ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
NOVI SAD FACULTY OF LAW
SERBIA AND MONTENEGRO

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

XXXIX 3/2005

УДК 3

НОВИ САД, 2006.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
NOVI SAD FACULTY OF LAW
(SERBIE ET MONTE NEGRO)

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

3 (2005)

НОВИ САД, 2006
Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 3 (2005)

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

Досадашњи главни уредници:
Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968), проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976), проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988), проф. др Момчило Грубач (1989–1991), проф. др Јован Мунћан (1992–1997), проф. др Милијан Поповић (1998–2003).

За издавача
Проф. др Олга Цвејић Јанчић
декан Правног факултета у Новом Саду

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Ранко Кеча

Главни и одговорни уредник
Проф. др Родољуб Етински

Чланови Уредништва:
Проф. др Јожеф Салма, проф. др Миле Врањеш, проф. др Зоран Арсић, проф. др Предраг Јовановић, проф. др Мило Бошковић, проф. др Иштван Фејеш, доц. др Зоран Лончар, доц. др Сања Ђајић.

Секретар Уредништва
Доц. др Зоран Лончар

Компјутерска обрада текста
Анка Срећковић, дипл. инж.

Штампа: „Кримел“ Будисава
Тираж: 300 примерака

Садржај

Јирген Базедов
Основна истраживања у области правних наука на Maks Plank Institutu 9

Проф. др Момчило Грубач, редовни професор у пензији
Правни положај окривљеног у кривичном поступку у светлу одлука Европског суда за људска права 21

Проф. др Станко Пихлер, редовни професор
Новеле општих установа у кривичном законодавству Србије (Поводом Кривичног законика РС од 29. септембра 2005. г.) 41

Доц. др Снежана Бркић
Мере заштите сведока путем спречавања физичког сусрета окривљеног и сведока 59

Мр Татјана Лукић, асистент
Откривање и доказивање кривичних дела организованог криминала у Србији 79

Мр Бранислав Ристивојевић, асистент
Цивилна одговорност за радње потчињеног (командна одговорност) пре усвајања Статута Међународног кривичног суда 95

Мр Драгиша Дракић, асистент
Сврха мера безбедности према основном Кривичном закону 121

Др Даница Попов, редовни професор
Појам права својине 129

Др Раденка Цветић, ванредни професор
Стварно право Србије у европским оквирима 145

Мр Сања Радовановић, асистент
Мултимедијална дела (појам и правна заштита) 169

Мр Јелена Видић, асистент
Законско наслеђивање у српском и европском праву 183

Др Марија Салма, ванредни професор
Пресуда због пропуштања 217

Др Предраг Јовановић, редовни професор
Радноправни оквири хармонизације нашег права и европског права 231

Др Драган Милков, редовни професор
Положај странке у управном праву 241

Мр Александар Мартиновић, асистент
Реформа државне управе у Републици Србији у процесу државно-правне, политичке и економске транзиције 255

Др Бернадет Бордаш, ванредни професор
Утицај комунитарног права на национално међународно приватно право – одабрана пракса Европског суда правде 277

Др Драго Дивљак, ванредни професор
Међународни оквири спољнотрговинског пословања 309

Др Родољуб Етински, редовни професор
Допринос Суда Европских заједница развоју забране дискриминације у области основних слобода 325

Др Сања Ђајић, доцент
Судска заштита у праву ЕУ: Процесне гаранције за окривљене у кривичном поступку унутар Европске уније 353

Петар Ђундић, асистент - приправник
Меродавно право за одговорност произвођача и предлог Регулативе Европског парламента и Савета о закону који се примењује на вануговорне обавезе (Рим II) 369

Ср Љубомирка Кркљуш, редовни професор
Беседе Михаила Полита Десанчића у Хрватском сабору 387

Др Павле Б. Јовановић, редовни професор
Основни смисао посткомунистичке транзиције у демократију и тржишну привреду 403

Др Милош Марјановић, редовни професор
Систематика социологије права у источноевропским земљама 429

Table of contents

Jirgen Bazedov
Rechtswissenschaftliche Grundlageforschung in der Max-Planck-Gesellschaft 9

Momčilo Grubač, Ph.D., Retired Professor
La Position Juridique D'accuse Dans le Processus Penal a La Lumiere de Decisions de Tribunal Europeen de Droit D'homme 21

Stanko Pihler, Ph.D., Full Professor
Novelties in the General Institutions of Serbian Criminal Law 41

Snežana Brkić, Ph.D., Assistant Professor
Measures of Witness Protection Through Preventing the Physical Encounter of Accused and Witness 59

Tatjana Lukić, LL.M., Assistant
Revealing and Asserting Criminal Acts of Organised Crime in Serbia 79

Branislav Ristivojević, LL.M., Assistant
Civilian Responsibility for the Acts of a Subordinate (Command Responsibility) Prior to the Adoption of The Statute of the International Criminal Court 95

Dragiša Drakić, LL.M., Assistant
Purpose of the Security Measures as Criminal Sanctions 121

Danica Popov, Ph.D. Full Professor
Legal doctrine of property 129

Radenka Cvetić, Ph.D., Associate Professor
Serbian Property Law in European framework 145

Sanja Radovanović, LL.M., Assistant
Intoduction to the multimedia works 169

Jelena Vidić, LL.M., Assistant
Succession on Intestacy in Serbian and European Law 183

Marija Salma, Ph.D., Associate Professor
Default Judgement 217

Predrag Jovanović, Ph.D., Full Professor
Labour Law Framework of Harmonisation of our Law and European Law 231

Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor
The Status of a Party ип Administrative Procedure 241

Aleksandar Martinović, LL.M., Assistant
Reform of the State Administration in the Process of State's Political and Economic Transition 255

Bernadet Bordaš, Ph.D., Associate Professor
The Effect of Community Law on National Private International Law –Selected Case Law of the European Court of Justice 277

Drago Divljak, Ph.D., Associate Professor
International Frameworks for Foreign Trade Operations 309

Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor
Contribution of European Court of Justice to Development of Prohibition of Discrimination in Areas of Fundamental Freedoms 325

Sanja Đajić, Ph.D., Assistant Professor
Judicial Protection in EU Law: Procedural Safeguards for Defendants in Criminal Proceedings Throughout the European Union 353

Petar Đundić, Assistant
The Law Applicable to Product Liability and Proposal of a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non - Contractual Obligations (Rome II) 369

Ljubomirka Krkljuš, Ph.D., Full Professor
Discourses of Mihailo Polit Desančić in the Croatian Parliament 387

Pavle Jovanović, Ph.D., Full Professor
"Essential Reasoning of Post-Communist Transition to Democracy and Market Economy" 403

Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor
Systematic of Sociology of Law in Eastern European Countries 429

У овој свесци Зборника су објављени радови проистекли из истраживања у оквиру два пројекта. Реч је о пројекту „Међународни оквири права Србије и Црне Горе“, кога финансира Министарство науке и животне средине Републике Србије и пројекта „Српско и европско право“ који се реализује у оквиру Правног факултета у Новом Саду средствима самог Факултета.

Редакција

061.1
377

Јирген Базедов
Макс Планк Институт
за иностранo и међународно право

ОСНОВНА ИСТРАЖИВАЊА У ОБЛАСТИ ПРАВНИХ НАУКА НА МАКС ПЛАНК ИНСТИТУТУ[1]

1. Макс Планк Институт као место стицања научних сазнања[2]

Под именом Макс Планк Друштво за стицање научних сазнања основана је после Другог светског рата нова истраживачка организација. Иста је заправо основана још 1911. године, под именом Институт цара Вилхелма за стицање нових сазнања и истраживања. Циљ наведеног је било установљавање „немачког Оксфорда", који би могао да одговори захтевима Царства у погледу напредних научних тенденција у свету, а са постизањем очигледног научног успеха узетог као темељ целе идеје. Као

[1] Проф. др Јирген Базедов, директор Макс Планк Института из Хамбурга је заједно са другом двојицом директора, проф. др Рајнхардом Цимерманом и проф. др Клаусом Хоптом одржао предавање на Правном факултету у Новом Саду 9. октобра 2004. године. Предавања друге двојице гостију су објављена у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду бр. XXXIX-2/2005. Техничком омашком главног уредника Зборника проистеклом из вишеструких могућности интернет комуникације, предавање професора Базедова није објављено у тој свесци Зборника, већ се објављује у овој свесци. Главни уредник се извињава професору Базедову и читаоцима.

[2] Са немачког језика превела мр Драгана Ћорић, асистент-приправник Правног факултета у Новом Саду

меродаван принцип рада овог Института, све до данас је задржан принцип у изворном облику, како је установљен од стране његовог првог председника након оснивања, теолога Адолфа фон Харнака, и познат је као Харнаков принцип: треба тражити најбоље научне умове, који су обдарени са оним широким размерама у погледу извора истраживања, и који желе да, независно од државних истраживачких програма, унапреде своја знања. Очекивања су ишла у том правцу, да се испуњењем ове три претпоставке, може допринети заједничкој добробити услед постојања извесних научних сазнања, њихове обраде.

