно право надовезивало би се и право на самостално доношење највиших покрајинских аката, али истовремено и њихова уставносудска контрола; покрајина би морала, као уставом дефинисана и гарантована институција да има механизме заштите и одређен орган који би пружао такву заштиту-уставни суд; положај покрајина не би смео да буде контролисан од стране државе тако да држава одреди свог представника са одређеним овлаћћењима који би на неки начин контролисао или исправљао рад покрајинских органа (као што је случај у Финској или Италији); покрајине морају имати обезбеђен начин учествовања у доношењу државних закона који би се могли односити на њихов положај или интересе; и напокон, покрајинама мора бити уставом гарантована финансијска самосталност.

340.132

Др Драгутин С. Аврамовић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Avramovic@pf.uns.ac.rs

СТВАРАЊЕ И ПРИМЕНА ПРАВА – МОГУЋИ ИЗАЗОВИ САВРЕМЕНЕ ПРАВНЕ ДРЖАВЕ

Сажетак: Крајем априла 2012. године сам постао истраживач на научноистраживачком и развојном пројекту Правног факултета Универзитета у Новом Саду под називом „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“, са темом „Стварање и примена права – могући изазови савремене правне државе“.

Током 2012. године моје истраживање је било усмерено на испитивање идеје слободног судијског уверења и утврђивање граница до којих судија сме да иде приликом тумачења и примене права. Утврђено је да су те границе веома еластичне, да судија има врло широко поље дискреције, чак и у евроконтиненталном правном систему, као и да веома често судијска одлука односи превагу над законском нормом. То умногоме угрожава принцип поштовања законитости, правну сигурност и правну једнакост као темеље на којима мора да почива правна држава. Резултати истраживања из 2012. године су објављени у оригиналном научном раду под називом „Одлука или норма – слободно судијско уверење као претња владавини права“ који је објављен у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду 2/2012.

Током 2013. године циљ истраживања је био испитивање бројних специфичности правног статуса Свете Горе, које је чине јединственим светским правним режимом. Анализиране су специфичности светогорског територијалног статуса, положаја становника и посетилаца, као и организације светогорских власти. Утврђено је да Свету Гору карактерише посебан облик аутономије који смо квалификовали као „парасуверенитет“. Њена аутономија подразумева не само унутрашњу организацију, аутономно право, аутономно вршење власти и верску самосталност, већ се она односи и на многе елементе секуларног живота лаика који се на њој налазе. Света Гора поседује своју сопствену, посебну законодавну, управну и судску власт, а Статут Свете Горе има већу правну снагу од свих других закона грчке државе, јер држава не може једнострано да мења његове одредбе. С обзиром на ширину самоуправе која је остављена црквеним властима, као

и на специфичности живота на Светој Гори, дошло се до закључка да Света Гора представља особену „монашку државу“, али без државности. Такође, указано је и на бројне изазове који стоје пред Светом Гором у контексту ширења асимилујуће универзалне концепције људских права. Резултати истраживања из 2013. године су објављени у оригиналном научном раду под називом „Света Гора – између аутономности и државности“ који је објављен у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду 2/2013.

Поједини проблеми и изазови с којима сам се суочавао у току истраживања из 2013. године, су у великој мери определили даљи ток истраживања. Током 2014. године истраживање је ишло путем испитивања саме суштине људских права. Пошло се од идеје да људска права представљају отворен правни и политички концепт са веома широком вредносном амплитудом, те су анализиране и преиспитане актуелне теорије о људским правима, од оних, која људска права третирају као универзална, па све до оних која стоје на супротном полу и која заговарају идеју потпуне релативности људских права. Истраживач је дошао до закључка да је најприхватљивије средње решење, позиција умереног релативизма, односно релативног универзализма људских права. Наиме, утврђено је да само уски круг основних, „суштинских“ људских права око којих је постигнут међукултурни консензус могу претендовати на то да се третирају као универзална. Ван тог уског круга људских права, постоји велики број људских права чије значење и интерпретација у великој мери зависе од конкретног културног контекста. Такође, указано је да је у тим случајевима нужно уважавати релативистички дискурс и да се решење једино може тражити у међукултурном, међуцивилизацијском дијалогу, у коме ће незападним вредностима, исто као и западним бити посвећена једнака пажња. Резултати истраживања из 2014. године су објављени у оригиналном научном раду под називом „Људска права на танкој црвеној линији између универзалности и релативности“ који је објављен у трећем броју Зборника радова Правног факултета у Новом Саду за 2014. годину.

На крају, током 2015. године, предмет истраживања је поново постало оно што је у највећој мери и на почетку заокупирало пажњу истраживача, проблем слободног судијског уверења, али се сада отишло корак даље. Приступљено је анализи живота и дела Ричарда Познера, професора права на чикашком правном факултету и америчког федералног судије, једног од утемељивача економске анализе права, који се налази међу највећим живим представницима савремене америчке јуриспруденције. Разматрани су и утицаји Познеровог животног пута на његову каснију теоријску оријентацију. Осветљен је Познеров прагматични, антиформалистички приступ и његова тенденција да судијско понашање подведе под економску анализу, коришћењем резултата до којих је дошао амерички правни реализам.

Ипак, утврђено је да Познер прави отклон у односу на класични амерички правни реализам, настојећи да створи компромис између формализма и реализма, те заузима центристички став, позицију „балансираног“ реализма. Иако се труди да иде средњим путем, Познер у светлости савремених изазова, првенствено технолошких, ипак будућност види у реалистичком приступу. Истраживач стоји на становишту да је Познеров прагматични дух који је створен у породици, а који је надограђен образовањем и професијом, који је заправо његово искуство, имао преовлађујући утицај на то да се он у својим позним годинама отворено преломи на страну правног реализма. Такође, истраживач заговара став да је, с обзиром на то да је живот данас бржи од права, те да су судије те које право често морају прилагођавати животу, упркос постојању могућности угрожавања појединих принципа правне државе, „пут напред, пут реализма“. Резултати истраживања из 2015. године су објављени у оригиналном научном раду под називом „Ричард Познер подвлачи црту – правни реализам као одговор на изазове данашњице“ који је објављен у трећем броју Зборника радова Правног факултета у Новом Саду за 2015. годину.

17.022:34

Др Драгана М. Ћорић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Coric@pf.uns.ac.rs

ОПШТА И ПРИМЕЊЕНА ЕТИКА – ПУТЕВИ И СТРАНПУТИЦЕ ПОСЕБНЕ ВРСТЕ ДРУШТВЕНИХ ПРАВИЛА (ЕУ И СРБИЈА)

Сажетак: Бављење сваком професијом јесте свакодневни и дуготрајан, стални процес учења, како позитивних искустава, тако и учења из грешака које су други починили. Етички нонсенс је у томе што нисмо сигурно да ли је свака грешка увек и заиста грешка, посебно ако није нормирана као прекршај права Да ли се врлина може подучавати и како; да ли је то ствар предавача, узора или унутрашњег света сваког од нас, питања су на која не можемо увек дати јасан и потпун одговор.

Водећи се овим размишљањима, под општом темом „Општа и примењена етика-путеви и странпутице посебне врсте друштвених правила (ЕУ и Србија)“, а током пет година рада на именованом пројекту, обрађена су поједина етичка питања из управо различитих сфера друштвеног живота. Почевши од матичне области- филозофије, следећи пут утврђивања истине и лажи и њиховог разликовања, дошли смо до политичке етике- једне од примењених етика, са довољно контроверзи и сукоба унутар својих оквира, да је иста завређивала да јој се посвети одређена пажња. Даље, Хипократова заклетва, која је обрађена у чланку 2014. године је у себи сублимисала сва и сада спорна питања медицине и медицинске етике. Сам рад на пројекту се завршава најсавременијом и најмлађом области примењене етике- компјутерском етиком, због, опет, мноштва неразрешених правних и етичких питања које нам ново сајбер доба доноси. У наставку се налази попис радова објављених током рада на именованом пројекту, са кратким приказом сазнања која су проистекла из бављења одређеним темама.

Нови минути посвећени Радбруховој формули, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLV 3 (2011), ТОМ II, стр. 635-646

„Сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђује пропис и моћ, има предност и онда када је садржински неправедно и несврсисходно, осим у случају да

противуречност позитивног закона према правди достигне толико неподношљиву меру да закон као „неисправно право“ мора да одступи пред правдом“. Ова „Радбрухова формула“ актуелна је и данас, неколико деценија након настанка, и потпуно се уклапа у савремене тежње функционисања правног система и саме примене права.

Правда, сигурност и сврсиходност, јесу полазне тачке сваког права и правног система. Од државе дакле зависи, којем ће се од ова три „царства“ приклонити, те да ли ће имати неправедно али познато право, праведно али не сврсисходно право, или ће учинити велики напор па задовољити сва три критеријума.

Модерност односа истине и лажи и њихова етичка, филозофска и друштвена вредност, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLVI 2 (2012), стр. 327-338

Однос истине и лажи се мењао током времена. Истина, иако лепа и трајна и основ за успостављање правде, постаје све мање потребна свету у коме лаж, или боље речено, не-истина, поставља границе самој истини.

Последице сусрета и сукоба које имају истина и лаж могу и у свом најдрастичнијем виду,да утичу на људске животе, далеко од свих филозофских настојања да правда увек побеђује а да истина ослобађа.Остаје као кључно питање, да ли је вредније познавати истину, чак и ако она повређује, или је боље остати у својеврсном тунелу лажи и бити заштићен, и оставити истину тамо где јесте, због нас самих. Кант је увек говорио да је лагање морално погрешно. Сматрао је да се сви рађамо са посебном вредношћу људског достојанства, која се нарушава услед лагања.Да бисмо се понашали као људи са том примесом хуманог које нас разликује од анималног, треба да имамо слободу избора.Слобода избора нам је увек сужена са лажним информацијама које имамо и на основу којих доносимо погрешне одлуке. Лагање нас, дакле, омета да испунимо у потпуности свој најбитнији квалитет да бирамо, и да то чинимо потпуно слободно.

Глоса о политичкој етици, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLVII 3 (2013), стр. 331-342

Расправа о политичкој етици, као врсти примењене етике није новијег датума. Још су антички мислиоци разматрали односе политике и етике и могућности њиховог прожимања. Макијавелијев „Владалац“ није утврдио ништа ново - само је признао реално стање у друштвеним и политичким борбама и начинима доласка на власт, а то је да су најмање од свега морални, али да су и поред тога, пожељни и легитимни.

Савремени аутори су донекле неодлучни: неки се залажу за стриктно одвајање етике од политике, јер би политика и све тешке одлуке биле оп-

терећене бременом које им никако није потребно. Други, пак, сматрају да морал носилаца јавних функција мора да буде саставни део њихове функције и тог дела њиховог живота.

Област политичке етике која изазива највеће контроверзе је-оправдање рата. Још је Бекон говорио, али и многи други аутори пре њега, да држава може, потпуно поступајући по свом позитивном праву и легитимно,да покрене било какав рат .У људској је нарави , тврдио је Бекон, да не улази у рат, сем ако то није превентивни рат о коме је говорио Макијавели. Схватање „превентивног“ није довољно еволуирало, али средства за вођење ратова и масовна уништења јесу. Крај 20. века, као и почетак 21.века обилују таквим примерима из праксе. Политичка етика доживљава своју експанзију, тежећи више оној аморалној, „тамној страни“ очувања на власти, било којим средствима. Лекције које су требале да се науче после два светска рата нису ипак научене, иако се чврсто позивамо на сарадњу етике и политике.

Савремене етичке дилеме у погледу примене Хипократове заклетве, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XLVIII 3 (2014), стр. 303-320

Историја људског рода познаје различите заклетве, које су било у свом оригиналном облику, или донекле модернизоване, преживеле строге судове цркве, апсолутистичких монархија, тиранских режима, али и судове и схватања самих људи. Поред Хипократове заклетве, која је,чини се , најдуговечнија али и највише оспоравана, познајемо и службене заклетве(које се церемонијално полажу приликом ступања неког лица на значајну јавну или државну функцију), заклетву за пријем у држављанство(где се нови држављани, најчешће бивши имигранти заклињу на верност новој држави чије држављанство добијају), заклетву коју дајемо приликом гарантовања постојања или непостојања неких чињеница „под пуном кривичном, грађанском и моралном одговорношћу

Бројни изазови са којима је садржински, лексички, етимолошки и вредносно, Заклетва била суочена су, и поред бројних измена, начинили исту незаобилазним делом и почетком бављења једном професиојом. Њен церемонијални, и мистични карактер истинске хуманисте надахњује а кроз оне ,другачије настројене, који су у професији из других, највероватније погрешних разлога-једноставно само прође. Остаје нам да размишљамо о новим начинима како да „медицинску моралност“, која проистиче из односа (неједнаких снага) лекар- пацијент, и почива на захтеву лечења, ревитализујемо.

О компјутерској етици, чланак у изради.

Компјутерска етика представља област примењене етике која је у експанзији последње две или три деценије, иако њени формални почеци датирају од времена Другог светског рата. Тек након стишавања буре коју је рат поизвео у сваком смислу, где су се свесно кршила најразличитија правила јер се то правдало потребама успешнијег вођења рата, компјутерска етика у свом првом виду као технолошка етика или етика технолошког развоја је имала мали домашај и значај. Сада, питања којима се она бави у 21. веку су далеко сложенија, те се у њеним оквирима расправља чак и о етици хаковања (неовлашћеног упада у туђе базе података)- када је оно легитимно иако можда није легално, етичким хакерима(професионалцима који намерно изводе такве упаде у циљу тестирања система), чак су дефинисане и различите верзије „Десет светих заповести компјузтерске етике“.Потпуно ново, свеже и другачије виђење етике, морала и права, у сајбер свету где сва правила и њихова примена постају флексибилнија, доводи нас до потребе да барем сумарно обрадимо ову област и укажемо на кључне тачке њеног постојања.

354(497.11)

Др Александар Л. Мартиновић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
A.Martinovic@pf.uns.ac.rs

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ СТВАРАЊА И ПРИМЕНЕ ПРАВА У УПРАВНОПРАВНОЈ ОБЛАСТИ – ОДАБРАНЕ ТЕМЕ

Сажетак: Аутор је анализирао правну природу агенција у правном систему Републике Србије. Аутор закључује да (некритички) преузете из правног система САД, агенције – као јавне институције – у правном систему Републике Србије имају хетерогену правну природу. У пракси, то изазива велике проблеме. Нарочито је велики проблем непостојање адекватног механизма контроле над радом тзв. јавних агенција од стране министарстава, Владе и Народне скупштине. Такође, у неким ситуацијама оснивање агенција доводи до паралелизма институција (нпр. Министарство животне средине и просторног планирања – Агенција за заштиту животне средине) на истом државно-правном и политичком нивоу, што се, нарочито у економском и финансијском смислу, показало као врло нецелисходно решење. Важећи прописи у Републици Србији праве и врло натегнуту разлику између појединих типова агенција. Наиме, разлика између агенција које су „самосталне, односно независне организације које врше јавна овлашћења“ и „јавних агенција“ је крајње формална: ради се, у суштини, о истом типу институција, а оно по чему се ове агенције међусобно разликују јесте то што законодавац за суштински истоветне организације употребљава различите термине и називе.

Аутор је анализирао правну природу Агенције за борбу против корупције са уставноправног, управноправног и упоредноправног аспекта. Аутор закључује да су готово све савремене државе суочене су са проблемом корупције у различитим областима друштвеног живота. У борби против корупције, по правилу, учествују сви државни органи, разуме се у границама своје уставне и законске надлежности. Прва карика у ланцу борбе против корупције је, свакако, парламент, који законом прописује кривична и друга кажњива дела у којима је садржана корупција и санкције против учинилаца тих дела. Такође, парламент прописује и друге одговарајуће мере у области антикорупцијске политике и оснива надлежне органе и тела за спровођење антикорупцијских мера у појединачним ситуацијама. Поред

класичних државних органа, који у борби против корупције имају кључну оперативну улогу – полиције, судова и органа кривичног гоњења – у појединим европским државама се оснивају и специјализовани државни органи и институције за борбу против корупције. Једна од тих држава је и Република Србија, у којој је од 2008. године саставни део њеног државног апарата и Агенција за борбу против корупције, као „самосталан и независан државни орган". Оно што је, међутим, спорно у вези са овим државним органом јесу две ствари. Прво, Устав Републике Србије од 2006. године не садржи ниједну правну норму која би се односила на Агенцију за борбу против корупције, за разлику од других државних органа чија је егзистенција у правном систему Републике Србије изричито уставно уређена. С друге стране, Законом о Агенцији за борбу против корупције није прецизно и недвосмислено дефинисана правна природа ове институције, која има обележја како посебне организације тако и неког специјалног државног органа, нетипичног за стандардну номенклатуру органа власти на законодавне, органе управе, извршно-политичке и судске органе. Заправо, Агенција за борбу против корупције је само једна у низу републичких агенција чија је правна природа прилично нејасно и конфузно нормативно уређена. У том смислу, пред Републиком Србијом је веома важан задатак: квалитетно, јасно и прецизно нормирање правне природе и положаја агенција у нашем правном систему. Наравно, потреба за свеобухватном борбом против корупције у Републици Србији за нас је сасвим неупитна, с тим што ми пледирамо за то да се она води у оквирима важећег Устава и правних прописа који су логични и међусобно усклађени.

Аутор је анализирао решења новог Закона о прекршајима. Аутор је закључио да нови Закон о прекршајима, чија примена треба да почне 1. марта 2014. године, у потпуности трансформише прекршајни поступак у један од типичних судских поступака. Након што се почне са његовом применом, више се ни у теоријском смислу неће моћи говорити о томе да је прекршајни поступак некакав „управно-судски поступак", односно – по речима једног аутора – „да је прекршајни поступак по својој правној природи посебна врста управног поступка." Једини разлог због кога ће бити оправдано изучавање прекршаја у оквиру Управног права остаће искључиво академски и педагошки: „да студенти буду упознати и са овом граном права, са којом ће се у пракси сигурно срести." Наравно, надати се је да ће нови Закон о прекршајима издржати „пробу времена" и да ће у пракси бити сигуран гарант заштите људских и мањинских права и слобода, сходно члану 22. Устава Републике Србије.

Аутор је анализирао законске новине у области планирања и изградње у Републици Србији. Аутор закључује да је Закон о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи од 2014. године у значајној мери ре-

формисао ову важну област друштвеног и економског живота. Између осталог, према решењима садржаним у овом Закону, инвеститор је растерећен од прибављања свих неопходних исправа и докумената које поседује надлежни државни или други орган, будући да ће њихово прибављање сада бити службена дужност ових органа. Чини се да ће ову измену грађани и инвеститори најпре моћи да осете. Оваквим решењем постиже се уштеда времена, могућност праћења предмета у свакој фази поступка, а сви трошкови који се у поступку појављују своде се, заправо, на стварне трошкове тих радњи за органе који их предузимају. Смањен је и број процедура. Уместо локацијске дозволе – као управног акта – издаваће се локацијски услови као јавне исправе. Уместо да пролази кроз низ управних поступака са јавним предузећима и другим имаоцима јавних овлашћења који издају услове, дају сагласности на главни пројекат, односно дозволу за прикључење на инфраструктурне мреже (путеве, струју, воду, канализацију и сл.), готово сви односи инвеститора са одговарајућим имаоцима јавних овлашћења биће уређени једном исправом – локацијским условима. Такође, омогућава се градња објеката по принципу „пројектуј и изгради“ (*design and build*), који омогућава не само значајно убрзавање поступака, већ и добијање знатно јефтинијих понуда инвеститорима, будући да ће истом привредном субјекту бити омогућено да израђује пројекат и изводи радове, што по Закону од 2009. године није био случај (закључивала су се два одвојена уговора: уговор о пројектовању и уговор о извођењу грађевинских радова). Са становишта управног права, нарочито је важно да се истакну две новине садржане у Закону о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи од 2014. године: појачана је одговорност свих учесника у поступку издавања потребне документације за градњу, а нарочито одговорност одговорних пројектаната, вршиоца стручне контроле, извођача радова, као и чланова комисије за технички преглед објеката, а – с друге стране – ојачана је улога грађевинских инспектора. Уместо да се грађевински инспектори надлежних органа управе баве контролом техничке документације, за шта су по правилу мање стручни од пројектаната који ту документацију израђују, према новим законским решењима они ће сада имати знатно већу улогу на „терену“, будући да су прописане најмање две обавезне инспекцијске контроле сваког објекта током изградње, као и нова овлашћења грађевинским инспекторима у циљу сузбијања нелегалне градње и градње супротно грађевинској дозволи. Најзад, Законом о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи од 2014. године омогућава се и „деблокада“ грађевинског земљишта у Републици Србији, која је наступила након што је Уставни суд у октобру 2013. године ставио ван снаге одредбу члана 103. став 1. Закона о планирању и изградњи од 2009. године, чиме је de facto онемогућена даља конверзија права коришћења у право

својине на грађевинском земљишту, с обзиром на то да је укинуто право на умањење тржишне цене која је плаћана за конверзију.

Аутор је анализирао правни режим оружја и муниције у Републици Србији, у оквиру којег је укључена анализа одговарајућих института и одредаба важећег Закона о оружју и муницији, одлука Уставног суда Србије у области нормативне контроле одговарајућих одредби овог Закона, као и одредбе новог Закона о оружју и муницији чија је примена одложена.

347.77/.78:347.74

Др Сања М. Радовановић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Radovanovic@pf.uns.ac.rs

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ СТВАРАЊА И ПРИМЕНЕ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ (ЕУ И СРБИЈА)

Сажетак: Право интелектуалне својине представља данас једно од најдинамичнијих области права. По својој природи, оно је хетерогена целина различитих права чији се предмети заштите могу свести на заједнички именитељ, односно информацију. Управо захваљујући тој чињеници, односно значају који она има у савременом друштву, правни оквири којима се настоји обезбедити економска, али и друштвена вредност употребе информација, представљају предмет честих преиспитивања. Следствено, нормативна активност, како на глобалном, тако и на националном нивоу, захтева анализу постојеће регулативе у техничко-технолошком окружењу у којем се заштићене информације разноврсног садржаја размењују.

Имајући у виду управо потребу да се кроз правне оквире омогући даљи друштвени развој, с једне стране, и слобода коришћења информацијама, као непотрошног добра, у истраживању смо издвојили неколико значајних питања, којима је посвећена нарочита пажња. У првом реду, ту се мисли на питања заштите ауторских дела и предмета сродних права технолошким мерама, али и на употребу појединих ауторских дела у оквиру све присутнијег рачунарства у облаку (cloud computing). Анализом су обухваћени и корисници ауторских дела, посебно када је у питању могућност декомпилације рачунарског програма, али и проблем примене општих правила о застарелости потраживања организација за колективно остваривање ауторских права.

Коришћење ауторских дела и предмета сроднoправне зашптите је могуће, у највећем броју случајева, само уз сагласност титулара права. Данашње дигитално окружење пружа техничке могућности да се таква сагласност избегне. Стога, титулари често прибегавају додатној заштити својих дела у виду различитих технолошких мера. Њихово изигравање, пак, представља посебан вид повреде права. Оваква заштита технолошких мера заснована је на потреби да се сачувају позиције аутора, које су угрожене у дигиталном окружењу. Међутим, нормативним решењима се отворило низ

питања, од којих се свакако издваја неселективност технолошких мера и низ проблема које намеће њихова заштита. Иако су проблеми у раду који је овом питању посвећен само назначени, закључак који произлази из наведеног јесте да се увођењем технолошких мера у систем ауторскоправне заштите довео у питање циљ који се нормативним уређењем ове врсте интелектуалног стваралаштва уопште желео постићи. Из тих разлога нам се чини да правно уобличавање технолошких мера није завршено, а да ће даљи технолошки развој отварати нове дилеме.

Cloud computing представља специфично умрежавање, при којем један рачунарски програм симулише рад једног или више рачунара-сервера. У ауторскоправном смислу, сви технолошки процеси који се одвијају унутар *cloud computing*-а су обухваћени појмом умножавања рачунарских програма, односно искључивим овлашћењем аутора на умножавање. Међутим, ово овлашћење аутора трпи извесна ограничења у циљу омогућавања уобичајене употребе од стране корисника.

Полазећи од чињенице да је мрежа *cloud computing*-а виртуелизована, питање редовне употребе рачунарског програма захтева да се сви аспекти дозвољеног умножавања ставе у контекст специфичног рачунарског окружења и специфичних процеса који се унутар *cloud-a* одвијају. У том смислу, у односном раду је истакнуто да у оквиру употребе рачунарског програма у *cloud computing*-у не постоји ни једно чињење за које није потребно прибавити сагласност носиоца права. Другим речима, ауторско право у *cloud*-у постоји у пуном обиму, а тиме и слобода уговарања (када је реч о овом посебном ограничењу).

Надаље, како је рачунарски програм један од средстава за обављање разноврсних пословних и животних активности савременог човека, његова изражена функционалност пружа овом добру огроман тржишни значај. Управо економским аспектом овог интелектуалног добра обојене су бројне расправе о питању адекватне заштите, које су након вишегодишњег присуства у пословном свету резултирале општеусвојеним, односно доминантним ауторскоправним концептом. У том смислу, употреба рачунарског програма, у било ком виду, представља искључиво право његовог аутора. Ипак, потреба заштите интереса корисника, а и општег интереса да се подстиче даљи техничко-технолошки развој, довела је до успостављања низа ограничења ауторског права на рачунарском програму. У истраживању је истакнут само један од њих: допуштена декомпилација ради постизања интероперабилности. С тим у вези, објашњено је шта интероперабилност представља и какав је њен утицај на тржишну утакмицу, односно да ли оправдава изузимање ауторскоправне заштите у погледу потребних умножавања и превођења рачунарског програма. Анализирајући релевантне одредбе европске Директиве 2009/24 и домаћег права, намеће се закључ-

чак да се у стварању правног оквира интероперабилности оставља простора за проширење ауторског права и на оне елементе који примарно нису обухваћени ауторскоправном заштитом. Разлог томе лежи у чињеници да су односне норме одговориле више на питање шта није дозвољено чинити, него шта јесте. Следствено, највећи терет заштите општег интереса кроз захтев интероперабилности и допуштене декомпилације понеће судови приликом тумачења анализираних одредаба.

Рок застарелости потраживања накнада организација за колективно остваривање ауторског и сродних права није изричито одређен ни Законом о ауторском и сродним правима, нити Законом о облигационим односима. Стога је истраживање имало за циљ да определи временске границе захтева за принудно испуњење обавезе плаћања накнада титуларима ауторског, односно сродних права.

У том смислу, анализирана је правна природа ових потраживања, те њихова доспелост, које околности су релевантне за рачунање рокова застарелости. Сходно добијеним резултатима, који су у посебном раду истакнути, примена одредбе о потраживањима из уговора у привреди, уз нужну критику судске праксе, наводи нас на закључак да накнаде организација застаревају у року од три године. Исти резултат даје и примена одредбе о повременим потраживањима за накнаде које своју обавезност црпе из самог закона. У оба случаја, трогодишњи рок се рачуна од 1. јануара наредне године, за годину у којој је обавеза настала. Аконтациони рачуни, који се корисницима издају у току године, представљају делимично испуњење обавезе, те доспевају заједно са коначно утврђеним износом.

339.727.22:341.9

Др Петар М. Ђундић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs

МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО И ЗАШТИТА СТРАНИХ УЛАГАЊА

Сажетак: У петогодишњем пројектном периоду учествовао сам у раду са темом истраживања „*Заштита страних улагања у међународном приватном праву (материјалноправни аспекти и решавање спорова)“*. Примарни циљ истраживања био је да се анализирју и објасне најважније појаве и проблеми повезани са наглим повећањем броја инвестиционих спорова које покрећу страни улагачи против држава пријема улагања крајем XX и почетком XXI века. Прави процват спорова који се тичу страних улагања резултат је, пре свега, могућности која је улагачима на располагању тек последњих неколико деценија – да покрену међународну арбитражу непосредно против суверене државе која је домаћин њиховог улагања. Реч је о фундаменталној промени у односу на систем дипломатске заштите у којем је држава чији је држављанин оштећен поступањем друге државе на себе преузимала заштиту његових права, понекад и пред међународним судовима. Као што тема истраживања сугерише, оно је било усмерено не само на материјалноправна правила и начин њихове примене у пракси решавања инвестиционих спорова, већ и на најважније проблеме који се тичу арбитраже поводом оваквих спорова и који утичу на постојање надлежности арбитражних судова.

Прва година рада на пројекту била је посвећена истраживању начина на који се питање законитости експропријације имовине страног улагача одржава на обавезе државе домаћина тог улагања. Иако је у међународном праву неспорно постојање овлашћења државе да изврши одузимање имовине страног улагача на својој територији, под условима који су данас обично дефинисани у двостраним међународним уговорима о заштити и унапређењу улагања, правна доктрина и арбитражна пракса не нуде увек јасан одговор у погледу тога какве правне последице са собом повлачи незаконита експропријација. Као резултат истраживања овог проблема настао је рад: **Последице разликовања законте и незаконите експропријације страног улагања,** који је објављен у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду бр. 3/2011. Анализа је показала да савремена арби-

тражна пракса стоји на становишту да незаконита експропријација улагања утиче на одређивање износа накнаде који држава дугује улагачу. Наиме, незаконита експропријација повлачи за собом обавезу држава домаћина да исплати улагачу не само износ тржишне вредности улагања у тренутку експропријације, већ и суму која је адекватна увећању вредности улагања до којег је дошло од тренутка одузимања до дана доношења арбитражне одлуке. Истраживањем је био обухваћен и феномен индиректне експропријације – лишавање улагача вредности његовог улагања кроз предузимање законодавних и административних мера без формалног преноса права својине. Како код индиректне експропријације држава не признаје да је извршила одузимање улагања, она по правилу не нуди ни плаћање накнаде улагачу, што је најважнији услов законитости експропријације у међународном праву. Због тога се у пракси поставило питање да ли је свака индиректна експропријација *ipso facto* незаконита. Мада у арбитражној пракси и правној доктрини доминира потврдан одговор на наведено питање, такво гледиште је логички неодрживо и нецелисходно. Закључак арбитражног суда да је држава извршила индиректну експропријацију требало би посматрати као претходни услов који активира обавезу државе да исплати накнаду у износу предвиђеном двостраним међународним уговором о заштити и подстицању улагања. Повреда међународне обавезе државе и примена строжег стандарда накнаде уследила би тек ако би се држава оглушила о ову обавезу.