Тежиште истраживања спровођених на Институту цара Вилхелма од самог оснивања било је постављено на природне науке. Ипак, већ у наредних неколико година, ту су уврштене и неке духовне научне дисциплине, као што је историја уметности, општа историја и правне науке. Након абдикације цара Вилхелма II 1918 године, Институт је променио своје име. Прво је пораз Немачке 1945 године, те и поновно оснивање Института убрзо довело до промене имена Института, будући да је добио име по свом другом председнику, физичару и добитнику Нобелове награде, Максу Планку.

Тренутно се у саставу Друштва налази и руководи радом на 80 Института, који су подељени у три секције: хемијско-физичко-технички одсек; биолошко-медицински одсек; и духовно-хуманистичке-друштвени одсек. Овај последњи одсек сачињава 20 института, а од тога 6 у области правних наука: Макс Планк Институт за иностранo и међународно јавно право у Хајделбергу, Макс Планк Институт за иностранo и међународно приватно право у Хамбургу, Макс Планк Институт за иностранo и међународно кривично право у Фрајбругу, Макс Планк Институт за интелектуалну својину, право конкуренције и пореско право у Минхену, Макс Планк Институт за европску правну историју у Франкфурту и Макс Планк Институт за иностранo и међународно социјално право у Минхену. Бројност Института потиче од основних принципа истраживања, који су установљени у Макс Планк Друштву: прво, за сваку научну област се установљава увек и само један Макс Планк Институт. Ипак, долази и до извесних преклапања области, тако је нпр. право конкуренције као једна од области приватног права од почетка постављена као посебна истраживачка област на хамбуршком Макс Планк Институту, а корелативно томе,је постављена и област интелектуалне својине на минхенском Макс Планк Институту. Даљих разлика и нема толико, већ се увек за једну научну дисциплину установљава само један Макс Планк Институт.

Друго, истраживања која се спроводе у оквиру Макс Планк Друштва, нису равномерно заступљена: примера ради, већ дуго година није спро-

ведено ниједно истраживање у области пореског права, док се процесно право сређе доста често на другим Макс Планк Институтима, као посебна, додатна дисциплина.

Треће, сви Макс Планк Институти, основани у области правних наука имају програме намењене међународним истраживањима, а што се своди на примену принципа субсидијарности Макс Планк истраживања. Макс Планк Друштво посебно активно ради у оним областима које нису предмет универзитетских истраживања, и дефицитарна су према природи самог питања које се истражује. Што се тиче правних наука, исти принцип важи и за међународне материје или области, за које се захтева посебна специјализација истраживача, као и коришћење богате библиотеке.

Финансирање опреме припада појединачном Макс Планк Институту у оквиру Макс Планк Друштва, које је удружење регистровано по правилима привредног права. Са друге стране, они своја финансијска средства добијају од Савезне Републике Немачке и од 16 држава чланица, сходно њиховој величини и финансијској моћи. Делови Макс Планк Друштва имају сопствену самосталну управу. У њиховим највишим органима - Сенатима као чланови иступају, наравно представници донатора, савезне државе и држава чланица, као и представници немачких привредника.

Организациона самосталност Макс Планк Друштва има за последицу, оснивање Института изван места седишта државних универзитета. Супротно оном на универзитетима, Друштво треба искључиво да спроводи задатке истраживања, где не учествује универзитетско наставно особље. Запослени на институтима нису у обавези да постижу универзитетска звања, то је нешто што је својствено запосленима на универзитетима.

Институционална одвојеност се одвија у више различитих форми институционалне сарадње и двоструке личне повезаности директора. Многи директори су већ професори на појединим универзитетима. Управо супротно, има универзитетских професора, који су у статусу спољних научних чланова или као директори у споредним службама на Макс Планк Институтима. Као посебна институционална форма сарадње, издвајају се Макс Планк Истраживачке школе.Оне су засноване на кооперационим споразумима између универзитета и Макс Планк Института, и могу спроводити различите истраживачке програме за дипломце, усредсређујући се на одређена тежишта. У ту сврху постоје и промотивне стипендије, које су доступне и иностраним докторантима.

2. Макс Планк Институт за иностранo и међународно приватно право

Оно што важи за Макс Планк Друштво, важи унеколико мало другачије и за све остале Макс Планк Институте у његовом саставу. То је повезано са посебном службом настајања појединачног института и њиховим пољем истраживања заједно узев. У наставку текста ћу ближе описати хамбуршки Макс Планк Институт за иностранo и међународно приватно право.

Овај Институт је основан 1926. године у Берлину. Директор по оснивању је био Ернст Рабел, из куће познатих романиста, који је прилично рано био упознат са значајем упоредног права за развој права уопште.Већ је 1916. године, док је предавао на универзитету у Минхену, Рабел основао први немачки институт за упоредно право. Његове одлуке поводом структуралног уређења института су чак и данас прилично постојане, нарочито оне које се односе на установљавање националних извештаја држава чланица, као и поверавање специјализованим истраживачима истраживање одређеног правног система. Такође је основао и институтски часопис за иностранo и међународно приватно право. Слично постоји у годишњем броју „Немачке правне праксе из области међународног приватног права“, који још од 80-их године XX века, годину за годином обрађује систематски немачку судску праксу из области колизионог права.

Због свог јеврејског порекла, националсоцијалисти су Ернста Рабела малтретирали од 1937 године, када су и преузели руковођење институтом, те је он након тога и напустио Немачку. Институт је остао у Берлину до 1944. године, када је евакуисан због приближавања руских трупа у Тубинген, где се налазио следећу деценију.

До сада је овај Институт имао три директора, који су се интересовали за област европског приватног права: Клауса Хопта, у области предузетничког и права концерна, као и банкарско и право тржишта капитала; Рајнхарда Цимермана у области општег приватног права, а нарочито облигационог права и европске правне историје; на крају, и моја интересовања су на пољу међународног приватног права, као и права конкуренције, права осигурања и транспортног права. Сва три директора су имали ангажман и као универзитетски професори: Клаус Хопт и ја смо ангажовани на Универзитету у Хамбургу, а Рајнхард Цимерман на Универзитету у Регенсбургу.

Укупан број запослених на Институту је између 130-140 лица са непуним радним временом, укључујући и ненаучно особље. Око 25 особа је стално запослено. Централни извор за истраживања Института је Библи-

отека са преко 450.000 књига. Институт додатно профитира и с обзиром на своје место, где се налази, у првом реду због непосредне близине Правног факултета Универзитета у Хамбургу, и Хамбуршког светског привредног архива (HWWA), који такође поседују завидан књижни фонд.

Данас Институт има три велика поља деловања. Прво ту су сопствена истраживања директора и сарадника - дакле, запослених на Институту, која се спроводе на добровољној основи сваког појединца, без икаквих налога изван института. У то улази огроман посао на изради Међународне енциклопедије компаративног права, који се спроводи и координира од стране Института још од 60-их година прошлог века. У скорије време је започет рад на још једном обимном пројекту „Европско право уговора о осигурању", који би требао да се публикује у три тома, а што је замишљено као први степен хармонизације ове области у ЕУ. Још један истраживачки пројекат је покренут на сопствену иницијативу Института. „Привредно право MERCOSUR-а[3]".У том пројекту активно учествује и Међународна Макс Планк Истраживачка школа за поморско право, у сарадњи са Универзитетом у Хамбургу, поводом интердисциплинарног истраживања у области поморских наука.

Друга велика истраживачка област рада Института је давање стручних мишљења од стране стручњака Института за Савезну владу, Европску комисију или друге државне органе, нпр. Савезни уставни суд. Управо је у великом броју законодавних предлога Институт учествовао давањем мишљења од стране стручњака који се баве упоредним правом, где се прати међународни развој одређеног сектора и утицаји на њихову имплементацију у немачко законодавство.

Свако истраживање је било детаљно испланирано од стране института, као нпр. у области облигационог права, старатељског права, берзанског права, права истополних заједница, право о уговору о осигурању. Њихови резултати се редовно објављују у виду књига, те доводе до плодоносних научних дискусија у Немачкој. Треће поље деловања чине мишљења, које Институт даје на захтев немачких судова.Они морају да примењују правила међународног приватног права. Када судови у таквим ситуацијама буду упућени на примену иностраног права, често им недостају познавање стручног језика и познавање одређене проблематике. У оваквим случајевима, пред Институтом (или пред институтима у оквиру Универзитета) се налазе предлози за одлучивање о доказу поводом питања примене иностраног права. Уопштено узев, Институт добија целовит судски акт и може користити веома широк дијапазон предлога који могу довести до решења

[3] The Southern Common Market, основано од стране Аргентине, Парагваја, Уругваја и Бразила 1991. године- прим.прев.