У току 2012. године, као резултат рада на пројекту, објављен је чланак **Одредбе о одложном року за покретање арбитраже у међународним уговорима о заштити улагања и њихов утицај на надлежност арбитражних судова** (Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 2/2012). Одредбе о одложном року за покретање арбитраже које се у правној доктрини могу срести под називом „период хлађења“ (енг. *cooling-off period*) успостављају обавезу тужиоца да сачека проток рока (обично шест или девет месеци) од тренутка избијања спора до тренутка покретања арбитраже, са циљем да стране у спору ово време искористе за постизање евентуалног поравнања. Страни улагачи су ову обавезу чекања дуго времена једноставно игнорисали, а арбитражни судови којима су подносили тужбе против држава нису овакво непоштовање процесног оквира арбитраже кажњавали. Излаз за арбитражне судове се налазио у схватању о „процедуралној“ природи одложног рока чије непоштовање не утиче на надлежност тела које спор решава. Међутим, арбитражна пракса од 2010. године до данас показује значајну промену схватања у погледу правне природе одредаба о одложним роковима. Према гледишту које би се могло назвати савременим, овакве одредбе се посматрају као саставни део услова под којима је тужена држава дала свој пристанак на арбитражу са улага-

чем и не могу се једноставно игнорисати. Као последица оваквог схватања, непоштовање одложног рока од стране улагача доводи до одбацивања тужбе због ненадлежности арбитражног суда. У раду се наглашава да је таква пракса разлог за много опрезније поступање потенцијалних тужилаца у односу на ранији период.

У току треће године пројекта пажња је била усмерена на још једно питање у вези са надлежношћу арбитражног суда у инвестиционим споровима. Ово питање је посматрано у контексту пристанка државе на арбитражу са страним улагачем. Консенсуална природа арбитраже подразумева да је овај начин решавања спорова могуће примењивати само у случајевима када за то постоји пристанак обе стране у спору. Будући да је у инвестиционим споровима једна од страна у спору увек држава, начин на који она изражава своју сагласност да учествује у арбитражи поводом спора са страним улагачем носи са собом извесне специфичности. Спроведена анализа је показала да те специфичности првенствено проистичу из особеног карактера државе као носиоца суверенитета. Оне се се односе на инструменте који садрже пристанак, али и на бројна ограничења надлежности арбитражног суда у ситуацији када се на први поглед чини да пристанак државе постоји. У погледу одређивања меродавних правила за тумачење изјаве пристанка, досадашња арбитражна пракса је сиромашна, али показује јасан тренд да се изјава воље државе тумачи у складу са правилима међународног права, без обзира на извор у којем је садржана. Наведени закључци садржани су у раду **Пристанак државе на арбитражу са страним улагачем – модалитети пристанка, ограничења и меродавно право** (Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 3/2013).

У последње две године трајања пројекта истраживање је поново било окренуто најважнијим материјалноправним стандардима заштите страних улагања у двостраним споразумима о заштити и подстицању улагања. У току 2014. године настао је рад **Легитимна очекивања као елемент стандарда поштеног и правичног третмана страних улагања у арбитражној пракси**, који је објављен у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду бр. 2/2014. Стандард поштеног и правичног третмана улагања (енг. *fair and equitable treatment standard*) представља неизоставан део свих савремених међународних уговора о заштити улагања. Његова садржина, међутим, није прецизно одређена у таквим уговорима и дефинише се кроз праксу арбитражних судова. У тој пракси се као најважнији елемент садржине овог стандарда јавља обавеза државе да се у погледу третмана улагача и његовог улагања понаша у складу са легитимним очекивањима која је створила својим понашањем. Истраживање је показало тенденције чије присуство је иначе карактеристично за арбитражну праксу у последњих неколико година, посебно након 2008. године и појаве финансијске кризе

на глобалном тржишту – материјалноправни стандарди заштите се у арбитражној пракси тумаче рестриктивније у односу на претходни период и уз више разумевања за положај државе. У погледу легитимних очекивања улагача, за разлику од првобитног схватања обавезе државе као апсолутне (*Tecmed v. Mexico*), обавеза државе да се понаша у складу са представама које је код улагача створила се квалификује на различите начине. Ово се, пре свега, односи на потребу да очекивања улагача буду разумна, што зависи и од његовог понашања, од околности у држави домаћину улагања и од начина на који су наводна очекивања створена од стране представника државе.

Коначно, рад на пројекту у 2015. години резултирао је настанком чланка **Методи израчунавања накнаде за извршену експропријацију страног улагања**. Рад је првенствено инспирисан чињеницом да велики број двостраних међународних уговора о заштити и подстицању улагања садржи одредбе које прописују стандард за исплату накнаде у случају експропријације, али да то само по себи није довољно да би арбитражни суд одредио износ накнаде који држава дугује у конкретном случају. Сама чињеница да се у међународном уговору инсистира на исплати „пуне“, „тржишне“ или „праве“ вредности улагања, још не говори ништа о износу који ће улагачу бити исплаћен на име вредности одузетог улагања. Овај износ зависи од математичког метода израчунавања износа чија примена може да доведе о различитог резултата без обзира на то што је нормативни стандард за исплату накнаде идентичан. У раду се анализира примена три најважнија метода за израчунавање износа накнаде у пракси: књиговодственог метода, метода тржишне вредности и метода дисконтованог прилива новца (енг. *discounted cash flow* или ДЦФ метод). Анализа је показала да тужиоци најчешће инсистирају на примени овог последњег метода будући да он омогућује да се у износ накнаде урачуна и будућа добит привредних друштава која би вероватно у будућности била профитабилна. Са друге стране, арбитражни судови показују оклевање да овај метод примене у ситуацијама када пословни подухват улагача нема историју профитабилности, а посебно онда када та профитабилност зависи од будуће неизвесне, нереализоване околности.

347.751:339

Др Сандра С. Фишер Шобот, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

УГОВОР О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

Сажетак: Код уговора о међународној продаји робе продавац је дужан да купцу испоручи робу без недостатака. Испорука несаобразне робе и робе са правним недостацима представља повреду уговора од стране продавца. Међутим, сама повреда као таква није довољна да купац оствари права због несаобразне испоруке, односно испоруке робе са правним недостацима, него постоје и допунске претпоставке одговорности продавца. Наиме, купац је дужан да уредно и благовремено обавести продавца о недостацима.

Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе (даље у тексту: конвенција, БК) предвиђа дужност обавештавања када је роба оптерећена правним недостацима. Као и код испоруке несаобразне робе, обавештавање о правном недостатку је услов за коришћење правним средствима. Међутим, између дужности обавештавања о несаобразности и о правним недостацима постоје одређене разлике. Прва, код несаобразне испоруке крајњи рок за обавештавање о недостацима је две године од стварне предаје робе купцу (чл. 39(2) БК). Насупрот томе, такав рок код обавештавања о правним недостацима не постоји што је и разумљиво јер се правни недостаци често појаве у дужем временском периоду после предаје робе купцу. Друга, обавештењу о несаобразности редовно претходи и са њиме је повезана дужност прегледа робе. Насупрот томе, код испоруке робе са правним недостацима купац нема дужност да прегледа робу. Оправданост овог решења је у томе што су правни недостаци по својој природи такви да се прегледом ни не могу утврдити. И последње, код испоруке несаобразне робе необавештавање не штети купцу када се недостатак саобразности односи на чињенице које су биле познате продавцу или му нису могле бити непознате, а он их није открио купцу. Насупрот томе, продавац не може да се позива на изостанак обавештења о правном недостатку ако је знао за право или потраживање трећег лица и њихову природу. Док у првом случају изостанак приговора не штети купцу у случају грубе непажње продавца, у другом случају захтева се знања продавца о недостатку.

Повреда дужности обавештавања и у случају испоруке несаобразне робе и у случају испоруке робе са правним недостацима има за купца стро-

ге последице јер губи правна средства. Међутим, пошто испорука робе са недостацима представља повреду уговора од стране продавца, конвенција у изузетним случајевима предвиђа ублажавање строгих последица повреде дужности обавештавања. Наиме, купац може да се позива на правне недостатке чак и ако није обавестио продавца о њима у два случаја. Први, када је продавац знао за право или потраживање трећег лица и њихову правну природу. И други, купац може да се користи одређеним правним средствима када има разумно оправдање што продавца није обавестио о правним недостацима. С друге стране, купац задржава права која има на основу испоруке несаобразне робе чак и ако повреди дужност обавештавања у два случаја. Први, када је продавац сам знао или му нису могле остати непознате чињенице на које се односи недостатак, а он их није открио купцу. И други, купац може да се користи правним средствима због несаобразне испоруке када има разумно оправдање што продавца није обавестио о несаобразности робе.

У праву међународне и домаће продаје накнада штете у случају повреде уговора може бити одмерена конкретно и апстрактно. Апстрактно одмеравање накнаде штете постоји када се накнада одмерава на основу разлике између уговорене и текуће (тржишне) цене робе тј. тржишне вредности робе у одређено време на одређеном месту. Апстрактно одмеравање накнаде штете претпоставља кумулативно испуњење следећих услова. Први, основни уговор мора бити раскинут. Други, овакав начин одмеравања накнаде штете је могућ само ако оштећена страна није извршила посао ради покрића. Трећи, у раскинутом уговору цена робе мора бити изричито или прећутно одређена. Коначно, роба која је предмет раскинутог уговора мора имати и текућу цену.

Ако је уговор раскинут, а постоји текућа цена за робу, страна која захтева накнаду штете може добити разлику између цене предвиђене уговором и текуће цене у одређено време и на одређеном месту. Текућа цена је цена која се редовно наплаћује у односној струци за исту робу продату под сличним околностима.

У праву међународне и домаће продаје за одређивање текуће цене меродаван је тренутак раскида уговора. Ово опште правило не примењује се код уговора о међународној продаји робе када је страна која захтева накнаду штете раскинула уговор после преузимања робе. У том случају је меродавна текућа цена у време преузимања робе.

Према чл. 76(2) БК место меродавно за утврђивање текуће цене је место где је испорука требало да буде извршена, или ако у том месту нема текуће цене, цена у другом месту које може разумно послужити у ту сврху водећи рачуна о разлици у трошковима превоза робе. С друге стране, према чл. 524(2) ЗОО ако на тржишту места у коме је посао обављен нема те-

куће цене, за израчунавање висине накнаде узима се у рачун текућа цена тржишта које би га могло заменити у датом случају, којој треба додати разлику у трошковима превоза. Формулација *место у коме је посао обављен* је нејасна и може да створи различите проблеме. Наведено правило би требало променити, а као релевантно место одредити место испоруке.

Продавац одговара за извршење обавезе испоруке, а у случају њене повреде купцу на располагању стоје правна средства из чл. 45 БК. Међутим, купац не може да се позива на неизвршење обавезе испоруке од стране продавца у мери у којој је то неизвршење узроковано његовом радњом или пропустом. Чл. 80 БК представља конкретизацију принципа савесности и поштења из чл. 7(1) БК.

Чл. 80 БК и чл. 79 БК имају различито поље примене и представљају одвојене правне основе за ослобођење продавца од одговорности за неизвршење испоруке.

Примена чл. 80 БК претпоставља да је понашање купца узрок повреде обавезе испоруке од стране продавца. Продавац ће према чл. 80 БК бити ослобођен од одговорности за неизвршење испоруке уколико буду кумулативно испуњени следећи услови. Прво, продавац мора повредити обавезу испоруке. Друго, потребно је да постоји одређено понашање купца (радња или пропуштање чињења) и треће, да је управо радња или пропуст купца узрок повреде обавезе испоруке.

Према чл. 80 БК повреда обавезе испоруке мора бити узрокована радњом или пропуштањем чињења од стране купца. Формулација чл. 80 БК указује да га треба применити не само када је сам купац узроковао неизвршење испоруке, него и у случајевима подељене одговорности тј. кад је повреда обавезе испоруке узрокована радњом продавца и купца. Проблеми могу настати јер сама одредба не даје решење за сложене ситуације у којима су обе стране узроковале повреду обавезе испоруке.

347.441.13(497.11)

Др Атила И. Дудаш, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

ПРАВНА РЕЛЕВАНТНОСТ КАУЗЕ УГОВОРА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

Сажетак: За пуноважан настанак и дејство уговора неопходно је да се испуне одређене претпоставке које доктрина, пре свега француска цивилистика, дели на опште и посебне. Опште су оне које нужно морају постојати при закључењу сваког уговора, док се испуњење посебних захтева само у појединим врстама уговора. У опште претпоставке се убрајају сагласност воља, пословна способност, предмет уговора и основ, односно кауза уговора, док се посебном претпоставком сматра битна и конститутивна форма уговора. Од наведених, кауза уговора је по томе специфична, што је можда једина општа претпоставка настанка и пуноважности уговора за коју се везују толико разнолика схватања да се на једној страни налазе теорије које њоме објашњавају готово сваки институт облигационог права, а на другој схватања која поричу скоро сваки правни значај циља ради којег стране закључују уговор.

Упркос веома различитим појмовним одређењима каузе уговора остаје непобитна чињеница да је она у одређеном броју правних поредака, пре свега у романском правном кругу, изричито профилисана у законски институт, у један од услова настанка и пуноважности уговора, те се њено правно постојање не може порећи. За разлику од романских права, у германском правном кругу, пре свега у немачком, швајцарском и аустријском праву, кауза уговора се изричито не сматра условом настанка и пуноважности уговора. Међутим, ова чињеница не сме да наведе на закључак да је циљ ради којег стране закључују уговор ирелевантан у правним порецима који припадају германском правном кругу.

Појам каузе уговора је настао и постоји у европско-континенталној правној мисли. Он је непознат у англосаксонском праву. Оно, међутим, познаје један доктринарни појам који је веома сличан појму каузе уговора. То је *consideration* који се, у најкраћим цртама, може објаснити као захтев за постојањем међусобне условљености престација у теретном уговору, при чему се његова правна релевантност тиче питања утуживости потра-

живања, а не његовог постојања. Према доктрини *consideration*-а, потраживање, тј. уговорно обећање је утуживо, уколико је праћено адекватним противобећањем.

На развој домаће доктрине о каузи уговора је пресудан утицај имало усвајање Закона о облигационим односима 1978. године. До усвајања ЗОО доктринарни ставови о каузи уговора у домаћој правној науци показују висок степен различитости: обухватали су готово све основне теоријске правце, од антикаузалистичких, преко економских, до савремених, објективно-субјективних поимања каузе уговора. Доктрином каузе нарочито су се бавили Драгољуб Аранђеловић, Живојин Перић, Лазар Марковић, Андрија Гамс, Стеван Јакшић, Владимир Капор и Михаило Константиновић.

У ЗОО је појам каузе уговора изричито уобличен у један од услова пуноважности и дејства уговора. Опредељење да се кауза уговора законски уреди имало је велики утицај на развој домаће доктрине. С једне стране, кауза уговора је постала позитивноправни институт, те су јој готово сви аутори по усвајању Закона посветили одговарајућу пажњу, за разлику од предзаконског периода, у којем је било аутора који је уопште нису разматрали. Од посебног су значаја схватања Стојана Цигоја, Љубише Милошевића, Живомира Ђорђевића, Бориса Визнера, Мартина Ведриша, Желимира Шмалцеља, Јакова Радишића, Слободана Перовића, Јожефа Салме и Оливера Антића. С друге стране, сужава се дијапазон различитих могућих поимања каузе уговора у доктрини. По усвајању ЗОО запажа се тенденција нестајања схватања која у потпуности поричу неопходност постојања појма каузе уговора, те се у претежном делу доктрине заузима каузалистички став, при чему се могу уочити одређене разлике у схватањима аутора.