случаја према иностраном праву, при чему се скоро увек очекује покоравање судова таквој примени иностраног права. И поред тога, сва истраживања која се спроводе на Институт су се показала као веома значајна за правну праксу уопште.

У погледу сопствених истраживачких делатности Института, годинама се унапређује његова функција као места сусрета свих сегмената европске правне културе. Пошто је институтска библиотека прво била конципирана као истраживачка библиотека Института, временом је све више прерастала у централну библиотеку за упоредно привредно право, као и за међународно приватно и привредно право у Европи. На крају није било никаквих ограничења у погледу истраживања у свим европским државама чланицама. Као последица тога, сваке године долази све више истраживача. Данас говоримо о броју између 200-300 правника истраживача из Европе, али чак и са других континената, који долазе у Хамбург, ради дужег боравка на Институту и спровођења сопствених истраживања. Институт је на овај начин постављен у средиште упоредноправних истраживања, која се ту одвијају, и у контакту је са научницима из целог света, узајамно као и са немачким колегама.

3. Основи настајања и изградње Макс Планк Института за иностранo и међународно приватно право

Институт цара Вилхелма за иностранo и међународно приватно право био је непосредно након свог настанка јединствена организација своје врсте. Да би уопште као таква могла настати, требало је имати одговарајуће практичне и друге услове, који су се у Немачкој 20-их година прошлог века потпуно случајно стекли.

У току Првог Светског рата повећан је број међународно-правних проблема и са тим нужност да се у немачкој правној пракси редовно користе решења из иностраних права. Једна од суштинских ствари које чине приватно право су управо правила Версајског мировног уговора, правила о уступању земљишта Немачке њеним суседима, правила о стварању нове државе на европској географској карти, различите опције у погледу стицања држављанства у немачким пограничним областима, налети избеглица током руске октобарске револуције, итд. Све наведено је створило за приватно право обиље потешкоћа нове врсте: потребу да се изврши процена експроприсаних иностраних добара, утицаји окупационих трговинских закона на постојеће правне односе, неуравнотежени прираштај лица са немачким и са двоструким држављанством, итд.

Немачка правна пракса је показала да је процес усклађивања са нормама Версајског уговора прилично непотребан. Аутономно тумачење међународних конвенција, које познаје данашња правна пракса, је тада било непознато. Берлински адвокат Херман Исај је то дефинисао са великом тачношћу: „Сви смо ми, са великом наивношћу поверовали, а на основу духовног искуства које је проистекло из стања у земљи непосредно пред рат, да ће се Версајски уговор моћи тумачити немачким правним терминима и методама тумачења".Управо зато се мора истаћи, да „ норме овог уговора могу правилно бити протумачене једино са позиције менталитета удружених победника, и једино коришћењем појмова из иностраних правних система. Зато је било нужно, стећи извесно поверење у тај систем".

Институт је све време свог постојања настојао да задовољи својим радом одговарајуће практичне потребе. То је са једне стране, остварено путем веома распрострањене праксе давање тумачења и стручних мишљења од стране стручњака са Института, која се објављују на годишњем и двогодишњем нивоу у „Мишљењима о иностраном и међународном приватном праву". Наведени часопис је настао услед сарадње са другим универзитетским институтима на овом пољу права. Са друге стране, треба нешто рећи о систему националних референата. У питању је пројекат који увек воде познати научници-истраживачи, током једне године, и везују се за специјализацију одређене материје, појма, или односа. Наведено свакако погодује и самом немачком праву, будући да се у дискусију, резервисану само за немачко право, уносе елементи из савремених правних мишљења и тенденција из иностранства.

Настанак практичних проблема у области права не би у потпуности могао да одговори на то, зашто је Институт, прво као Институт за основна истраживања у оквиру Друштва цара Вилхелма, касније, као Макс Планк Друштво, уопште и основано. Донекле је разумљиво због специфичних дефицита у области науке и научних сазнања, посебно када је Немачка означена као средиште настанка таквих проблема.Чак, долази до извесног сужавања поља истраживања у области немачког приватног права, и то у првим деценијама XX века. Будући да је Институт основан 1926. године, то га поставља у контекст доношења Грађанског Законика, неких 30 године пре тога, што је скоро једна генерација. Немачка кодификација је извршила сакупљање општих права, управо оно што је континентална правна наука чинила вековима. Ауторитет ових општих права сеже дубоко до античке традиције, сходно којој је усвајањем Грађанског Законика воља националног законодавца добила своју легитимацијску основу. У оквиру националног осећаја, које је постојало у царству Вилхелмовом, као што је и сам Ернст Рабел истакао, немачка наука „је консеквентно као било које друго право проистекло из снаге промењених позитивних закона".

Сматра се да научно сазнање из области приватног права вреди и може се даље користити, ако почива на неком од 2385 параграфа Грађанског Законика. Искуства наших европских суседа у том смислу, почев од 1900. до данас, су у многоме негативна[4], изузев француског и швајцарског права, које је чак и Немачка делимично прихватила. Наведено је дат незнатан правни значај, као што је у правној историји, потпуно неоправдано потиснуто римско право, са својим огромним корпусом правних мишљења и решења. Национализација грађанског права, појмовне јуриспруденције и законског позитивизма су се стога показали као тренутна решења.

Као последица претходног, немачко право је почело да преузима решења и из иностраних правних система. Тиме се може објаснити, зашто је наука приватног права у погледу извесних проблема у новијим вековима свог постојања остајала без одговора, те је доминантну улогу у целом процесу преузео поредак установљен Грађанским Законником. Ово важи посебно за јачање тржишта, путем картелисања истог, што је наступило почетком XX века, и у Немачкој је означено као веома значајно. То такође важи и за горућа и још увек нерешена социјална питања, као и за огромно повећање техничких, економских, и егзистенцијалних ризика, који су били повезани са процесом индустријализације у државама чланицама у оквиру Немачке. Зато је и споља видљиво да немачка наука у области грађанског права није адекватно одговорила на ова питања, и да је на известан начин, сама крива за губитак сопственог значаја и улоге.

Тежње правне догматике, у контексту постизања логичке кохерентности правног система, су несумњиво довеле до мноштва противуречности. То је даље довело до знатних трошкова, али и до губитка односа са реалношћу и проналажења извесних фантастичних решења за неке проблеме. Управо ту долази до изражаја упоредно право, јер правни системи у свету, према речима Цвајгерта и Куца, „нужно више и услед сопствених различитости проналазе велики број решења ..., као да и правник у свом кратком животном веку може пронаћи довољно фантастична решења и у оквиру сопственог правног система“. Треба приметити да су се ови трошкови појавили у првој половини XX века, када је управо стасала једна нова генерација правника, а према правилима прилично интровертног законског позитивизма.

Овде је изложено стање, које је постојало на Институту цара Вилхелма за иностранo и међународно приватно право, од момента основања.

[4] Јер се познавање наведеног Законика сматра само солидном основом, али не и искључивим извором за добро познавање области приватног права-прим.прев.

Наведено може послужити као оквир за немачко право, али који омогућава и поглед ка суседима и њиховом праву.

4. Циљ упоредноправних истраживања на Макс Планк Институту за иностранo и међународно приватно право

Према једној од програмских изрека Рабела, „појам чистог систематског (или догматског) упоредног права... се мора сагледати без обзира на његову корисну димензију". Ова идеалистичка изјава се тешко може довести у везу са интересном димензијом и политичким карактером права, као и са специфичношћу правне науке, као примењене и формалне науке. Такође је и у очигледној супротности са историјом настанка самог Института, која проистиче из корисне димензије упоредног права. Разумљиво је да се у позадини ове Рабелове тезе, налази став да било каква процена не може бити адекватно урађена од стране упоредног права, већ да је то могуће једино да уради правна критика.

Стечена искуства Института, ако се посматрају са данашњих позиција, се морају подвргнути преиспитивању, посебно када се има у виду колико процес упоређивања сазнања и њихово критичко оцењивање заправо ограничавају један другог. Већ и сам избор релеватних питања подобних за истраживање и одговарајућих правних система, почивају у основи на већ постојећој оцени истих. То значи да онај ко се бави упоредним правом мора да изабере из огромног океана правних питања, одређена, чија регулација у његовом правном систему није задовољавајућа или је неодговарајућа. И ова процена значаја неких питања опет почива на претходно утврђеној оцени истих. Слично је и са избором недовољно истражених иностраних правних система. У том делу је неопходно добро знање језика истраживача, делимично је од значаја и очекивање, да ли ће се у неким иностраним правним системима наћи информације о развоју права тако лако као што је то могуће у неким другим случајевима. Делимично то зависи и од убеђења, да је поредак и развој сопствене државе синхронизован са појединим у одређеним иностраним државама, или су прилично удаљени. И у овом случају, претходна оцена горенаведеног има велику улогу

Свако истраживање, треба да, сходно пледоајеу Конрада Цвајгерта поводом оцењивања упоредно-правних активности, а у односу на данашње услове, унесе извесну дозу савремености.Онда се можемо руководити и једним значајним питањем, који ће сазнајни интереси бити задовољени

спровођењем упоредно-правних истраживања, и колика је заправо улога једног таквог истраживача у области упоредног права, приликом креирања оцене о неким појавама. Долази ли заправо, као што је већ раније наведено, до својеврсног „увоза" иностраних правних теорија и мишљења, а све у циљу побољшања сопственог правног система? Или је можда у питању својеврстан „извоз" правних идеја, у циљу да се са одређеним правним појмовима који потичу из једног правног система упознају и друге државе и њихови правни системи? У последње време, присутна је и узима све више маха трећа концепција, а то је потреба за стварањем једног супранационалног поретка на нивоу европске или чак и глобалне спољне политике.