ЗОО у погледу сврсисходности законског уређења правне релевантности циља уговора одступа од свог доминантног нормативног узора, Швајцарског законика о облигацијама, који експлицитно не захтева постојање пуноважне каузе за настанак и пуноважност уговора, и прихвата модел који је установио Француски грађански законик, у којем је циљ заснивања уговорне облигације уобличен у законски институт. У главним одредбама посвећеним правној релевантности циља уговора, ЗОО уређује основ уговора, као објективизовани правни циљ страна, који је увек идентичан у уговору исте врсте, али и побуде за закључење уговора, у смислу субјективних разлога који наводе стране на закључење уговора. Сваки уговор мора да има допуштен и стварни основ, при чему се претпоставља да има основ и онда ако он није видљив из садржине уговора. Недопуштен основ води ништавости уговора. Побуде имају знатно мањи правни значај од основа, јер ЗОО начелно прописује да оне не утичу на пуноважност уговора. Упркос томе, што то није изричито прописано, судска пракса и доктрина домашај ове одредбе ограничавају на теретне уговоре: у добро-

чиним уговорима допуштене побуде улазе о појам каузе, те њихово неостваривање добија правну релевантност. Овај став поткрепљује и одредба ЗОО према којој се у доброчиним уговорима погрешна представа о побудама сматра битном заблудом Другачији је правни значај недопуштених побуда. ЗОО изричито уређује правне последице закључења уговора ради остваривања недопуштених побуда: доброчин уговор закључен из недопуштених побуда увек је ништав, док теретан само под условом несавесности друге стране.

Основ уговорне обавезе и побуде за закључење уговора су институти у ЗОО у којима питање циља ради којег стране закључују уговор добија непосредну правну релевантност. Међутим, циљ ради којег стране закључују уговор има одређени правни значај и код других института. ЗОО, наиме, у различитим језичким формулацијама, указује на потребу да се у обзир узме циљ обавезивања страна у уговору. Такав је случај са ништавошћу уговора и последицама ништавости, конверзијом, делимичном ништавошћу, појединим посебним случајевима раскида уговора (раскидом уговора са узастопним обавезама због неиспуњења и раскидом уговора због делимичне немогућност), раскидањем или изменом уговора услед промењених околности, ништавошћу појединих одредаба општих услова пословања, стицањем без основа и новацијом.

Најзад, може се заузети став да постоје правни институти код којих се у језичкој формулацији законских одредаба не користе речи основ, циљ, побуде или друге сличне, али њихову суштину објашњава управо теорија каузе. Тако, доктринарно утемељење неважности привидног уговора, раскида уговора због неиспуњења или немогућности, приговора неиспуњења уговора, правила да се нејасне одредбе уговора тумаче у складу са заједничком намером страна, санкционисања недопуштене побуде дужника да оштети повериоце код паулијанске тужбе, и других института, може се идентификовати у теорији каузе, упркос томе што такав закључак непосредно не поткрепљује језичко тумачење одговарајућих одредаба ЗОО.

Може се констатовати да појам каузе уговора у нашем праву, у оквиру различитих правних института, остварује три функције. Примарна функција каузе је заштита јавног поретка. Кауза у функцији заштити јавног поретка је основни домен примене преко којег се правна релевантност каузе уговора посматра у нашој доктрини: недопуштена кауза је разлог ништавости уговора, чак и ако је предмет уговора пуноважан. Међутим, кауза уговора не остварује своју функцију само на плану заштите јавних интереса, већ и на плану заштите приватних интереса страна, и то на два начина. Постоје правни институти којима се обезбеђује остварење циља уговора, али и институти којима се пружа правна заштита страни чија се кауза обавезивања није остварила или је постојала, али је накнадно отпала. Нај-

зад, осим функције заштите јавних интереса и функције заштите приватних интереса уговорних страна, кауза уговора остварује још једну, која се може означити као интерпретативна функција. Она служи утврђивању садржине праве намере страна за закључење уговора, када је она нејасна или је постала спорна међу странама.

341.222

Др Бојан Н. Тубић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

ПРАВИЛА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА КОЈА СЕ ПРИМЕЊУЈУ НА ОДРЕЂИВАЊЕ МЕЂУДРЖАВНИХ ГРАНИЦА

Сажетак: Током рада на научно-истраживачком пројекту „*Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија*)“ анализирао сам правила међународног права која се примењују у поступку разграничења између држава, односно правила која примењују међународни судови и арбитраже када настане спор због одређене територије или због нејасног протезања међудржавне границе.

Територија представља један од основних елемената сваке државе. Због тога је дефинисање граница одређених територија једно од најважнијих питања међународног права. Границе раздвајају суверенитете држава и одређују место простирања државне власти. Државе одређују међусобне границе споразумом, али постоје случајеви у којима то није могуће урадити. У складу са Повељом УН сви спорови па и они територијални се морају решавати мирним путем, а употреба силе је забрањена. Пред Међународним судом правде расправљан је значајан број територијалних спорова и на основу његове праксе могу се извести неки закључци о правилима за одређивање граница. Суд је прво узимао у разматрање уговоре уколико су постојали, затим се позивао на начело *uti possidetis juris* и на крају на начело ефективитета. Најјаснија ситуација је када постоји уговор или неки други документ о разграничењу. Он се користи и када је нејасан или непотпун. Суд је само на основу уговора решио спор између Либије и Чада. У случајевима између Белгије и Холандије и Камеруна против Нигерије Суд је одбио да донесе одлуку на основу аката вршења суверенитета и надлежности и скоро у потпуности засновао одлуку на уговорима. Уколико не постоји међународни уговор, следећи начин за доношење пресуде је начело *uti possidetis* уколико је применљиво. На пример, у случају граничног спора између Буркине Фасо и Малија, Суд је донео одлуку на основу француског колонијалног права. У случајевима који се не односе на постколонијалне границе и где се не може наћи изричит пристанак на постојање граница, Суд обично заснива своју одлуку на ефективној контроли. У таквим случајевима од значаја је степен контроле и дужина њеног трајања

јер се на основу тога чини јавним и видљивим вршење власти државе која се позива на овај основ. Историјски аргументи у циљу стицања територије нису опште прихваћени, већ се захтева да промене граница морају да буду резултат демократски изражене воље држава.

Начело *uti possidetis juris* је било основно начело при одређивању државних граница у време деколонизације. Оно је било неопходно у овом процесу, јер ниједно друго правило није могло да исправи неправде које су нанете у прошлости. Оно је спречавало настанак немира и већих сукоба у постколонијалној ери у Азији, Африци и Латинској Америци. Начело *uti possidetis juris* је повезано са начелом самоопредељења које је предиђено у Повељи УН. Оно је требало да буде један од облика права на самоопредељење народа у постколонијалним државама. Повезивање ова два начела је започето још почетком 19. века у Латинској Америци, а настављено је на афричком континенту. Начело *uti possidetis juris* се заснива на претпоставци да су бивше колонијалне административне границе чувале стабилност и територијални интегритет. Оно чува постојеће границе забрањујући сецесију, али на тај начин не омогућава решавање питања лоше одређених и спорних граница. Нејасне основе по којима су одређиване границе могу бити извор нових сукоба и спорова, што се и показало у случајевима пред Међународним судом правде. Владајући став у теорији је да би се начело *uti possidetis juris* требало примењивати уз одређена ограничења, у периоду после деколонизације, као и да би се морало поново размотрити у правној доктрини. Такође, иако је право народа на самоопредељење коришћено у процесу деколонизације за настајање нових држава, оно се јавило и у новије време, као основ за стицање независности, као на пример у случају Источног Тимора. Изван сфере колонијализма, право народа на самоопредељење је прилично нејасно и спорно по питању његовог обима и садржине.

Значај морских површина и ресурса које оне садрже утицали су на појављивање све већег броја спорова поводом одређивања међудржавних граница на овом делу државне територије. Уколико је немогуће постићи договор о протезању граничних линија потребно је решити спор који је настао. Између осталог, може доћи до неслагања у погледу разграничења територијалног мора, епоконтиненталног појаса и искључиве привредне зоне. Конвенција УН о праву мора, која на свеобухватан начин регулише ову област, садржи и одређена правила о разграничењу морских појасева. Поред коришћења дипломатских начина, заинтересоване државе могу прибећи арбитражном и судском решавању спорова. Надлежност за њихово решавање имају Међународни суд и Трибунал за право мора. Они примењују најчешће начело еквидистанције, али оно може бити допуњено или за-

мењено додатним критеријумима уколико постоје посебне околности у вези са конкретним случајем. Основни циљ при одлучивању јесте постизање правичног и прихватљивог разграничења.

Поред дипломатских начина решавања спорова и поступка пред Међународним судом, арбитража представља ефикасно средство за одређивање међудржавних граница. Стране у спору саме бирају арбитре, правила поступка и обавезују се да прихвате и примене арбитражну одлуку, која је заснована на међународном праву. Државе могу да уговоре *ad hoc* арбитражу, или, пак да свој спор реше пред Сталним арбитражним судом у Хагу. Арбитража има одређене предности у односу на поступак пред Међународним судом, што се пре свега огледа у утицају странака на састав арбитражног трибунала и у његовој флексибилности и брзини одлучивања. На основу примера из арбитражне праксе, може се уочити да се арбитражно решавање спорова не може примењивати на исти начин на све врсте спорова. Наиме, неки спорови су погоднији за овакво решавање и то су углавном спорови који немају велики економски или политички значај, односно спорови који се не тичу виталних интереса држава. Заправо, све је у рукама држава које саме и уговарају арбитражу и утичу на њен састав и правила по којима поступа. Уколико постоји добра воља да се спор повери на решавање арбитражи реално је очекивати да ће држава и да прихвати арбитражну одлуку која буде донета. Уколико се арбитража уговара под неком врстом економског или политичког притиска, може се очекивати опструкција државе и непримењивање арбитражне одлуке. И поред одређених недостатака, међудржавне арбитраже ће и даље имати значајну улогу у решавању међународних спорова и развоју међународног права.

347.91/.95:340.137(497.11)

Др Марко С. Кнежевић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Knezevic@pf.uns.ac.rs

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ У СТВАРАЊУ И ПРИМЕНИ ГРАЂАНСКОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА

Сажетак: 1. Рад на пројекту је био везан за тему „Теоријски и практични проблеми примене и стварања грађанског процесног права“. У образложењу теме су биле постављене хипотезе истраживања. Оне су се односиле с једне стране на поље примене грађанског процесног права, тј. *de lege lata* стање, а с друге стране на стварање овог права – *de lege ferenda*.

2. Резултати истраживања су објављени у складу са пројектним условима у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду и у монографској публикацији чији је издавач Правни факултет у Новом Саду. Ради се о следећим радовима: О новом уређењу вољног заступања у парничном поступку, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLV/3 (2011), 681-697; О жалби против пресуде у поступку у спору мале вредности, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLVI/4 (2012), 385-402; Стоматолог као сведок и вештак у судским поступцима, Парнични поступак, у: *Селаковић* (ур.), Судска стоматологија, Службени гласник – Правни факултет у Новом Саду, Београд (2013), 54-65; Круг опозиционих разлога у приговору против решења о извршењу на основу извршне исправе, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLVIII/4 (2014), 329-359; Парициони рок у српском парничном поступку, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду XLIX/1 (2015), 49-72 (заједно са *Р. Кечом*).

3. Резултати истраживања се могу сажети спрам хипотеза које су на почетку истраживања и биле постављене. Резултати *de lege lata* истраживања, даље, могу да се поделе у даље две подгрупе: истицање уставноправне несагласности појединих решења (4) и нужност коришћења савремене методлогије правне науке (5 и след.).

4. Истраживање показује да су нека решења управо уставноправно неприхватљива. Репрезентативан је пример са уређењем багателног спора. С једне стране традиционална, али и једина суштинска разлика у односу на општи парнични поступак, у виду ограничења жалбених разлога против пресуде – искључење „погрешног и непотпуног чињеничног стања“ као жалбеног разлога – у супротности је са уставним правом на правно сред-

ство (чл. 36 ст. 1 Устава). Наиме, оно не значи само да против првостепене пресуде мора постојати могућност изјављивања правног средства, већ да мора постојати могућност да се као разлог правног лека истакну све замисливе грешке првостепеног суда, што подразумева и погрешно и непотпуно чињенично стање (ЗбоНС XLVI/4, 385 [393 и след.]). С друге стране, енормно повећање цензуса за багателне спорове поставља питање уставности сужавања процесних гарантија, и то у аспекту сразмерности и идеје правне државе. Чак и да је уставнокомфорно ограничење жалбених разлога, оно није на тај начин што се за спорове који спрам економског стања у земљи никако не могу сврстати у багателне спорове у суштинском смислу. И за домаћи правни систем треба прихватити савремену немачку доктрину по којој смањење процесних гарантија спрам вредности предмета спора мора да одговара реалном економском стању, па би праг преко којег се не би могло ићи био просечна месечна зарада у држави (ЗбоНС XLVI/4, 385 [397 и след.]).

5. Домаћу догматику процесног права, али не само њега већ уопште, обележава умногоме неизграђена методологија. Оно што се може извући као заједничко јесте изразити законски позитивизам, понегде и екстремни, и одбојност према било каквом другом методу сазнавања права осим оног који подразумева тумачење у смислу остајања у оквирима језичког смисла норме. Уставнокомфорно тумачење се можда и назире, али корак даље према савременој методологији, а то је унапређење права (нем. *Rechtsfortbildung*), још увек је непознато. Због тога се и прибегава законодавним захватима или укидању одредаба, уместо да се за постојеће стање узме оно би се тиме добило. Пример за то је способност бити пуномоћник у парничном поступку. Новина коју је донео ЗПП у виду начелног ограничења на адвокате, уз задржавање одредбе Закона о раду да запосленог у радном спору може да заступа представник синдиката, није могла да буде методолошки исправно решена вредновањем тако да би се узело да је позитивноправно допуштено да пуномоћник радника буде представник синдиката ако има положен правосудни испит (резултат истраживања: ЗбоНС XLV/3, 681 [695]), већ је она укинута као „неуставна због несагласности са Законом о раду. Према томе, сам *УС* није свестан постојања методолошких правила која омогућују решавање просте колизије две одредбе на начин који неће подразумевати предност једне или друге. Други пример је питање опозиционих разлога као одбране извршног дужника у поступку извршења. Уређење у ЗИО из 2011. није предвиђало све замисливе опозиционе разлоге, већ само један (престанак захтева услед испуњења), а набрајање разлога за изјављивање приговора је било таксативно. Међутим, без обзира на редакцијски метод, аналогија је допуштена, јер је то у складу са вредновањима, па је и за ЗИО 2011. разлог за укидање решења о извршењу

сваки разлог који је довео до престанка или заустављања захтева (ЗбоНС XLVIII/4, 329 [347 и след.]).

6. Појава нових института који нису на редакцијском плану узети у обзир поставља свакако питање попуњавања правних празнина. Исто се дешава и са парцијалним модификовањем једног института када се она не предузме доследно на редакцијском плану. За прву ситуацију је пример увођење јавнобележничких исправа као извршних исправа. Околност да се не ради о исправи у којој је правноснажно утврђено да постоји захтев поставља питање временске граница у којима опозициони разлог може да настане. Како то није изричито регулисано, празнина се попуњава тако што узима у обзир природа исправе, смисао правноснажности и вредновање материјалноправне позиције извршног дужника. У том смислу у овим случајевима може се истицати да захтев није ни настао, тј. могу се истицати импедитивна противљења, али и оспоравање конститутивних чињеница (ЗбоНС XLVIII/4, 329 [353 и след.]). За други пример треба да послужи, прво, признавање могућности одређивања парицоног рока и у пресудама у којима се налаже пропуштање. Празнина је у погледу одређења када ће то суд смети да учини. Циљним сагледавањем и узимањем у обзир различитих захтева за пропуштање, с позивом на упоредноправну доктрину и судску праксу, суд ће одредити парициони рок у оваквим пресудама онда када ради о налогу за пропуштање који је могуће испунити само уз неко активно деловање (ЗбоНС XLIX/1, 49 [55 и след.]). Друго, ограничење способности бити пуномоћник је оживело дилему у погледу последица предузимања парничних радњи од стране пуномоћника који нема потребну способност. Истраживање показује да је прикладније решење по којем таква радња нема дејство, јер би се у супротном суштински дезавуисала намера законодавца (ЗбоНС XLV/3, 681 [693 и след.]).