„Извоз" националних правних ставова се у историји упоредног права већ дуго времена третира као веома значајна делатност и задатак. Тако је могуће говорити и о национализму са теоријско-правне позиције. Ова идеологија почива на убеђењу о надмоћи извесних сопствених права, која се и у другим државама морају остваривати и поштовати. Озбиљно истраживање у области упоредног права не сме паушално прихватити овакве захтеве. Треба напоменути, да извесна права установљавају решења за унутрашње конфликте, будући да њихов настанак веома често проистиче из специфичног друштвеног контекста поједине државе. Иста решења можда не постоје у неким другим правима, или не постоје у истом облику и са истим последицама. Поглед на друштвене и економске односе других држава, посебно ако је инспирисан стањем и резултатима друштвених наука, неминовно релативизира мисионарске тежње саме науке. Одступања су ипак честа, у виду различитих система права[5], на шта истраживачи често наилазе у иностраним системима. Установљавање једног закона, посебно ако је прихватио инострана правна мишљења и ставове[6], и његово прилагођавање текућем стању у правном систему државе[7], може довести до великих потешкоћа.

Макс Планк Институт је са великим успехом учествовао управо у процесу „извоза" немачких правних теорија и мишљења, посебно након 1990. године и током пропасти ранијих социјалистичких правних система. Тако је Институт у појединим случајевима вршио саветодавну функцију у односу на владе држава које су се нашле у необичној ситуацији, пружајући им информације о упоредно-правним као и тенденцијама у немачком праву у погледу извесним правних области. Томе у прилог говори и податак да су на симпозијуму, одржаном 1996. године у част 70-огодишњице постојања Института, поред научника и истраживача из Немачке, учество-

[5] При чему се мисли на унутрашњу систематику права, састав.

[6] У оригиналном тексту је наведен термин „Exportland"S - прим. прев.

[7] У оригиналном тексту је наведено „Importland" - прим. прев.

вали и национални референти из пет држава које су унеколико извршиле рецепцију немачких правних ставова.Тако је дошло до изражаја да није у питању само чист „извоз“ правних мишљења, већ да је започет напоран процес правне трансформације.

Почев од оснивања Инстут је стајао на становишту потребе „извоза“ правних мишљења. Цела активност се није одвијала често у смислу пуке рецепције, већ „својеврсног пресликавања одређених права у други правни систем“ (Ernst Rabel), а све у циљу препознавања недостатака и потешкоћа у оквиру права. Након Другог светског рата, Институт је учествовао својим стручним мишљењима, базираним на упоредно-правним истраживањима, у изради великог броја законодавних предлога. Тако је и постао веома значајан фактор, који је увео глас упоредног права у немачку политику.

Током процеса европских интеграција и интернационализацији права која је потом уследила, у последње време је све више заступљена посебна научна перспектива поводом упоредно-правних истраживања Института. Често се налазимо у ситуацији, када Европа или нека држава жели да конципира правна правила неке међународне конвенције, која са једне стране решава извесна правна питања, да је са друге стране садржински повезана са различитим националним правним традицијама. Прихватање оваквог задатка, захтева стварање једног супранационалног поретка, који ће проистећи из различитих националних правних правила. Одвајањем од националне догматике, очекивања која потичу од спољне политике добијају на тежини: то је и узрок благовременог ангажмана Института на интердисциплинарним истраживањима, нарочито повезаних са друштвеним наукама и економијом. Пре свега, економска анализа права нуди установљавање новог критеријума за оцењивање, државним и правним институцијама, а са циљем постизања веће ефикасности. На тај начин ће се ефикасније извршити процена правних правила различитих држава.

343.121:342.7(4)

Др Момчило Грубач, редовни професор у пензији
Правног факултета у Новом Саду

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ У СВЕТЛУ ОДЛУКА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА[1]

Сажетак: *Једна од тема научноистраживачког пројекта „Српско и европско право" односи се на „Анализу праксе Европског суда за људска права и кривичним стварима према појединим питањима". Овај рад садржи резултате ауторових истраживања те теме у 2005. години.*

После увода, аутор наводи поједина права окривљеног у савременом кривичном поступку према Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, а затим се детаљније бави анализом три од тих права објашњавајући поједине њихове аспекте ставовима Европског суда заузетим у донетим одлукама које се односе на та питања. На тај начин су обрађена права окривљеног да у току поступка ћути, да присуствује поступку који се води против њега и да му се суди у разумном року.

Остала питања ове теме биће обрађена у наставку овог истраживања.

Кључне речи: *Окривљени, Европски суд за људска права, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Право окривљеног на ћутање, Право окривљеног да му се суди у његовом присуству, Право окривљеног да му се суду у разумном року.*

---

[1] Ово је први део истраживања на тему „АНАЛИЗА СУДСКЕ ПРАКСЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У КРИВИЧНИМ СТВАРИМА ПРЕМА ПОЈЕДИНИМ ПИТАЊИМА" које је у току 2005. године аутор обавио у оквиру пројекта Правног факултета у Новом Саду „Српско и европско право – теоријски, социолошки, историјски, позитивноправни и економски аспекти".

Увод

Окривљени је израз за физичко лице против кога се води кривични поступак, тј. против кога је донето решење о спровођењу истраге или поднета оптужница, оптужни предлог или приватна тужба (члан 221. тачка 2. ЗКП). С обзиром на то да је кривични поступак сложен и да пролази кроз различите фазе и стадијуме (предкривични поступак који није део кривичног поступка у правном смислу, истрага, главни претрес и поступак по правним лековима), закони, међу њима и Законик о кривичном поступку Србије, окривљеног означавају различитим терминима у различитим деловима кривичног поступка. Тако, *осумњичени* је лице против кога се води предкривични поступак, тј. „према коме је пре покретања кривичног поступка надлежни државни орган предузео неку радњу због постојања основа сумње да је извршило кривично дело (члан 221. тачка 1. ЗКП). *Оптужени* је лице против кога је оптужница ступила на правну снагу (члан 221. тачка 3. ЗКП)[2]. *Осуђени* је лице за које је правноснажном пресудом или правноснажним решењем о кажњавању утврђено да је кривично одговорно за одређено кривично дело (члан 221. тачка 4. ЗКП). Израз *окривљени* је општи назив за окривљеног, оптуженог и осуђеног (члан 221. тачка 5. ЗКП).

У највећем броју европских држава окривљени данас може бити и правно лице. Законе о одговорности правних лица за кривична дела у последње време донеле су БиХ, Хрватска, Словенија, а слични закони припремају се у Црној Гори и у Србији. Кривични закони тих држава предвиђају одговорност правног лица за кривична дела која изврше физичка лица *у име, за рачун или у корист* правног лица, и упућују на посебне законе којима се подробније уређују кривичне санкције и кривична дела за која могу одговарати правна лица, као и кривични поступак у коме се утврђује одговорност тих лица. Ти посебни закони предвиђају јединствени поступак против правног лица и физичког лица које је учинило кривично дело. Тај се поступак покреће по заједничкој тужби и завршава заједничком

[2] Европски суд за људска права одређује појам „оптужбе" (*charge*) као *„службено обавештење које надлежна власт уручи појединцу коме ставља на терет да је учинио кривично дело"*. За такав акт се рачуна и друга мера која је *„показатељ такве оптужбе"* и која *„на други начин производи последице за осумњиченог"* (*Eckle v. Немачке*, Eur. Court H.R., 15.7.1982, Series A no. 51, тач. 73, і *Foti и др. v. Италија*, Eur. Court H.R., 10. 12.1982, Series A no. 56, тач. 52. Реч је о комбинацији *формалног појма оптужбе* (службено обавештење) и *материјалног појма оптужбе*, чиме се онемогућује да се против појединца *de faco* води кривични поступак пре но што му се *de iure* не додели статус окривљеног и по том основу припадајућа права.

пресудом према оба лица. Поступак само против правног лица је могућ само ако поступак против физичког лица (учиниоца дела) није могућ из разлога предвиђених у закону или је већ спроведен (члан 27. став 3. Закона о одговорности правних лица за кривична дела Словеније). Правно лице против којег се води кривични поступак назива се *окривљено правно лице*, а у том поступку се сходно примењују одредбе ЗКП ако посебним законом није другачије одређено.

Питање права и дужности окривљеног у кривичном поступку је постало данас једно од основних цивилизацијских питања. Управо однос између тих права и дужности одређује данас правни положај окривљеног у кривичном поступку. Док права која му припадају, дају окривљном карактер процесног субјекта, дотле га дужности које му се намећу претварају у објект кривичног поступка. Окривљени је субјект у кривичном поступку толико колико је у прилици да процесне радње врши у складу са својом слободном вољом. Ако су процесне радње окривљеног одраз његове слободне воље, имају доказни значај, јер су процвесне радње вољне активности. Онај који такве воље нема, већ се мора потчинити одређеним законским захтевима, добија особине објекта. Управо у оним процесним ситуацијама у којима окривљени има само положај објекта, долазе у кривичном поступку до пуног изражаја дужности државних органа да поштују строге законске одредбе које детаљно утврђују услове под којима се са окривљеним може поступати и против његове воље. У вези са тим долази до изражаја професионална и лична етика државних органа (полиције, државног тужилаштва и суда), и питање до које мере је у сваком конкретном случају удовољено начелу правности и правне културе. Начин на који је одређен правни положај окривљеног у кривичном поступку је мерило степена политичке и правне културе једнога друштва.

Друштвене промене које је доживела Србија у минулих пет година одразиле су се и у области кривичног процесног права, и управо у тој области најочигледније је изражено колико држава, на путу свога демократског преображаја, поштује међународна мерила о заштити људских права утврђена међународним правним актима. Међу те међународно признате правне стандарде спадају нарочито претпоставка невиности, право на личну слободу и сигурност, право на поштено и непристрасно суђење, право на поштовање приватности, право на неприкосновеност живота и заштиту људског достојанства, забрана мучења, право на суђење у присуству окривљног, право на одбрану, право на ускраћивање исказа, тј. ћутање, право на употребу редовних и ванредних правних лекова и забрана поновног суђења у истој кривичној ствари. Односи између права и дужности окривљеног, као и између овлашћења и обавеза државних органа који суделују у

кривичном поступку, тичу се две основне мада противречне тенденције кривичног поступка, да нико, ко је достижан, не буде осуђен и да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима који су одређени кривичним законом и у законом прописаном поступку. Из те амбиваленте тежње, која је наглашена и у члану 1. нашег ЗКП, настаје дилема која се непосредно односи на питање, како треба одредити однос између права и дужности окривљеног, да би кривични поступак био ефикасан и да би у исто време, са друге стране, у њему била доследно поштована права окривљеног која су му загарантована уставом и међународним правним актима. То питање је све актуелније јер се држава по укључивању у слободне токове друштвено-економског и политичког живота суочава са повећаним бројем извршених кривичних дела, неким новим облицима криминалитета и нарочито са организованим криминалитетом, који има међународне размере, дакле, са појавама које због своје опасности захтевају одлучну реакцију друштвене заједнице, а у исто време поштовање права оних који су основано сумњиви да су најгрубље погазили основна морална начела заједнице. При томе, увек треба имати на уму да криминал још није уништио ни једно друштво, а гажење основних људских слобода и права многа. Савремена криминална политика због тога мора доследно да инсистира на два основна захтева: прецизно утврђивање услова за изрицање кривичних санкција у сваком конкретном случају, у области материјалног кривичног права, и доследно поштовање права окривљеног у кривичном поступку, без обзира на тежину кривичног дела које му се ставља на терет, на процесноправном подручју. Што су више изражени захтеви за репресијом и већом ефикасношћу кривичног права у погледу његове опште и специјалне превенције, тим је значајније да основне претпоставке кажњивости са подручја материјалног кривичног права буду јасно одређене и утврђене и истовремено са тим овлашћења и дужности државних органа надлежних за откривање кривичних дела (полиција), за кривично гоњење (јавно тужилаштво) и суђење (суд). Подручје кривичног процесног права је подручје на којем најочигледније долази до израза однос између јавног интереса, који захтева ефикасност кривичног поступка, и заштите појединца и његових индивидуалних права. При томе, процесни положај окривљеног мора бити одређен као систем његових права и дужности који омогућује да буде субјект кривичног поступка, тј. носилац одређених права и дужности. У вези са тим треба се позвати и на одредбе члана 3. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама које се односе на једнакост пред законом и забрану дискриминације.

1. Права окривљеног у кривичном поступку

Посебна права која устави и закони признају окривљеном у кривичном поступку су у функцији уставом признатог општег права на заштиту личне слободе и сигурности грађана. Заштита тих општих права се постиже признавањем права на одбрану грађанима укљученим у кривични поступак у својству окривљених. Из тога општег права изводи се данас низ посебних права окривљеног, од којих су најзначајнија следећа:

1) право да буде упознат са свим околностима, чињеницама и доказима који стоје против њега (чл. 4. и 5. ЗКП);
2) право да буде поучен о својим правима и да их може остваривати на свом језику или језику који разуме (чл. 5, 9, 13. и 15);
3) право да буде поучен да није дужан да се брани нити да одговара на поједина питања, а ако се брани, да није дужан да исказује против себе или својих ближих, нити да призна да је крив (члан 89. ЗКП);
4) право да разгледа списе (члан 170. ЗКП);
5) право да располаже законом одређеним временом за припремање своје одбране (члан 16. став 2. ПЉП);
6) право да има помоћ стручног браниоца (чл. 68. и др. ЗКП);
7) право да му буде заштићена лична слобода, која може бити ограничена само у мери која је неопходна за вођење кривичног поступка (чл. 15. ст. 3. ПЉП);
8) право да му суди непристрасан, независан и законом установљен суд (чл. 17. ПЉП);
9) право да буде присутан поступку у коме му се суди;
10) право да буду одбачени недозвољени докази (ексклузија);
11) право да употреби редовне и ванредне правне лекове у складу са законом.

Основно право окривљеног у кривичном поступку је право на поштено суђење - *fair trial* (види излагања у наставку под А) које се изводи из члана 6. (види излагања у наставку под Б) и члана 13. (види излагања у наставку под Ц) Европске конвенције о заштити људских права и члана 2-4 Протокола број 7. уз Европску конвенцију о људским правима (види излагања у наставку под Д).

А) Израз *„fair trial"* је боље преводити као „поштен поступак" с обзиром на то да се правило не тиче само фазе суђења већ и претходног поступка, без обзира како је организован. Одредбе члана 6. Европске конвенције о људским правима важе за све фазе кривичног поступка, а не са-

мо за фазу суђења, као што је наведено у одлуци Европског суда за људска права у случају *Imbrioscia v. Švajcarska,* Eur. Court H.R., 24.11.1993, Series A no. 275, тач. 36: „Примарни циљ одредбе члана 6. када је реч о кривичним предметима, да обезбеди поштен поступак пред „трибуналом" надлежним за одлучивање о било каквој кривичној оптужби". То не значи да члан 6. не важи за преткривични и претходни кривични поступак. „Разуман рок" из првог става члана 6. на пример, почиње да тече у тренутку „окривљења" *(charge)* у смислу аутономног значења које се даје том појму (види пример *Wemhoff v. Namačka,* Eur. Court H.R., 27.6.1968, Series A no. 7, тач. 19. и *Massina v. Italija,* Eur. Court H.R., 26.2.1993, Series A no. 257-H, тач. 25. Посебно је Суд утврдио да је разуман рок прекршен у случају који је окончан повлачењем тужбе (види *Maj v. Italija,* Eur. Court H.R., 19.2.1991, Series A no. 196-D, тач. 13-15) или у фази истраге (види *Viezzer v. Italija,* Eur. Court H.R., 19.2.1991, Series A no. 196-Б, тач. 15-17). Други захтеви из члана 6. Конвенције, нарочито они из става 3, могу имати такав значај, да би њихово одсуство пре суђења озбиљно довело у питање начело поштеног суђења ако до суђења дође (види нпр. *Engel и др. v. Holandija,* Eur. Court H.R., 8.8.1976, Series A no. 22, тач. 91; *Luedicke и др. v. Немачка,* Eur. Court H.R., 28.11.1978, Series A no. 29, тач. 48; *Campbell и др. v. Уједињено краљевство,* Eur. Court H.R., 28.6.1984, Series A no. 80, тач. 95-99; *Can в. Austrija,* Eur. Court H.R., 30.9.1985, Series A no. 96, тач. 17; *Lamy v. Belgija,* Eur. Court H.R., 30.3.1989, Series A no. 151, тач. 37; *Delta v. Francuska,* Eur. Court H.R., 19.12.1990, Series A no. 191-A, тач. 36; *Quaranta v. Švajcarska,* Eur. Court H.R., 24.5.1991, Series A no. 205, тач. 28. и 36; и *S. v. Švajcarska,* Eur. Court H.R., 28.11.1991, Series A no. 220, тач. 46-51).[3]

В) Члан 6. Европске конвенције о људским правима који се односи на право на поштено суђење гласи:

1) Свако има право да о његовим грађанским правима и дужностима или о било каквој кривичној оптужби против њега, правично, јавно и у разумном року одлучи независан и непристрасан суд установљен законом. Пресуда мора бити изречена јавно, али се штампа и јавност могу искључити са целог или са дела суђења у интересу морала, јавног реда или државне безбедности, ако то у демокртаском друштву захтевају интереси малолетника или заштита личног живота странака, као и онда кад би по мишљењу суда услед посебних околности јавност суђења штетила интересима правичности.