7. На крају *de lege ferenda* критици је било прибегнуто само тамо где коришћење методолошких правила није могло да да жељени резултат спрам вредновања од којих се полазило, тј. онда када је било утврђено да се ради о свесној правнополитичкој грешци законодавца. Најзначајнија критика била упућена искључивању парничног пута за истицање опозиционе одбране против принудног извршења (ЗбоНС XLVIII/4, 329 [354 и след.]). Низ замерки, које су и уставноправног нивоа, показале су се као основане, с обзиром да је у новом ЗИО враћена опозициона тужба и концепт парничног поступка као пута за остваривање опозиционе одбране извршног дужника.

336.228.34:061.1EU

Др Цвјетана М. Цвјетковић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs

СУПРОТСТАВЉАЊЕ ПОРЕСКОЈ ЕВАЗИЈИ И ШТЕТНОЈ ПОРЕСКОЈ КОНКУРЕНЦИЈИ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Сажетак: Стварање јединственог тржишта у оквирима Европске уније створило је бројне могућности за пореску евазију. Како би се стало на пут овом феномену, пореске власти држава чланица се морају ослонити на правну помоћ. Тога су били свесни и органи Европске уније, па је још 70-их година 20. века започет рад на хармонизацији у области пореске сарадње.

Узајамна правна помоћ у пореским стварима се може манифестовати на различите начине. Сваки од њих има властито поље примене, премда је размена информација, и то у сва своја три вида – размена на захтев, аутоматска и спонтана размена, убедљиво најраспрострањенији вид узајамне правне помоћи, којем државе радо прибегавају, с обзиром на то да захтева најмање ангажовање људских и материјалних ресурса, али и најмање задирање у њен фискални суверенитет. У суштини, избор модалитета правне помоћи у пореским стварима, као и избор облика размене информација, треба да се заснива на циљевима који се желе остварити, као и на трошковима који ће настати пружањем правне помоћи.

За државе чланице Европске уније својствен је плуралитет правних извора који регулишу правну помоћ у пореским стварима (правни извори Европске уније, међународни и национални извори), који понекад води њиховој неефикасности. Најважнији правни извор у области непосредних пореза је Директива о административној сарадњи на терену опорезивања и укидању Директиве 77/799/ЕЕС, којом су отклоњени бројни недостаци раније важеће регулативе. Она је убрзала сам поступак размене информација и знатно променила правила која се односе на аутоматску размену информација, и то тако што су набројане врсте информација које ће за пореске сврхе размењивати између држава чланица. Такође, обезбеђује достављање информација које су у поседу банака или других финансијских институција, прописује рокове за достављање информација и сл., тако да ће она сигурно са већим успехом моћи да се носи са изазовима са којима се суочавају надлежне пореске власти држава чланица приликом примене својих пореских закона.

Могућност угрожавања права пореских обвезника постоји не само у националним границама, него и у поступку размене информација између надлежних пореских тела различитих држава. У овом контексту, за пореског обвезника је посебно важно да му се гарантује право да буде обавештен о томе да инострани порески орган захтева информацију која се тиче његове пореске ситуације, право на учествовање у прикупљању информација путем консултација и право да независно тело провери легалност и легитимност целокупног поступка размене информација. Међутим, државе чланице Уније које гарантују наведена права су више изузетак. Такво стање је последица бојазни да би обавештавање обвезника обесмислило сам концепт размене информација, односно довело у питање његову ефикасност. Стога, већина чланица тежи само да обезбеди поверљивост прикупљених и достављених информација.

Ако се има у виду пракса Суда правде Европске уније у погледу тумачења права Уније које се односи на размену информација, јасно је да овај орган не прихвата тешкоће у стицању информација, као оправдање за рестриктивни третман, у свим случајевима када релевантна директива обавезује државе у питању. Дакле, став Суда правде је да државе чланице морају да учине размену информација што ефикаснијом.

С обзиром на то да функционисање јединственог тржишта Уније не подразумева потпуну хармонизацију пореских система, постоји могућност да поједине чланице путем разноразних пореских подстицаја постигну већи степен конкурентности својих привреда. Отуда се на нивоу Уније предузимају различите мере како би се стало на пут штетној пореској конкуренцији. Званичан став органа Европске уније јесте да штетна пореска конкуренција резултира читавим низом негативних последица, нарочито по финансирање јавних потреба и функционисање заједничког тржишта, па да се, сходно томе, предузимање одговарајућих мера у циљу њеног спречавања јавља као неминовност. Анализа ових мера је показала да оне нису довољно ефикасне. Разлог за то лежи у чињеници да нису све државе подједнако погођене последицама које она изазива и, самим тим, нису довољно заинтересоване да се овај проблем реши на ефикасан начин. Неке чланице, које су успеле, и које и даље успевају да привуку мобилне активности на своје територије, су добитници, док се друге, за које је својствен одлив тих активности, јављају у улози губитника.

Како расте број пореских јурисдикција са повољним пореским режимом, постепено расте и број држава чланица Уније које су, у циљу сузбијања пореске евазије, посебно међународне законите пореске евазије, приступиле доношењу унилатералних мера, међу којима се својим значајем издваја законодавство о контролисаним иностраним компанијама – CFC законодавство. Анализа CFC законодавстава држава чланица Уније пока-

зала је да међу њима постоје извесне разлике у погледу уређења овог института. Постоје чланице, попут УК, у којима је ово законодавство прилично разрађено, а све како би њиме био погођен искључиво онај доходак који је вештачки преусмерен у другу пореску јурисдикцију из евазионих мотива. Такво CFC законодавство, по природи ствари, подразумева велики број изузимања и, самим тим, стручну пореску администрацију. Разлике у погледу захтеваног квалификованог учешћа у контролисаној иностраној компанији и у погледу тога шта се сматра јурисдикцијама са ниским порезима су најбољи показатељ заинтересованости једне државе за заштитом домаће пореске основице. Упоредноправна анализа је, такође, показала да је на обликовање CFC законодавства у државама чланицама Уније велики утицај имала одлука Суда правде у случају *Cadbury Schweppes*. Данска је пример државе чланице која је формално своје законодавство усагласила са овом одлуком, тј. њено CFC законодавство није дискриминаторно, али не удовољава принципу пропорционалности.

Одлука Суда правде Европске уније у случају *Cadbury Schweppes* је још једном показала да се разлике између држава чланица у погледу непосредних пореза морају толерисати. Наиме, све док се не постигне сагласност око хармонизације непосредних пореза, државе чланице могу прописивати ниске пореске стопе, како би своје територије учиниле привлачним за инвеститоре из других држава. Самим тим, оснивање компанија у државама чланицама искључиво у сврху коришћења пореских олакшица није забрањено, ако оне обављају суштинску економску активност, чиме је Суд правде Европске уније прећутно дао сагласност на праксу која би се могла означити као *forum shopping*, тј. праксу на основу које компаније слободу оснивања могу реализовати у оној чланици која је за њих порески најприхватљивија. Ослонац за то произлази из саме природе Европске уније.

343.1:004.6

Милана М. Писарић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

ОТКРИВАЊЕ И ДОКАЗИВАЊЕ КОМПЈУТЕРСКОГ КРИМИНАЛА

Сажетак: Интеграција телекомуникационих и информационих система у савременом друштву омогућава складиштење и пренос података о свим врстама комуникација чиме је створен низ нових могућности за злоупотребе у оквиру кибер простора. Те злоупотребе се односе на угрожавање интегритета, доступности или поверљивости рачунарских мрежа и телекомуникационих система и са њима повезаних података или се односе на употребу таквих мрежа и система за извршавање «традиционалних» кривичних дела. Све ове злоупотребе могу се заједничким именом означити као високотехнолошки криминал. Без одређених прилагођавања специфичностима овом типу криминалитета криминала, као појаве глобалних размера, откривање и доказивање појавних облика, те кривично гоњење учинилица готово да је немогуће. Стога је уочена потреба за постављањем правног оквира супротстављања високотехнолошком криминалу, који би чинила материјалноправна и процесноправна правила прилагођена овој врсти криминала као и за унапређењем међународне сарадње, у оквиру глобалне и регионалне борбе против кибер криминала.

Предмет истраживања било је сагледавање тренутног стања стратешких и правних оквира супротстављања на нивоу Савета Европе и Европске уније, као и тенденција у развоју планског супротстваљања поменутим злоупотребама у оквиру ових регионалних организација.

Приликом креирања правних оквира за борбу против високотехнолошког криминала, неколико питања се намеће као изазов који треба превазићи: 1. питање одређивања шта се под компјутерским криминалом подразумева; 2. чињеницу да се компјутерска кривична дела извршавају у виртуелном окружењу, где су готово неприменљива традиционална правила о надлежности и правила за откривање и доказивање; 3. чињеницу да информационе и комуникационе технологије нису сродне и у довољној мери познате припадницима органа гоњења и правосуђа. правним оквирима за борбу против високотехнолошког криминала неопходно је: а) дефинисати које се то активности у вези са информационим системима сматрају ком-

пјутерским криминалом; б) одредити специфична процедурална правила, да би се могло приступити истраживању и процесуирању компјутерског криминала, в) омогућити оспособљавање и константно обучавање припадника институција надлежних за супротстављање овом облику криминала. За успешно супротстављање компјутерском криминалу није било довољно препознати опасности, креирати одређена правила и успоставити сарадњу на институционалном нивоу. Имајући у виду да ће развој информационих и комуникационих технологија стварати стално нове могућности извршења кривичних дела и онемогућавати њихово откривање, да ће се број корисника поменутих технологија ширити а тиме и размере и распрострањеност компјутерског криминила, као неопходност намеће се константна будност, оспособљеност и спремност на реакцију органа гоњења.

За стварање одговарајућег правног оквира за супротсављање овој врсти криминала путем кривичног права, потребно је у прописима кривичног материјалног права инкриминисати одређена понашања, односно предвидети кривична дела против поверљивости, целовитости и доступности рачунарских података и рачунарских система, а у прописима кривичног процесног права утврдити одговарајућа овлашћења надлежних органа у циљу откривања извора недозвољене радње, односно прикупљања података о учињеном кривичном делу и учиниоцу који могу бити искоришћени као доказ у кривичном поступку.

Бројни и разноврсни су изазови у откривању и доказивању дела високотехнолошког криминала које треба превазићи одговарајућим одредбама кривичног процесног права, а односе се на превазилажење ограничења у ситуацији када више држава има надлежност над гоњењем, задржавање и очување података који могу бити употребљени као доказ, давање одговарајућих овлашћења надлежним органима, проналажење одговарајућег механизма за пријављивање кривичних дела, координирање радом и размену информација и података између надлежних органа, декодирање енкрипције и утврђивање идентитета учиниоца, одговорајућа обука запослених у органима гоњења и суђења на свим нивоима и слично.

Међутим, приликом одређивања сврхе и околности под којима се процесна овлашћења могу применити, неопходно је водити рачуна о правним принципима домаћег кривичне процедуре. Кривично процесно право представља неопходну спону између кривичног дела и изрицања одређене кривичне санкције од стране суда, те у том смислу прописује одређена овлашћења надлежним органима ради остварења кривичноправног захтева а у исто време треба да спречи примену кривичног закона према лицима за које се утврди да нису учинили претпостављено кривично дело, а уз очување претпоставке невиности5. Из тог разлога приликом прописивања овлашћења надлежним органима у вези са кривичним поступком постоје

одређена ограничења, чији је смисао спречавање самовоље у поступању од стране тих органа. Како би се постигла неопходна равнотежа између интереса кривичног поступка и интереса (и права) оптуженог и других лица у поступку, релевантна су не само ограничавање обима у прописивању овлашћења него и начин остваривања тих овлашћења, те врста радњи које су органи овлашћени да предузму.

Неспорно је, дакле, да је постоји потреба за предвиђањем могућности да се применом одређених техничких средстава подаци у рачунарским системима прикупљају, обрађују и користе, те обавезивањем одре ђених субјеката који поседују релевантне податке да их учине доступ- ним, односно да их сачувају ради откривања кривичног дела и учиниоца за потребе вођења кривичног поступка, али свеобухватан и неселективни надзор комуникација појединаца од стране пружалаца телекомуникационих услуга или полиције није оправдан, већ је неопходно предвидети одређена процедурална ограничења и гаранције, односно одговарајућим прописима постићи праведни баланс између потреба вођења кривичног поступка и поштовања људских права, односно овлашћења истражних органа у циљу прикупљања података и обима заштите права на приватност појединаца. Да би се спречило арбитрерно поступање надлежних државних органа, у складу са принципом владавине права, приликом законског регулисања, односно одређивања и извршења одређених процесних радњи у циљу откривања и обезбеђивања електронских доказа о учињеном кривичном делу и учиниоцу, потребно је водити рачуна о одређеним ограничењима у виду минималних услова и гаранција које је потребно узети у обзир како би се обезбедила адекватна заштита одређених људских права и слобода. С обзиром на „захват“ одређене радње, односно опасност од угрожавања права појединаца који су погођени одређивањем радње, минималне мере заштите могу се односити на судску контролу или надзор другог независног органа, законско одређивање разлога који оправдавају примену радње, те ограничења у обиму и трајању примене радње. При томе, не треба занемарити утицај процесних овлашћења, те права, одговорности и легитимне интересе трећих лица према којима радња није одређена а који су учесници у одређеном комуникационом односу.

342(497.11)

Наташа Н. Рајић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Rajic@pf.uns.ac.rs

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ СТВАРАЊА И ПРИМЕНЕ ПРАВА У УСТАВНОПРАВНОЈ ОБЛАСТИ – ОДАБРАНЕ ТЕМЕ

Сажетак: Током пројектног периода, аутор је у форми пет чланака сажео резултате својих истраживања. Аутор је у првој години истраживања обрађивао питање садржинских ограничења мера којима се регулише статус људских права у ванредним приликама са аспекта међународних стандарда и решења садржаних у Уставу Републике Србије од 2006. године. Аутор је закључио да уставноправни оквир којим се уређује предметна област, у принципу, прати стандарде које поставља међународно право, те да представља напредак у односу на нормативно решење садржано у Уставу од 1990. године, као и да садржи недостатак који чини непотпуним режим остваривања људских права током ванредним прилика. Недостатак уставноправног оквира огледа се у чињеници да изостаје захтев који се тиче садржинске усклађености ових мера са другим обавезама које држава има по међународном праву чиме се умањује укупан концепт заштите људских права током ванредних прилика, обзиром да се на тај начин не оставља простор примени међународних извора права у овој области, чија је непосредна примена ионако упитна услед нејасних одредби Устава којима се опредељује њихово место у уставном систему Републике Србије. Поред примедби које се могу ставити на одабир основа за забрану дискриминације као и релативно широк и непрецизно постављен круг апсолутно заштићених права, чини се да је ово најкрупнији недостатак уставне регулативе у овој области.