[3] Види и случај *Brennan v. Уједињено краљевство,* Eur. Court H.R., 16.10.2001, Series A no. 39846/98, тач. 45.

2) Свако ко је оптужен за кривично дело сматраће се невиним све док се у складу са законом не докаже његова кривица.
3) Свако ко је оптужен за кривично дело има следећа минимална права:
   (а) да у најкраћем могућем року, подробно и на језику који разуме буде обавештен о природи и разлозима за оптужбу којом се терети;
   (б) да има довољно времена и могућности за припремање одбране;
   (ц) да се брани сам или путем браниоца кога сам изабере, а ако нема довољно средстава да плати браниоца, да га добије бесплатно, ако то захтевају интереси правичности;
   (д) да саслушава односно да захтева да се саслушају сведоци оптужбе и да се обезбеди присуство и саслушање сведока одбране под истим условима који важе за сведоке оптужбе;
   (е) да добије бесплатну помоћ тумача ако не разуме или не говори језик који се употребљава пред судом.

Ц) Члан 13. Европске конвенције о људским правима предвиђа право на делотворан правни лек и гласи:

„Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред домаћим властима, без обзира на то да ли су повреду извршила лица која су поступала у службеном својству".

Д) Протоколом број 7. уз Европску конвенцију о људским правима из 1984. год. уређена су права на жалбу у кривичним стварима (члан 2), на накнаду за погрешну осуду (члан 3) и да се не буде суђен или кажњен двапут у истој ствари (члан 4).

Члан 2: *Право на жалбу у кривичним стварима*

1) Свако ко је одлуком суда осуђен за кривично дело има право да његову осуду или казну преиспита виши суд. Остваривање овога права, укључујући и основе за његово коришћење, уређује се законом.
2) Ово право може трпети изузетке када је реч о делима мањег значаја, која су одређена законом, или у случајевима када је лицу у питању у првом степену судио највиши суд или је било осуђено на основу жалбе против ослобађајуће пресуде.

Члан 3: *Накнада за погрешну осуду*

Ако је неко лице било правноснажном пресудом осуђено због кривичног дела и ако је касније његова пресуда била укинута или је био помилован због тога што нека нова или новооткривена чињеница неоспорно указује да се радило о судској грешци, лице које је издржало казну изречену таквом пресудом има право на накнаду у складу са законом или праксом дотичне државе, осим ако се докаже да је у целини или делимично одговорно што непозната чињеница није била благовремено откривена.

Члан 4: *Право да се не буде суђен или кажњен двапут у истој ствари*

1) Правосудни органи исте државе никога не могу поново кривично гонити нити поново изрицати казну у кривичном поступку за дело за које је у складу са законом и кривичним поступком те државе то лице већ било правноснажно ослобођено или осуђено.
2) Одредбе претходног члана не спречавају понављање кривичног поступка на основу закона и у складу са кривичним поступком дате државе, ако постоје докази о новим или новооткривеним чињеницама, или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла утицати на његов исход.
3) Овај се члан не може ставити ван снаге позивом на члан 15. Конвенције.

Наведена права представљају неку врсту надправа, које Устав РС не помиње изричито, за разлику од Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, али се оно може извести из бројних одредаба устава на опште право окривљеног у кривичном поступку да се брани од оптужбе. Из тога општег права на одбрану проистичу у ствари сва друга права која улазе у корпус права на поштено суђење. Од ширине тих права зависи степен демократичности и прогресивности савременог кривичног поступка и субјективитет окривљеног у том поступку. Већи обим процесних права смањује притисак на вољу окривљеног, а колико је његова воља у поступку слободнија, толико је он сам више субјекат кривичног поступка, у начелу равноправан са тужиоцем, против чијих оптужби мора имати могућност и ефикасна средства да се брани.

2. Право окривљеног да ускрати исказ, тј. да ћути

Члан 5. Законика о кривичном поступку наређује да лице лишено слободе мора бити одмах обавештено, на свом језику или на језику који разуме, о разлозима лишења слободе и о свему што му се ставља на терет, као и о низу права сврстаних у девет тачака става 1. тога члана. На првом месту стоји, да се лице лишено слободе обавештава „да није дужно ништа да изјави и да све што изјави може бити употребљено као доказ против њега" (члан 5. став 1. тачка 1). У члану 13. став 3. стоји да ће се сваки окривљени пре првог саслушања упозорити да све што изјави може бити употребљено као доказ против њега, али је изостала одредба која наведеној логично претходи, да окривљени није дужан ништа да изјави. Изостанак те норме на том месту, међутим, нема суштинског значаја, јер је у члану 89. који се односи на прво саслушање окривљеног то речено (окривљеном ће се саопштити „да није дужан да изнесе своју одбрану, нити да одговара на постављена питања"). Ту поуку окривљеном односно лицу лишеном слободе морају дати органи кривичног и преткривичног поступка који га у својству окривљеног саслушавају, односно лишавају слободе (органи унутрашњих послова, истражни судија, председник већа). Ако окривљени о том праву не буде поучен, на његовом исказу се не може заснивати судска одлука (члан 89. став 10). Мислимо, да та одредба треба да важи и за кршење члана 5. став 1. тачка 1. ЗКП. Изјаве лица лишеног слободе односно окривљеног дате без претходне поуке да не морају бити дате издвајају се из списа по члану 178. Супротна поступања представљају апсолутну битну повреду кривичног поступкак из члана 368. став 1. тачка 10. ЗКП и кршење ПЉП, будући да је дужност „саопштавања ухапшеном лицу да има право да ништа не изјављује" предвиђена и у њеном члану 15. став 1.

У законима о кривичном поступку СФРЈ и СРЈ који су били на снази пре 2001. године постојала је одредба изразито инквизиционе природе према којој је суд требало да поучи окривљеног који на саслушању неће уопште да одговара или неће да одговара на постављена питања, да тиме може да отежа прикупљање доказа за своју одбрану. Та је одредба изостала у новом Законику о кривичном поступку Србије из 2001. године. Са гледишта права окривљеног на ћутање, могао би се довести у питање и институт сведока сарадника (покајника), који однедавно постоји и у нашем кривичном процесном праву. Исто тако, могло би се поставити и питање, да ли је овом праву супротно и упозорење које суд даје окривљеном

у кривичном поступку, да ће његово евентуално признање имати третман олакшавајуће околности.

Врховни суд Словеније је у одлуци I-Ips 12/97. од 21. маја 1998. год. навео: „Подносилац захтева тврди да му је суд прекршио основно уставно право тиме што га је приликом саслушања упозорио да може отежати своју одбрану ако не буде дао исказ и да је признање кривичног дела олакшавајућа околност. Врховни суд је узео да је прва поука у складу са законом, јер је ЗКП Словеније задржао напред поменуту одредбу ЗКП СФРЈ, а да снага упозорења да би признање представљало олакшавајућу околност, иако оно није предвиђено у законским одредбама о саслушању окривљеног, није таква да причињава штету као примена силе, претње или каквог сличног средства за изнуђивање његовог признања. Треба рећи, да се у судској пракси признање заиста уважава као олакшавајућа околност, иако то није у складу са законом, а по мишљењу Врховног суда упозорење на ту околност не представља морални притисак или принуду којом се изнуђује исказ. Подносилац захтева не конкретизује своје наводе, већ само тврди да му је суд прекршио једно основно уставно право (да нико није дужан да сведочи против себе и својих ближих) и право одбране. У конкретном случају окривљени дело није признао, па због тога није очигледно какву би изјаву дао услед поуке да је признање олакшавајућа околност. Окривљени је био упозорен да није дужан дати исказ и одговарати на постављена питања, а ако исказује, да није дужан да терети себе и своје ближње, нити да призна извршење кривичног дела".[4]

Супротно томе, Уставни суд Словеније је стао на становиште да је поука о признању као олакшавајућој околности у супротности са правом окривљеног да ћути и са презумпцијом невиности, па је у својој одлуци Up-134/97. од 14. 3. 2002. навео: „Упозорење да је признање олакшавајућа околност која се може узети у обзир приликом одмеравања казне је утицало на доношење одлуке окривљеног о томе да ли и шта да говори. Таквом поуком је окривљени доведен у искушење. Обећана „награда" (нижа казна, коју је очекивао у виду условне осуде) је несумњиво допринела формирању његове одлуке да призна кривично дело (без обзира на то да ли је био стварно крив за извршење кривичног дела). Упоредо са понудом „награде" смањује се способност његовог самосталног и независног одлучивања, и повећава могућност доношења одлуке у правцу понуђене „награде" (ниже казне). Суд је узео у обзир да је окривљени имао тек 18 година и да му је поука била понављана четири пута. Одлука окривљеног о томе да ли ће дати признање мора да буде резлтат његове слободне воље, која се

[4] B. Z. Dežman и A.. Erbežnik, *Kazensko procesno pravo Republuke Slovenuje*, Љубљана 2003, стр. 334.