У другој години истраживања, системском анализом целине правних норми које регулишу изборну материју, као и одабране судске и уставносудске праксе, аутор је дао допринос утврђивању стварног домашаја остваривања међународног стандарда „пуне и ефективне једнакости“ припадника националних мањина у политичком животу у Републици Србији, са посебним освртом на републички ниво власти. Аутор је концентрисао своје истраживање на чворишне тачке изборног процеса у смислу мера позитивне дискриминације. Прва чворишна тачка изборног поступка односи

се на прописивање броја потписа потребних за утврђивање и проглашење изборне листе, странака или коалиција странака националних мањина. Друга чворишна тачка односи се на примењивост законског изборног прага у фази расподеле мандата на странке или коалиције странака националних мањина. Аутор је закључио да би се искључење примене законског изборног прага у последњој етапи изборног поступака могло сматрати довољном мером позитивне дискриминације којом се припадници националних мањина доводе у суштински једнак положај са припадницима већинског народа у погледу остваривања права на репрезентовање. Овакав став, изражен и у одлуци Уставног суда Србије, по мишљењу аутора, не би био у супротности ни са одговарајућим стандардима формираним у пракси Европског суда за људска права. Важност успостављања баланса између стабилности владе и права на репрезентовање, на коју указује и Евроски суд, упућује на закључак да се изборни поступак не може посматрати као одвојена категорија већ једино у релацији са процесом конституисања и формирања органа власти у чијој функцији стоји. У том смислу, релативна фрагментација парламентарног састава, који чини могућим стабилно функционисање власти, и принцип „пуне и ефективне“ једнакости припадника националних мањина у политичком животу представљају захтеве који морају бити испуњени у правичним размерама у једном демократском друштву како би оно несметано могло да функционише.

У трећој години истраживања аутор је анализирао значај институције Заштитника грађана у заштити људских права кроз остваривање уставом прописане надлежности покретања поступка оцене уставности закона. Ова надлежност, која произлази из уставног одређења правне природе ове институције као државног органа, није ексклузивна надлежност Заштитника грађана и на својеврстан начин мења традиционалан концепт деловања ове институције проширујући га и на поље посредне контроле рада парламента, те је у том смислу било занимљиво размотрити да ли је она (надлежност) неопходна у поступању ове институције као и какав је капацитет ове институције у погледу њеног вршења. Циљ истраживања је био формирање целовитије слике о улози и значају институције Заштитника грађана у нашем правном систему као и дефинисање праве мере утицаја ове институције у општем систему заштите права. Аутор је закључио да је надлежност покретања поступка оцене уставности закона неопходна у поступању Заштитника грађана услед ограничених могућности органа управе у погледу покретања поступка оцене уставности закона којег непосредно примењују, а које произлазе из њиховог општег уставноправног положаја (као и из одговарајућих нормативно-процесних недостатака) те да се на овај начин употпуњује општи систем заштите права грађана. С обзиром да вршење ове надлежности подразумева системски приступ у тумачењу це-

лине правног система, а нарочито уставних норми и вредности које оне штите (међу којима су људска права есенцијална као вредност), улога Заштитника грађана у укупном систему заштите права грађана, али и подизању нивоа свести о њиховом значају у савременом друштву, чини се наглашеном.

У четвртој години истраживања аутор је анализирао интерпретативне одлуке у пракси Уставног суда Србије. Интерпретативне одлуке представљају начин одлучивања уставних судова којима се спорна законска норма задржава у важећем систему правних норми, уз одговарајуће уставноприхватљиво тумачење њеног садржаја, обавезујуће приликом њене примене. Интересовање за овај предмет истраживања аутор је нашао у чињеници да овај облик одлучивања помера поље деловања уставносудских инстанци, измештајући их из окриља класичног оквира уставносудске функције, првобитно осмишљене као функције „негативног законодавца“. Поред тога, овај облик одлучивања отвара и питање правног дејства ових одлука, питање одрживости успостављеног система извора права као и питање узурпирања власти од стране уставносудских инстанци, будући да мандат за доношење оваквих одлука не црпе из правом (уставом) прописане норме. Аутор је закључио да Уставни суд Србије следи, у ограниченој мери, праксу угледних уставносудских инстанци које практикују овакав вид одлучивања у области заштите уставности закона. Анализом праксе Уставног суда Србије аутор је уочио неколико модалитета интерпретативних одлука, које у крајњем исходу, практично имају утврђивање оне садржине спорне законске норме која је у свему сагласна Уставу.

У петој години истраживања аутор је анализирао границе уставносудског испитивања одредби закона којима се овлашћују органи управе да одлучују на основу слободне оцене приликом доношења управног акта. За анализу је послужио пример из праксе Уставног суда Србије. Уставни Суд је, поступајући по поднетој иницијативи за покретање поступка оцене уставности одредбе Закона о држављанству Републике Србије којом се овлашћује орган управе да одлучује о пријему у држављанство односно престанак држављанства на основу слободне оцене, решењем исту одбацио, јер је нашао да поднетом иницијативном нису поткрепљене тврдње да има основа за покретање поступка за оцену уставности. Аутор је мишљења да је Уставни суд исправно одлучио, али да образложење одлуке није довољно утемељио одговарајућим правним аргументима. Недостатак опредељивања природе и значаја управног акта који се доноси на основу слободне оцене је мањкавост која прати одлуку у целини јер ни у једном делу текста, као тежишна, није наведена чињеница да управни акт којим се одлучује о захтеву за пријем у држављанство односно престанак држављанства, а који се доноси на основу примене оспорене одредбе Закона о држа-

вљанству, представља акт суверене јавне власти који поред правне, има и политичку димензију. Политичка димензија, која је изражена у правно слободном делу управног акта, укључује политичку процену о целисходности такве одлуке и врши се према мерилима која нису чисто (или нису уопште) правна. Тај део одлучивања представља чист супстрат политичке власти. У том смислу и оцена уставности оспорене одредбе Закона о држављанству, која укључује овлашћење одлучивања на основу слободне оцене, има ограничен домет, јер излази из оквира надлежности Уставног суда.

347.6(497.11):340.5

Сандра О. Самарџић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Sandra.Samardzic@pf.uns.ac.rs

САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У УПОРЕДНОМ И ДОМАЋЕМ ПОРОДИЧНОМ ПРАВУ

Сажетак: Један од актуелних проблема, са којим се сусреће већина држава Европске уније, као, уосталом и Србија, јесте низак природни прираштај, те је за те земље карактеристично вођење пронаталитетне политике, уз истовремено признавање појединцима право на планирање породице које подразумева право да слободно одлуче да ли ће и колико деце имати, као и колики ће бити размак између рођења. Настојање да се утиче на демографско стање једне државе, не представља нимало лак подухват, с обзиром на то да демографско стање једне државе представља одраз великог броја различитих фактора. У случајевима ниског природног прираштаја на првом месту се истичу структурне препреке: незапосленост, нерешено стамбено питање, проблеми чувања деце, незадовољавајући економски стандард и друге појаве из овог круга. Међутим, можда још доминантнији утицај имају промене схватања људи о одговорности појединца према друштву, претежне тежње ка материјалистичким вредностима, професионалне или интелектуалне аспирације, односно један генерално хедонистички поглед на живот. Постизање постављених циљева у области наталитета, независно од тога да ли се жели постићи повећање или смањење његове стопе, могуће је само уз истовремен, координисан рад појединих државних органа и непрестану промоцију знања као значајног чиниоца приликом успостављања одређеног система вредности. Велики помак учињен је и доношењем одговарајућих закона, тачније регулисањем појединих питања на начин који омогућава потпуније остваривање права на планирање породице. У том смислу, у Србији су од великог значаја одредбе Породичног закона, Закона о раду, Закона о финансијској подршци породици са децом, као и Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнутог оплођења. На крају, колико год се чинило да главни узрок ниске стопе фертилитета не лежи у неадекватној законској регулативи, него у егоизму, односно индивидуализму, поједини аутори с правом истичу да колективно утврђене норме, које попримају епитет „модерног“ убрзо надјачавају рационалност индивидуе. Из тог разлога неопходан је и континуиран

рад на промоцији вредности породице и омогућавање стицања знања, као основног елемента свести, који може утицати на филозофију живљења, а самим тим и на ставове, погледе и уверења.

Оно што је у последње време такође приметно, јесте да брак престаје бити значајан фокус интересовања у научиним истраживањима. Овакво стање узроковано је чињеницом да брак више не представља посебност којој сви, или макар већина, тежи. Брак као институција, данас је веома угрожен, чему доприносе бројни фактори. Наиме, у данашње време и закључење, али и престанак брака, третира се мање формално, па самим тим изузетност овог института се доводи у питање. Са друге стране, све је више законодавстава која и лицима која живе у ванбрачној заједници признају иста права као и брачним партнерима. Репродуктивна функција брака такође, не представља више нужно елемент којим дефинишемо брак. Данас је, више него икад раније, потпуно прихватљиво бити сам, без партнера, као што је прихватљив и живот у ванбрачној заједници. Међутим, и поред наведених чињеница и података, не можемо занемарити чињеницу да симболична природа брака, као слике онога што представља идеалну породицу, и даље игра значајну улогу. Управо је то можда разлог што представници истополних заједница све гласније за себе захтевају признавање права на закључење брака. Можемо слободно рећи да је положај истополних партнера значајно побољшан. Међутим, ово питање и даље изазива доста контроверзи и приликом регулисања положаја истополних партнера морамо водити рачуна о великом броју фактора, односно о условима и ставовима који владају у једном друштву. У том смислу, става смо да приликом евентуалног регулисања овог питања, став већине мора бити утврђен на недвосмислен начин и кренути најпре од оних права која не изазивају превише бурне реакције, а то су право на издржавање и имовинска права.

На крају, још један од горућих проблема глобалних размера јесте насиље у породици, односно насиље над женама које представља најчешћи облик насиља у породици. Дуго је овај проблем био занемариван, односно сматрало се да односи у породици, односно између брачних и ванбрачних партнера, представљају приватну ствар и да је обавеза државе да се суздржи од било каквог уплитања. Међутим, како је проблем насиља у породици и над женама, постао све присутнији, почео је да се мења став међународне заједнице и да се све чешће истиче потреба за стварањем адекватних правних механизама којима ће се пружити заштита жртви. У том смислу, донет је одређени број аката у оквиру Уједињених нација, али и Европске уније. У Србији такође постоји одређена кривичноправна, али и грађанскоправна регулатива која настоји да спречи насиље у породици, односно да казни насилнике и заштити жртве. Међу донетим актима на европском

нивоу, од великог значаја је Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (тзв. Истанбулска конвенција), с обзиром на то да је у питању први акт који се посебно бави заштитом жена од насиља. Конвенција доноси нека нова решења која би требала бити имплементирана у домаће законодавство, али можемо запазити да су неке од обавеза које се намећу државама уговорницама, већ саставни део нашег законодавног система, па можемо закључити да је највећи проблем наеефикасна примена постојећих законских одредаба.

Једна од основних потешкоћа јесте и чињеница да су сведоци насиља у највећем броју случајева само два лица, односно жртва и насилник. У поступку који се води против насилника, веома често једини сведок јесте само жртва, па се поставља питање, да ли је могуће спровести поступак, уколико се жртва томе противи. Инсистирање да се поступак према насилнику спроведе, односно инсистирање да жртва учествује у самом поступку како би сведочила о претрпљеном насиљу, може се на одређени начин сматрати угрожавањем њене аутономије. У том смислу, као једно од постојећих решења у теорији, предлаже се да се поступак води без учешћа саме жртве. Предности оваквог поступка су бројне: на овај начин је уплитање у приватност, односно аутономију жртве мања (нарочито када се она противи вођењу поступка), затим жртва може да избегне притисак који би трпела током поступка, односно претње којим би се покушала одвратити од вођења поступка и сачува се од секундарне виктимизације. Поред тога, један од битних задатака, јесте унапређивање сарадње између судова који воде кривични поступак и оних који воде парнични, а предлаже се и специјализација судија који се баве проблемом насиља у породици. Све ово учинило би поступак у вези са насиљем у породици, односно над женама ефикаснијим и мере које би се изрицале у многоме би допринеле адекватнијој заштити жртве. Формално гледано, у нашем правном систему ни сада не постоје законске препреке да се поступак спроведе без обзира на став жртве. Наиме, кривично дело насиља у породици гони се по службеној дужности, а за гоњење није неопходан предлог оштећеног. Проблем се неретко састоји у томе што јавни тужилац тражи да жртва подржи или да се придружи кривичном гоњењу, односно што се претежно ослања на исказ жртве као извор доказа, готово занемарујући друге доказе. Сматрамо да је то кључни проблем на којем треба инсистирати и чијем ће решењу, надамо се, свој допринос дати и Истанбулска конвенција.

343.2(497.11):340.5

Стефан С. Самарџић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs

САВРЕМЕНЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У УПОРЕДНОМ И ДОМАЋЕМ КРИВИЧНОМ МАТЕРИЈАЛНОМ ПРАВУ

Сажетак: У оквиру моје теме истраживања „Савремене тенденције у упоредном и домаћем кривичном материјалном праву“ у току трајања пројекта превасходно смо се настојали бавити актуелним темама у процесу усаглашавања правног система Републике Србије са Европском унијом. Нарочитим убрзањем развоја друштвених односа истовремено долази и до проширења и поља кривичноправне заштите. Стварни домашаји нових института које уводимо у наш правни систем, као и њихова примена могу бити сагледани само кроз изучавање упоредноправних решења, али и ширих друштвених прилика у којима су ови институти настали и развијали се у законодавствима других земаља. Кривичноправна заштита је по својој природи супсидијарна и акцесорна, па се тако наслања на најразличитије области права и пружа заштиту добрима која су установљена и примарно регулисана прописима из других правних грана. Тако су и предмет нашег истраживања у току ад на овом пројекту били институти који су међусобно хетерогени. Па ипак, сматрамо да сагледавањем свих аспеката кривичноправне заштите можемо претендовати да извучемо у одређеној мери утемељене закључке у погледу постојећег законодавства и његове примене и да дамо колико толико применљиве предлоге *de lege ferenda*.

Једно од основних питања кривичноправне заштите је питање њених граница, па тако у субјективном смислу и питање круга лица која могу бити учиниоци кривичних дела, тачније која се у кривичноправном смислу могу сматрати одговорним. Једно од питања које израња из изнете дилеме, јесте која је то доња старосна граница, односно узраст на коме бисмо могли рећи да је лице способно да схвати значај кривичноправне норме, те да се у складу са начелом индивидуалне субјективне одговорности може сматрати одговорним. Тако, закључујући о тенденцијама у међународном са рефлексијама у упоредном праву уочили смо тенденцију уједначавање и покушаја установљавања неке опште универзалне доње старосне границе способности за кривичну одговорност. Основно питање јесте да ли доња граница малолетства у нашем кривичном праву одговара духу времена и

каква је кривичноправна заштита ако то није случај. Из овога се као основни проблем јавља веома слаба, готово никаква реакција према лицима која у време извршења дела нису навршила четрнаест година.

Актуелност питања враћања одузете имовине према Закону о враћању одузете имовине и обештећењу и наше вишегодишње бављење том темом у теорији и пракси, у другој години рада на пројекту навело нас је ову тему. Настојали смо да на научно аргументованом системском тумачењу прописа на које се закон о реституцији ослања учинимо осврт на недоречености и површност овог законског акта и дамо предлоге како би се одређени проблеми могли превазићи тумачењем постојећих норми, односно у крајњем *de lege ferenda*. Указујући на проблеме у примени закона покушали смо да прикажемо колико су бесмислени поједини изузеци од потпуног враћања одузете имовине у натури, када је то могуће, као и недостатак враћања друге одговарајуће имовине. Одлука законодавца да минимално врати имовину у натури и тиме практично повећа задуживање будућих генерација, а у интересу смутног релативно крупног капитала не сме осујетити нашу борбу се за право, ако су нам људскост и морал остали ван видокруга.

У оквиру наше теме, током треће године истраживачког рада бавили смо се кривичноправним аспектима асистиране репродукције у Србији. Анализиране су кривичне одредбе Закона о лечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње. Циљ истраживања овогодишњем раду на пројекту био је да учинимо преглед кривичноправне регулативе у предметној области, а нарочито да се учини критички осврт на изузетно постави питања у вези са анализираним кривичним делима из Закона о БМПО. Тешко да се са поменутим проблемима можемо носити кроз тумачења у пракси, јер смо видели да је у многим ситуацијама потпуно нејасно шта је законописац имао на уму и готово је немогуће веровати да Закон може постати добар ако га човек примењује како треба. Уз даље уређивање регулативе, ипак треба подржати сваки напор у области планирања породице у позитивном правцу са циљем повећања броја рођене деце, који је одавно постао егзистенцијалног карактера за српско национално биће у одумирању

Малолетничко кривично право, које је било предмет нашег истраживања и у првој години рада на овом Пројекту, у четвртој години изнова је постало предмет нашег истраживања. Конкретан предмет рада биле су кривичне и прекршајне санкције медицинског карактера, са нарочитим освртом на мере лечења наркомана и алкохоличара и законске услове за њихову примену. Циљ овог дела нашег истраживања истраживања јесте анализа одредаба новог Закона о прекршајима, а нарочито у области санкција према малолетницима, користећи пре свега догматски метод.

Последње године рада на пројекту наша научна пажња је била усмерена на анализу предмета рехабилитације у посебном поступку регулисаном Законом о рехабилитацији пред Окружним, односно Вишим судом у Новом Саду. Наше интересовање за ову тему настало је истраживањем поступака реституције односно кривичноправне рехабилитације као услова за враћање одузете имовине када је имовина била конфискована. Међу анализираним случајевима, одабрали смо један који смо сматрали да је најзанимљивији и учинили смо његов сумарни приказ, са кратким историјским освртом, те анализом оптужбе, осуде, те поступка рехабилитације. Случај новосадског фабриканта и велепоседника Ђоке Дунђерског на изванредан начин илуструје послератна кривична суђења и злоупотребу кривичног права у циљу одузимања имовине.

340.134(497.11)“18“

Урош Н. Станковић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs

НЕОБЈАВЉЕНИ НАЦРТИ ЗАКОНИКА У СРБИЈИ У ПРВОЈ ПОЛОВИНИ XIX ВЕКА

Сажетак: У оквиру петогодишњег пројектног периода бавио сам се необјављеним нацртима законика за Србију насталим између 1837. и 1844. Ради се о српском преводу француског *Законика о грађанском поступку* (*Code de procédure civile*, 1806) који је 1837. сачинио познати српски књижевник и политичар Лазар Зубан, нацрту кривичног законика (1839) и нацрту законика о грађанском поступку (1843), који су потекли из пера земунског градоначелника Василија Лазаревића и нацрту законика о грађанском поступку (1845), чији је аутор Јован Хаџић.

Српском преводу Законика о грађанском поступку била су посвећена два рада: први се односио на однос изворника према преводу, а други на правну терминологију употребљену у Зубановом тексту. Што се тиче односа Зубановог „сочињенија” према оригиналном тексту Законика, установили смо да преводилац није механички преводио са изворника, већ се трудио да га својим изменама, допунама и изостављањем појединих одредби прилагоди приликама у Србији. Када је у питању правна терминологија коришћена у Зубановом преводу, утврдили смо да је Зубан неке термине узео из већ постојећег лексичког фонда српског језика, а неке сковао сам. Из тада постојећег вокабулара искоришћени су појмови који припадају терминологији грађанског материјалног права, док су процесноправни појмови често Зубанове кованице.

У погледу нацрта кривичног законика Василија Лазаревића, успели смо да дођемо до података о саставу комисија које су га прегледале и њиховом саставу, као и неке цртице о садржини тог текста, али није нам пошло за руком да пронађемо сам пројекат. Иста ствар важи и за Лазаревићев нацрт законика о грађанском поступку. Надамо се скорим проналасцима оба нацрта.

Текст нацрта законика о грађанском поступку Јована Хаџића такође нисмо пронашли, али до руку су нам дошле примедбе комисије која га је прегледала. На основу садржине изнетих замерки може се реконструисати добар део текста Хаџићевог нацрта. Судећи по тако установљеном садржају пројекта, он није био пука копија аустријског законика о грађанском поступку.

349.415(497.11)

Лука О. Батуран, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

КРЕИРАЊЕ ПРАВНОГ ОКВИРА РАДИ ЕФИКАСНОГ КОРИШЋЕЊА ПОЉОПРИВРЕДНОГ ЗЕМЉИШТА

Сажетак: Пољопривредно земљиште представља природни ресурс. Вредност пољопривредног земљишта изведена је пре свега из чињенице да је оно неопходно у производњи хране. Истраживања представљају покушај да се применом методологије економских наука проуче правне норме из области грађанског, међународног приватног, привредног и пореског права, а све у циљу да се пронађе такав правни оквир који ће омогућити ефикасно коришћење пољопривредног земљишта, као и повећање ефикасности пољопривредне производње.

Важећим прописима у Србији, установљена је забрана странцима да стичу право својине на пољопривредном земљишту. Ова забрана има негативне ефекте на ефикасност српске економије, односно пољопривредне производње. Њоме се снижава тражња за пољопривредним земљиштем на ниво домаће тражње, због чега земљиште не долази у посед оних субјеката који имају највећу ефикасност производње. Резултат је и прерасподела благостања у корист домаћих купаца, а на терет домаћих продаваца и иностраних купаца. Међутим, приликом прерасподеле долази до појаве нетогубитака у благостању (тзв. алокативни губитак).

Србија се Споразумом о стабилизацији и придруживању обавезала да ће одмах након ступања на снагу Споразума друштва кћери привредних друштава из Уније имати право стицања и уживања својинских права на непокретностима под истим условима као и српска привредна друштва. Исто тако, обавезала се и да ће изменити своје законодавство које се односи на стицање својине над непокретностима у Србији, како би држављанима чланица Европске уније осигурала исти третман као и својим држављанима у року од четири године од дана ступања на снагу ССП-а. Ово решење представља корак у позитивном правцу, мада је већ сад могуће да страна лица стекну својину на пољопривредном земљишту преко правног лица основаног у Србији.

Велики део пољопривредног земљишта у Србији налази се у државној својини. За разлику од социјалистичког периода, када је држава била основни организатор пољопривредне производње на земљишту у јавној својини, данас се највећи део пољопривредног земљишта издаје у закуп приватним лицима на основу Закона о пољопривредном земљишту.

Када је реч о издавању у закуп пољопривредног земљишта које је у јавној својини, са аспекта економске анализе права једини оправдани циљеви јесу ефикасност алокације и максимизација прихода власника земљишта. Ефикасна алокација се постиже на тржишту, где се кроз функционисање механизма цена пољопривредно земљиште алоцира оном закупцу који је за њега спреман највише и да плати. На тај начин, постиже са максимално ефикасна производња, а приходи власника земљишта су максимални.

Законом о пољопривредном земљишту успостављено је и право пречег закупа у корист лица која се баве узгојем и држањем животиња. Законодавац је покушао да овом нормом подстакне диверсификацију пољопривредне производње. Међутим, овај институт нарушава ефикасност алокације ресурса. Њиме се неоправдано врши редистрибуција друштвеног благостања, уз стварање нето губитака у благостању. Такође, и буџетски приходи остају умањени, јер се не постиже закупнина која би се могла постићи да тог института нема.

Такође, ограничен је и круг лица која могу учествовати у првом кругу надметања на физичка лица уписана у Регистар пољопривредних газдинстава, са пребивалиштем у катастарској општини на којој се налази земљиште које је предмет закупа. Ово представља још једну баријеру ефикасној алокацији ресурса и увећању прихода државе, за коју нема оправдања. Да би се спречило изигравање ове норме, уведена је и забрана издавања земљишта у подзакуп. И она представља препреку за остварење наведених економских циљева.

Ефикасност алокације ресурса и рентабилност пољопривредне производње биле би максимизоване ако би се државно пољопривредно земљиште превело у приватну својину, било продајом, било денационализацијом. Приватна својина представља основну претпоставку за функционисање тржишне привреде као најбољег система за ефикасну алокацију ресурса. Међутим, у Србији постоји жесток отпор продаји државног пољопривредног земљишта странцима, због чега она у овом моменту није опција. Денационализација, односно реституција одузете имовине претходним власницима, представља један од начина којим држава може ре-успоставити приватну својину над ресурсима који постоје.

Може се оценити да у Србији, и поред чињенице да је донет Закон о враћању одузете имовине и обештећењу, те да је процес денационализаци-

је увелико одмахао,и даље не постоји друштвени консензус о неминовности овог процеса. Оно је пре резултат спољних и унутрашњих притисака на законодавца, него опште сагласности о потреби да се у потпуности демонтира нетржишни модел самоуправне социјалистичке привреде, те да се успоставе основне претпоставке за изградњу тржишне привреде. Зато је у току доношења Закона у сам текст унето више одредби којима се покушава обесмислити његова суштина, те омести процес враћања одузете имовине ранијим власницима.

Један од института којим се покушава омести успостављање приватне својине јесте и законско право прече прече куповине Републике, аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе, приликом прве продаје враћене имовине. Циљ овог института је да се његов титулар стави у привилегован положај на тржишту, у односу на остале купце. Овим правом се ремети ефикасност алокације ресурса и смањује благостање у друштву. Нејасно одређена имовинска права повећавају ризик пословања. Компликоване процедуре које се односе на испуњавање услова везаних за права прекупаца, подижу трансакционе трошкове. Постоје инструменти којима се у јавну својину могу прибављати добра на ефикаснији начин. Зато је потребно очистити правни систем од решења која ремете тржишну алокацију. Једно од таквих решења је и право прече куповине из чл. 62 Закона о враћању одузете имовине и обештећењу.

Претпоставка за постизање економског раста и развоја јесте изградња ефикасног система алокација права. Ово је немогуће остварити без рационално постављеног имовинскоправног система заснованог на приватној својини и слободи уговарања. Услови за оптималну размену дефинисани су Коузовом теоремом. Када су имовинска права јасно дефинисана и када су у промету, а трансакциони трошкови теже нули, крајња алокација ресурса ће увек бити оптимална без обзира на њихову почетну алокацију.

343.152(497.11)

Иван Д. Милић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Milic@pf.uns.ac.rs

ПРОБЛЕМИ СТВАРАЊА И ПРИМЕНЕ КАЗНЕНОГ ИЗВРШНОГ ПРАВА

Сажетак: Одлука која је донета у казненом поступку извршава се након што постане правноснажна и извршна. Извршење санкција које су изречене у кривичном, прекршајном и поступку за привредне преступе, уређује Закон о извршењу кривичних санкција - ЗИКС. Међутим, сам ЗИКС не уређује у потпуности извршење свих казнених санкција, већ се и другим законима, али и великим бројем подзаконских аката, уређује ова веома сложена област казненог права. Ми смо се у свом истраживању бавили проблемима изрицања и извршења мере безбедности „забрана управљања моторним возилом“ и заштитне мере „обавезно лечење зависника од алкохола и психоактивних супстанци“. Такође, вођење Регистра прекршајно кажњених лица је био предмет нашег истраживања.

Мера безбедности забрана управљања моторним возилом може се изрећи држављанима Републике Србије и странцима који имају возачку дозволу, али се такође може истим лицима изрећи и уколико немају возачку дозволу одређене врсте и категорије. У зависности од тога да ли се ради о држављанину Републике Србије или странцу и у зависности од тога да ли је реч о извршиоцу који има или нема возачку дозволу, различита је и садржина ове мере. Уколико је ова мера изречена држављанину Републике Србије који поседује возачку дозволу оне врсте и категорије на коју се односи мера безбедности, онда се ова мера односи на забрану управљања моторним возилом. Уколико је реч о држављанину Републике Србије који нема возачку дозволу оне врсте и категорије за коју треба изрећи меру безбедности, онда се мера односи на забрану започињања, вршења обуке за возача, полагања возачког испити и на крају издавање возачке дозволе. Када је реч о лицима који имају возачку дозволу коју није издао надлежни орган Републике Србије, мера безбедности се огледа у забрани управљања моторним возилом одређене врсте и категорије на територији Републике Србије. На крају, када се ова мера треба изрећи странцу који нема возачку дозволу, онда се њена садржина исцрпљује као и када је реч о држављанину Републике Србије, али у том случају забрана важи само на територији

Србије. Сам поступак извршења мере безбедности регулишу два закона и један подзаконски акт. Закон о извршењу кривичних санкција који прописује само неколико одредаба о начину извршења ове мере безбедности, док се детаљније извршење регулише Законом о безбедности саобраћаја на путевима и Правилником о извршењу мера забране управљања моторним возилом. Закони који уређују ову област су у погледу појединих питања контрадикторни, па се у практичној примени могу појавити недоумице у смислу којем закону треба дати предност, те их у некој наредној измени треба ускладити. Евиденција о изреченој мери безбедности води се у јединственом информационом систему Министарства унутрашњих послова, што је знатно побољшало контролу поштовања изречене мере. Што се тиче санкција за кршење ове мере безбедности Кривични законик је прописао једино да уколико је мера изречена уз условну осуду суд може одредити да ће се условна осуда опозвати у случају да извршилац прекрши ову забрану. Ако се мера безбедности не изрекне уз условну осуду, а извршилац је прекрши, онда се кажњава за прекршај који је прописан Законом о безбедности саобраћаја на путевима. Другим речима, у кривичном поступку је изречена кривична санкција, а њено кршење је санкционисано као прекршај. То сматрамо оправданим, јер је потребно у сваком случају обезбедити примену одговарајуће санкције према таквом лицу.

Заштитна мера обавезног лечење зависника од алкохола и психоактивних супстанци може се под појединим условим изрећи учиниоцу прекршаја. Након наступања правноснажности пресуде којом је учиниоцу прекршаја изречена ова мера следи и поступак њеног извршења. Извршење прекршајних санкција у једном делу регулише Закон о прекршајима, али када се ради о извршењу заштитних мера поступак њиховог извршења регулише Закон о извршењу кривичних санкција. Закон о извршењу кривичних санкција не садржи ниједну одредбу која се тиче извршења ове заштитне мере, већ упућује на сходну примену одредаба о извршењу мера безбедности обавезног лечења алкохоличара и обавезног лечења наркомана, које се изричу учиниоцима кривичних дела. Закон о извршењу кривичних санкија прописује да се мере безбедности обавезног лечења алкохоличара и обавезног лечења наркомана извршавају у Специјалној затворској болници, што се односи на ону ситуацију кад се мере извршавају у установи. С тим у вези, оваквим начином регулисања можемо доћи до решења да прекршајно кажњено лице, којем је изречана ова мера упућујемо у Специјалну затворску болницу ради лечења, а да учиниоца кривичних дела којима је изречена мера безбедности обавезног лечења алкохоличара и обавезног лечења наркомана уз условну осуду, судску опомену или ослобођење од казне лечимо на слободи. Овакво законско решење није прихватљиво.