оваквим поукама доводи у питање. С друге стране, давање таквих поука не припада суду као независном и непристрасном органу, који треба да чује обе стране у спору, а не да наговара једну да би олакшао позицију друге. Суд не сарађује са јавним тужиоцем, већ је од њега одвојен и независан. Због тога је непоштено и неправично ако суд, који треба да пресуди, наговара окривљеног да призна извршење кривичног дела и обећава му награду у виду блаже казне. Суд мора да утврди истину, а истина не мора да буде оно што тврди јавни тужилац. Наговарање окривљеног да призна извршење кривичног дела тера га да ради против самога себе, чак и ако дело није извршио или га није извршио онако као што тврди јавни тужилац. Таква правна поука не само да присиљава окривљеног да сарађује са тужиоцем, већ га и наводи да супротно своме интересу, прихвати наводе оптужбе. Тако се претпоставка невиности претвара у своју супротност, претпоставку кривице.

Данас се опет инсистира на праву окривљеног на ћутање, које му је припадало још у чистом акузаторском поступку и све време остало на снази у англоамеричком кривичном поступку као привилегија против самооптуживања[5], у складу са начелом да нико није дужан да терети самога себе *(nemo tenetur se ipsum prodere)*[6]. У основи правила које се сажето назива *Miranda warnings,* које је Врховни суд САД као обавезно увео чувеним случајем *Miranda в. Arizona*[7], стоји да органи гоњења морају лице које су ухапсили или му на други начин ограничили слободу пре сваког саслушања обавестити да има право да ћути и да свака његова изјава може бити употребљена против њега, као и да има право да његов бранилац, изабрани или постављени, присуствује саслушању *(кустодијално саслушање)*.[8] Лице лишено слободе може да се одрекне тих права под условом да

[5] Привилегија против самооптуживања излази из петог амандмана на Устав САД (1791), а много касније је она преузета у Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966), који је ступио на снагу 1976. год.

[6] Подразумева се, мада није поменуто у чл. 6. Конвенције, да постоји право на ћутање и привилегија против самооптуживања као општи међународноправни стандарди који стоје у средишту идеје поштеног суђења у смислу члана 6. Конвенције.

[7] Види B. Zupančič, *Ustavno kazensko procesno pravo,* Љубљана 2000, стр. 612-621. У случају *Colorado v. Sprung,* 479. U.S. 564 (1987) Врховни суд САД је одбацио разлоге Миранде по којима би осумњичени морао бити свестан свих кривичних дела о којима ће бити саслушаван. Миранда и с њом у вези ексклузија по Петом амандману на Устав САД (кршење привилегије против самооптуживања) не вреди апсолутно, већ постоје бројни изузеци, о којима ће бити више речи у одељку о ексклузији доказа. В. и B. Zupančič, *op. cit.* стр. 587-725.

[8] Кустодијално саслушање *(custodial interrogation)* је саслушање у полицијским околностима које доприносе да окривљени лакше даје самоуптужујуће изјаве. Такве околности је Европски суд за људска права установио у случају *Mage v. Уједињено краљевство,* Eur. Court H.R., 6.6.2000, Series A no. 28135/95, тач. 32-46.

је одрицање добровољно[9], свесно и разумно.[10] Ако би се са сигурношћу знало да је окривљени лице које је извршилац кривичног дела, право на ћутање не би било потребно. Пошто се то не зна, мора се са таквим лицем поступати као да није учинилац кривичног дела.[11] Суштина је у томе да се право на ћутање повеже са презумпцијом невиности с обзиром на то да се оно изводи из презумпције невиности.[12] Последица тога је да тужилац мора доказати све елементе оптужбе, а да окривљени може остати потпуно пасиван. Право на ћутање је браник који спечава да се терет доказивања пренесе на окривљеног,[13] и да се он у поступку употреби као активно доказно средство, тј. као објекат поступка и принуђује државу да пронађе алтернативне путеве и средства за доказивање његове кривице. Упркос томе, признање окривљеног је у пракси остало привилегован доказ за који још важни позната максима инквизиционог поступка *confessio est regina probationum.*[14]

Према важећим прописима ЗКП и Закона о полицији овлашћена лица органа унутрашњих послова су дужна да осумњиченом приликом лишавања слободе саопште да није дужан ништа да изјави, да има право на правну помоћ адвоката кога може сам слободно изабрати и да је надлежни орган на његов захтев дужан да о лишењу слободе обавести његове ближње. Ту дужност полиција нема приликом спровођења информативних разговора, али је има ако грађанина кога је позвала ради прикупљања обавештења третира као осумњиченог и евентаулно га подвргне саслушавању по члану 226. став 9. ЗКП.

---

[9] Тако је у случају *North Carolina v. Butler,* 411. U.S. 369 (1979), Врх. Суд САД нашао да није битан начин одговарања на поуку о овим правима, већ да је окривљени био свестан и да се добровољно одрекао права из Миранде. У наставку је казано да се ћутање окривљеног не може тумачити као његово одрицања од права која су му предочена. B. B. Zupančič, *op. cit.* стр. 634-635.

[10] Тако је у једном случају Врх. Суд САД укинуо пресуду јер нису били поднети докази да се жалилац свесно и разумно одрекао својих права (v. Zupančič, *op. cit.* стр. 635).

[11] К. Шугман, *Dokazne prepovedi v kazenskem postopku*, Љубљана 2000, стр. 167.

[12] О тој тесној вези између права на ћутање и презумпције невиности Европски суд за људска права говори у случају *Saunders v. Уједињено краљевство,* Eur. Court H.R., 17. 12. 1996, Reports 1996-IB, тач. 68.

[13] У неким случајевима је Европски суд за људска права ипак допуштао преношење доказивања на окривљеног; нпр. u случају *John Murray v. Уједињено краљевство,* Eur. Court H.R., 8.2.1996, Reports 1996-I. у коме је полиција извршила хапшење на основу Закона о спречавању тероризма и при томе дала поуку према Уредби о доказима у кривичном поступку за Северну Ирску из 1988. *(Criminal Evidence Northern Ireland Order 1988).* У чл. 6. те Уредбе је било предвиђено да уколико окривљени не да образложење о тврдњама тужиоца може суд његово ћутање узети као потврду тужиочевих навода, дакле, коришћење права на ћутање има негативне последице. Европски суд је закључио да право на ћутање није апсолутно право (v. B. Zupančič, стр. 606-611).

[14] K. Šugman, *op. cit.* стр. 165-173.

3. Право окривљеног да му се суди у његовом присуству

Окривљени по правилу има право да присуствује процесним радњама у кривичном поступку, нарочито у фази суђења, јер поступак може бити поштен само ако је он о свему што се дешава у поступку обавештен[15]. То право посредно произилази из става 1. и става 3. тач. б) и д) члана 6. Европске конвенције о људским правима[16], у вези са правом на јавно суђење и правом на одбрану,[17] која подразумевају и право окривљеног да саслуша сведоке оптужбе и да захтева присуство и саслушање сведока одбране, а непосредно оно произлази из казуистике Европског суда за људска права, који по правилу захтева да окривљени буде присутан суђењу пред судом првог степена.[18] Окривљени има посебно право да буде лично позван и да му позив буде лично достављен. Према одредбама ЗКП лична достава је предвиђена за позивање окривљеног на прво саслушање у претходном поступку (члан 162) и за његово позивање на главни претрес (члан 285). Окривљеном који нема браниоца мора бити лично уручен оптужни акт, пресуда и све одлуке код којих од уручења тече рок за изјављивање жалбе, као и жалба супротне стране која се доставља на одговор. Истовремено Законик предвиђа и једну врсту фиктивног достављања, па се у одређеним случајевима рачуна да је извршено ваљано достављање протеком одређеног времена од прибијања позива на огласну таблу суда. Позив за главни претрес мора бити окривљеном достављен тако да му остане

---

[15] P. Kobe, *Prvica do sojenja v nazočnosti kot temeljna pravica človeka,* Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 3-4/1978, стр. 395. и сл.