Закон о прекршајима у својим одредбама прописује и начин вођења евиденције о прекршајно кажњеним лицима. Заправо, једна од већих новина Закона о прекршајима јесте увођење Регистра санкција (Регистар). Изгледа да је законодавац следио решања из Кривичног законика, Закона о привредним преступима, али и сасвим сигурно законодавна решења држава у окружењу, те је по тим узорима „покушао“ да уредио и вођење прекршајне евиденције. По правилу, када се доноси нов закон, који за узор има нека већ постојећа законска решења, логично је да се очекује да ће се тај институт уредити на бољи начин од решења које му је било узор, али да то није случај и када је реч о Закону о прекршајима у делу који се односи на Регистар санкција. У настојању да „контролише“ учиниоце прекршаја, на начин што ће се уписивати у евиденције, законодавац је суштински отишао предалеко, тако да се сваки учинилац којег суд или овлашћено лице казни због учињеног прекршаја уписује у Регистар санкција. Регулисање вођења евиденције о прекршајно кажњеним лицима, према Закону о прекршајима Републике Србије не можемо оценити као добро решење. Главно питање које се поставља јесте која је сврха вођења Регистра санкција, односно које последице може да има оно лице које је уписано у Регистар? Према оваквом законском уређењу изгледа да ни законодавцу није јасан *ratio*, јер није прописао које консеквенце може да има онај учинилац прекршаја које је уписан у Регистар и оно што је још битније којим прописом те консеквенце могу бити прописане.

Као што наводи проф. Вековић „Извршење кривичних санкција представља завршну фазу изузетно сложеног процеса који започиње откривањем кривичног дела и његовог учиниоца, а наставља се покретањем кривичног поступка и изрицањем кривичне санкције од стране суда“. Уколико та завршна фаза има одређене мањкавости, као што је то случај са појединим одредбама закона али и актима ниже правне снаге, онда претходне фазе губе на значају.

351.9

Ратко С. Радошевић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs

СУДСКА КОНТРОЛА УПРАВЕ

Сажетак: На пројекат „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“ укључен сам, као истраживач, 2013. године. Стога, резултат мог истраживања представљају три чланка: „Системи судске контроле управе“, „Организација управног судства“ и „Управни спор због ћутања управе“.

Судска контрола управе је уведена као последица правне институционализације управе, односно подвођења управе под правни поредак. Уместо слободне и правно неограничене власти, управа у правној држави постаје власт која је везана законом. Управа се више не врши искључиво у складу са принципом целисходности, већ у складу са принципом законитости.

Судска контрола управе је неопходна за пуно остваривање принципа законитости управе. Само судови, захваљујући свом уставном положају, обезбеђују објективну и непристрасну правну заштиту појединцима у односима са управом. Правна заштита која се остварује пред вишим органима управе је потребна, али не и довољна. Тек са увођењем судске контроле, принцип законитости управе је у потпуности заокружен.

Подвођење управе под правни поредак, ипак, није извршено на исти начин у свим правним системима. У англосаксонским земљама управа је подведена под правне норме општег (common law) права, док је у европско-континенталним земљама управа подведена под правне норме управног права, као посебне гране права.

Разлика у начину на који је извршена правна институционализација управе утицала је и на судску контролу управе. Подвођење управе под правне норме општег (common law) права пратила је контрола управе од стране судова опште надлежности. Подвођење управе под правне норме управног права, пак, пратила је контрола управе од стране специјализованих, управних судова. На тај начин, настала су два различита система судске контроле управе, англосаксонски и европско-континентални.

У оквиру европско-континенталног система судске контроле управе може да се изврши и даља подела. У зависности од природе и положаја специјализованих управних судова, разликују се француски и германски системи судске контроле управе. У француском систему управни судови

представљају део управне власти, док су у германском систему управни судови део судске власти.

Традиционалне разлике између појединих система судске контроле управе данас више нису тако јасно изражене. Напротив, уочава се да се оне све више смањују. До тога долази захваљујући стварању посебног управног права у англосаксонским земљама, с једне стране, и захваљујући слабљењу утицаја начела поделе власти у француском систему, са друге стране.

Судска контрола управе у нашој земљи је уведена под утицајем француског система, 1869. године. Државни савет, а после Првог светског рата и првостепени управни судови, сматрани су делом управне власти. До промене је дошло после Другог светског рата, када је француски систем судске контроле управе напуштен. Судску контролу управе почели су да врше судови опште надлежности. У организационом смислу, такав систем судске контроле управе је подсећао на англосаксонски. Суштински, пак, тај систем је био другачији. Иако није било посебних управних судова, специјализација у вршењу судске контроле управе је постигнута, захваљујући посебним већима за решавање управних спорова и посебном управном праву које су та већа примењивала. Све дилеме у погледу система судске контроле управе у нашој земљи отклоњене су важећим прописима о уређењу судова и управном спору. Данас је јасно да у нашој земљи постоји германски систем судске контроле управе. Управне спорове решава један специјализовани Управни суд, који представља део судске власти.

Организација управног судства у нашој земљи је резултат дуге еволуције, која, чини се, још увек није завршена. Узимајући у обзир упоредноправна решења и проширен предмет домаћег управног спора, чини се да она није адекватна и да не може да обезбеди остваривање ефикасне правне заштите појединаца. Један управни суд није довољан за остваривање тог циља. Образовање већег броја управних судова би био начин да се спречи преоптерећеност управног судства, обезбеди решавање управних спорова у разумном року и одржавање усмене расправе. Све су то претпоставке за остваривање права на приступ суду и ефикасну заштиту права појединаца.

У управном спору остварује се правна заштита странака у управноправним односима, који се успостављају, по правилу, управним актом. Уобичајени предмет управног спора представља одлучивање о законитости коначног управног акта. Међутим, права и правни интереси странака могу да буду повређени и када управни акт није донет, у случају ћутања управе. Тада се сматра да је, непосредно на основу закона, успостављен исти управноправни однос као да је захтев странке одбијен. Ипак, у начину на који се уређује управни спор због ћутања управе постоје и извесне разлике, како у погледу услова под којима се о овом предмету решава, тако и у погледу овлашћења суда.

Управни спор због ћутања управе може да се води у случају ћутања оног органа чији управни акти имају својство коначности, а рок за подношење тужбе због ћутања управе има дилаторни карактер. Могућност вођења управног спора због ћутања управе не наступа аутоматски, протеком предвиђеног рока за доношење управног акта. Условљена је обавезом странке да се још једном обрати органу управе и захтева доношење управног акта. Тек након протека додатног рока, управни спор због ћутања управе може да се покрене.

У теорији је најспорније питање улоге суда приликом решавања управних спорова због ћутања управе. Према једном схватању, тужбом се напада сама чињеница ћутања управе, те се основаност тужбе цени спрам тога да ли управа има обавезу да донесе захтевани акт, или не. Према другом схватању, које се чини исправнијим, управни спор због ћутања управе се не води само ради обезбеђивања доношења управног акта, већ ради доношења управног акта одређене садржине. Основаност тужбе се, у складу са тим, цени спрам основаности захтава странке у садржинском смислу.

351.74:342.53(497.11)

Ненад П. Радивојевић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
N.Radivojevic@pf.uns.ac.rs

ТЕОРИЈСКИ И ПРАКТИЧНИ ПРОБЛЕМИ КОНТРОЛЕ ПОЛИЦИЈЕ И СЛУЖБИ БЕЗБЕДНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Сажетак: Безбедносни проблеми с краја 20. и почетка 21. века наметнули су потребу за реорганизацијом постојећих система националне безбедности, како у свету тако и код нас. Ту првенствено мислимо на организацију, надлежности и овлашћења посебно специјализованих субјеката система националне безбедности као што су полиција и службе безбедности. Ефикасно супротстављање, пре свега организованом криминалу и међународном тероризму, довело је до проширења овлашћења полиције и служби безбедности. То је сасвим оправдано, али са друге стране захтева успостављање ефикасних облика контроле тих субјеката, који имају легитимно и легално право употребе силе али и метода којима се задире у права и слободе грађана. Приликом успостављања механизама контроле потребно је постићи баланс између потребе за контролом и потребе за ефикасним супротстављањем савременим безбедносним проблемима.

У демократски уређеним државама институционализована је контрола служби безбедности и полиције. Постоји више институција које са разних нивоа контролишу службе безбедности, а једна од тих институција, ако не и најважнија, јесте и парламент. Парламент представља фундаменталну институцију сваког демократског друштва и који је, поред законодавне функције, овлашћен и да утврђује, контролише и санкционише политику владе.

Уставом и законима уређене су надлежности, овлашћења, као и начини и циљеви контроле служби безбедности од стране Народне скупштине. Постојање правне регулативе јесте свакако неопходно, али није и довољно да би се остварили циљеви контроле, а то су: пружање помоћи припадницима служби приликом извршавања задатака, заштита људских права и слободе и заштита објективне законитости. На остваривање ових циљева контроле утичу и бројни проблеми, као што су: непостојање политичке воље од стране парламентарне већине да се свеобухватна контрола иницира и спроведе, активности опозиционих странака које, пре свега, из политич-

ких разлога, покушавају да опструишу и дискредитују рад служби, без намере да похвале њихов рад, пропуштање да се одређена питања организације, надлежности и контроле правно уреде до краја, недостатак материјалних и људских потенцијала за спровођење контроле, недостатак времена, недостатак комуникације и сарадње са другим субјектима спољашње и унутрашње контроле служби, недостатак безбедносне култура народних посланика, њихова недовољна стручност и професионалност и др. Недовољно развијена свест о потреби и значају контроле, неопходности чувања тајности података у које је остварен увид, недостатак знања и вештина везаних за рад служби безбедности, често доводе до шаблонски и рутински спровођених поступака контроле.

Чланови свих парламентарних странака би требало да схвате значај и циљеве контроле служби безбедности, да се приликом спровођења контроле дистанцирају од ускостраначких интереса зато што су питања националне безбедности стручна питања и не треба их везивати за било коју странку. Због тога би странке у Одбор за контролу служби безбедности требало да делегирају људе који су упућени у проблематику националне безбедности, који су упознати са оперативним радом служби и чији је ниво политичке и безбедносне културе на високом нивоу. На тај начин ће народни посланици, контролишући службе, успешно учествовати у остваривању функције безбедности.

Институционализовање унутрашње контроле полиције представља један од главних реформских праваца развоја полиције и целокупног Министарства унутрашњих послова у Републици Србији у последњих десетак година. Први корак у том правцу било је оснивање Службе генералног инспектората Ресора јавне безбедности 2001. године, који је доношењем Закона о полицији 2005. године преименован у Сектор унутрашње контроле полиције. Практични проблеми у раду рада Сектора унутрашње контроле полиције последица су, пре свега, неодговарајућег и некомплетираног правног оквира којим је регулисан његов рад, недостатак материјалних и људских ресурса, одсуство сарадње са другим субјектима који врше контролу и сл. Ови, али и други проблеми у раду полиције, били су разлог због чега је иницирана рада на доношењу новог Закона о полицији.

Нацртом Закона о полицији из 2015. године предвиђено је проширење надлежности Сектора на контролу свих запослених у Министарству унутрашњих послова, а не само на полицијске службенике. Такође, одредбама Нацрта су знатно побољшане превентивне активности Сектора, нарочито у делу везаном за овлашћења у борби против корупције у полицији и целокупном Министарству. У циљу превенције корупције, Сектор добија овлашћење да примењује тест интегритета, спроводи анализу ризика од коруп-

ције и проверу промене имовног стања. Увођења ових механизама је заиста оправдано, али ипак не треба заборавити на могућности њихових евентуалних злоупотреба. Због тога је потребно да пратећи подзаконски акти, којима ће се регулисати ова питања, отклоне те могућности.

Унутрашња контрола полиције се спроводи због могућности постојања грешака и неправилности у раду које могу угрозити нечију безбедност. Због тога контрола као функција руковођења треба да доведе до отклањања одређених неправилности и до спречавања будућих неправилности у раду припадника полиције, а (безбедносна) свест о неопходности спровођења и значаја поступка контроле од стране руководилаца свакако одражава ниво њихове безбедносне културе. Зато развијањем и унапређењем безбедносне културе у полицији можемо очекивати ширење (безбедносне) свести о потреби супротстављања угрожавајућим појавама које могу настати од стране полицијских службеника, али и руководилаца уколико се контрола не спроведе на адекватан начин.

Основ развоја безбедносне културе у полицији лежи у руководиоцима, њиховој визији развоја организације као и ефективној контроли. То ће довести до тога да ће потчињени бити способни да сами идентификују потенцијално угрожавајуће појаве и понашања и да их самоиницијативно елиминишу. Тиме ће се заправо развити тзв. самоконтрола код потчињених, што ће довести до тога да ће потчињени свесно, својевољно и свакодневно преиспитивати своје понашање, усклађујући га са усвојеним правним и етичким стандардима и нормама у раду. У том циљу, неопходно је да руководиоци изграде транспарентан и објективан систем оцењивања и утврђивања одговорности. Такав систем ће подстицати лично залагање и иницијативност у раду потчињених, а крајњи ефекат је да ће њихово понашање бити у „границама“ права.

Треба рећи да је потреба за изградњом ефикасног система унутрашње контроле полиције неопходна и због придобијања и јачања међусобног поверења руководилаца у своје потчињене, као и поверења грађана у полицију. Постојање контроле значи и отвореност полиције према јавности што има утицаја и на њихов легитимитет. То ће за последицу имати изградњу партнерства са грађанима, што такође представља један од елемената безбедносне културе.

340.132:342.2

Илија Д. Јованов, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Jovanov@pf.uns.ac.rs

УЛОГА И ЗНАЧАЈ ДРЖАВЕ У СТВАРАЊУ И ПРИМЕНИ ПРАВА

Сажетак: Током једногодишњег истраживања започето је испитивање о ограничењима државе у погледу стварања и нарочито примене права. Позивање на природно право на отпор често се претходних година наметало као вид ограничења установљеној државној власти у стварању и примени права. Једну од најзначајнијих теорија о праву на отпор изложио је Џон Лок у свом главном делу *Две расправе о влади*. Доминација правнопозитивистичког схватања представља негацију тог, по Локу, природног права. Данас су нормотворци искључили право на отпор из правних прописа, но да ли то спречава грађане да се на њега позивају, тј. да ли је идеја природног закона и природних права још увек жива и актуелна? Лок, колико год да је истицао принцип законитости, ипак је скретао пажњу на могућност да грађани, када дођу до краја пута и схвате да више немају куд, реагују насиљем и смене неподношљиву власт. Аутор указује на могућност да је Лок био у праву, јер догађаји који су се десили у арапском свету, затим у Шпанији и Грчкој, показују да људи могу да трпе, али ће напослетку показати отпор према управљачима који су прекршили основни договор направљен приликом стварања друштвене заједнице и угрозили остваривање природног закона. Тако се чини да право на отпор остаје део природног закона и ма колико у савременим околностима било на први поглед превазиђено или непримерено позивање на природно право, остваривање вредности које чине његову садржину била је и остала морална обавеза оних који владају. Моралност у праву изнова почиње да побуђује пажњу и зато позивање на њена начела у циљу очувања основних права грађана, којима они могу себи да обезбеде достојан живот, постаје све гласније. Аутор закључује да је Локова теорија о праву на отпор примењива и данас јер је у складу са људском природом да се побуни против неке велике неправде. Из тога произлази да идеја природног закона и природних права није нестала. (Рад под насловом „Џон Лок и право на отпор” предат је за објављивање у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3 за 2015. год.)