[16] *T. v. Италија,* Eur. Court H.R., 12.10.1992, Series A no. 245-c, тач. 26. „Иако то није изричито напоменуто u ставу 1. члана 6. интенција је те одредбе у целини да окривљеног усмери на учешће u суђењу". В. и *Brozicek v. Italuja,* Eur. Court H.R., 19.12.1989, Series A no. 167, тач. 45. и *Colozza v. Италија,* Eur. Court H.R., 12.2.1985, Series A no. 89, тач. 27.

[17] Суд је приметио да је подносилац представке, који није био на првом рочишту, сопственом вољом напустио Италију и преселио се у Тунис и слободном вољом одлучио да се не појављује у судници. Његову одбрану су стога спроводили његови правни заступници и то заступање не изгледа да је било мањкаво и неделотворно (v. *Craxi v. Италија,* Правни билтен: Људска права у Европи, 37/2003, стр. 7-10.

[18] *Belziuk v. Пољска,* Eur. Court H.R., 25.3.1998, Reports 1998-II, тач. 37. „По општим начелима на којима се заснива поштено суђење окривљени има право да присуствује првостепеном поступку. Лично присуство окривљеног није међутим неопходно у поступку пред судом правног лека. Мада и суд правног лека има пуну јурисдикцију за суђење случаја како у погледу чињеничних тако и погледу правних питања, члан 6. Конвенције не проширује право на јавно суђење и на присуство окривљеног и на то суђење."

довољно времена за припремање одбране. Окривљени има право да разгледа и преписује податке из списа и да разгледа доказне предмете. Законик одређује истражне процесне радње којима окривљени може присуствовати, а његово присуство радњама главног претреса је неограничено. Изузетно, окривљеном се може судити и у његовом одсуству ако је недостижан органима кривичног гоњења и ако суд оцени да је такво суђење нужно. У том случају одбрана је обавезна. Оштрица ове одредбе је ублажена додељивањем права осуђеном да накнадно, у року од шест месеци од кад је постао доступан, захтева да му се суди у присуству. На тај начин он долази у прилику да отклони шету коју би трпео услед суђења коме није био присутан.

Према члану 304. став 2. оптуженом се може да суди у одсуству само ако је у бекству или је из неког другог разлога недостижан државним органима, а постоје посебно важни разлози да му се суди иако је одсутан. Ако је оптужени у поступку спроведеном у његовом одсуству *осуђен,* има право да под условима одређеним у члану 413. тражи понављање кривичног поступка. Ти су услови следећи: а) да је наступила могућност да се суди у присуству осуђеног, б) да понављање поступка захтева осуђени или његов бранилац и в) да је захтев постављен у року од шест месеци од дана кад је наступила могућност да се суди у присуству осуђеног.

Под овим условима поступак се може поновити и без икаквих нових чињеница и доказа, односно ван услова за право понављање кривичног поступка предвиђених у члану 407. Осуђени може да тражи понављање поступка и по протеку шестомесечног рока из тачке в), али тада само под условима за право понављање поступка, тј. ако располаже са новим чињеничним или доказним материјалом. Исто тако, јавни тужилац може да тражи понављање поступка у корист оптуженог коме је суђено у одсуству, али само под условима за право понављање кривичног поступка. Осим по захтеву осуђеног и његовог браниоца, до новог суђења може да дође и по захтеву стране државе, ако је издавање осуђеног условила по-нављањем поступка спроведеног у његовом одсуству (члан 413. став 2).

Осуђени подноси захтев у року од шест месеци од наступања фактичке могућности да му се суди у присуству, тако да га може поднети и пре но што пресуда постане правноснажна. Понављање се не може добити ако је суђење у одсуству оптуженог завршено пресудом која није осуђујућа (ослобађајућа или пресуда којом се оптужба одбија) или решењем. Довољно је да је оптужени оглашен кривим, јер се по члану 221. тачка 4. осуђеним сматра свако лице за које је правноснажном пресудом или правноснажним решењем о кажњавању утврђено да је кривично одговорно за одређено кривично дело. Поступак се не понавља по службеној дужности, већ само по захтеву осуђеног или његовог браниоца.

Кад понављање дозволи, суд ће решењем одредити да се оптуженом достави оптужница, ако му раније није била достављена или да се ствар врати у истрагу, која може бити отворена и ако је у ранијем поступку није било (члан 413. став 3). Циљ је овог понављања да осудна пресуда изречена у одсуству оптуженог буде донета у редовном поступку кад то постане могуће и кад то оптужени захтева. Нови поступак тече као и сваки првостепени поступак. За спровођење тога поступка надлежан је суд који је у ранијем поступку судио у првом степену. По природи ствари, у томе поступку важи забрана преиначења на горе, тако да се он не може да заврши одлуком која је за осуђеног неповољнија од раније пресуде.

4. Право на суђење у разумном року

Ово право је установљено Међународним пактом о грађанским и политичким првима (члан 14. став 3. тач. в) и Европском конвенцијом о људским правима (члан 6. став 1). ПЉП говори о праву свакога да *без одлагања* добије одлуку независног, непристрасног и законом установљеног суда о његовим правима, обавезама и оптужбама против њега. Због тога, једно од мерила ефикасности првосуђа је и време трајања односно време непотребног развлачења кривичног поступка. Питању суђења у разумном року је посвећен значајан део јудикатуре Европског суда за људска права. Тај суд то питање не оцењује апстрактно, већ увек зависно од околности датог случаја.[19] При томе је Суд издвојио два битна питања и посветио им посебну пажњу: прво, који моменат узети за почетак[20], а који

[19] Тако нпр. u случају *Koni v. Немачка,* Eur. Court H.R., 10.3.1980, Series A no. 27, тач. 99. У одлуци Суда је наведено: „Разумност трајања поступка у складу са ставом 1. члана 6. Конвенције просуђује се у сваком случају посебно, имајући у виду конкретне околности. Између осталог, суд је имао у виду сложеност поступка, понашање жалиоца и поступке управних и судских власти. В. и случајеве *Buchholz v. Nemačka,* Eur. Court H.R., 13.7.1981, Series A no. 66, тач. 24; *Pretto v. Italuja,* Eur. Court H.R., 18.12.1983, Series A no. 71, тач. 31. и *Majarič v. Словенија,* Eur. Court H.R., 28.2.2000, Series A no. 28400/95, тач. 39.

[20] У кривичним стварима релевантни рок почиње да тече са даном у којем је односно лице окривљено (v. *Foti v. Италија,* Eur. Court H.R., 10.12.1982, Series A no. 56. Европски суд за људска права узима тај појам тако да у њега укључује и време пре почетка формалног кривичног поступка (тзв. преткривични поступак који претходи доношењу одлуке о спровођењу истраге), уколико радње органа гоњења у том поступку имају иста дејства као да је то лице било стварно окривљено. Види, *Golder v. Уједињено краљевство,* Eur. Court H.R., 21.2.1975, Series A no. 18, тач. 32. У одлуци стоји: „У кривичним стварима може да почне тећи разумни рок и пре него што је ствар стигла пред расправни суд односно трибунал који је надлежан за одлучивање о тужби. Тако, тај рок може да почне од дана кад је осумњичени задржан ради саслушања (случај *Wemhoff v. Немачка,* Eur. Court H.R., 27. 6.

за крај[21] тога рока, и друго, према којим критеријума оцењивати да ли је тај рок разуман. Као битна мерила за оцену су узети нарочито:

(а) сложеност случаја, при чему се има у виду посебно интерес жалиоца који је био доведен у питање;[22]

(б) понашање странака, како оптужног тако и овлашћеног тужиоца (на пример, често мењање браниоца,[23] нестанак (бекство или скривање) оптуженог,[24] изостанак са суђења[25]), при чему суд никад не урачунава у кривицу окривљеном што је користио све дозвољене и расположиве начине и средства одбра-не;[26]

(ц) понашање надлежних власти (нпр. дуже трајање поступка као последица „шетања" случаја између различитих судова,[27] неажурност судова,[28], проблеми транзиције[29] и тд.).

1968, Series A no. 7, тач. 19), или од кад га је стварно саслушао истражни судија (*Philis v. Грчка,* Eur. Court H.R., 27.6.1997, Reports 1997-IV, тач. 36), или кад је био ухапшен (у случају *Mesina v. Италија,* Eur. Court H.R., 19.2.1991, Series A no. 195-D, тач. 15). У случају *Letellier v. Француска* (Eur. Court H.R., 26.6.1991, Series A no. 207, тач. 35) Европски суд за људска права је пресудио у погледу разумног трајања притвора (в. Z. Dežman и A. Erbežnik, *op. cit.* стр. 354).

[21] Европски суд за људска права је на становишту да се суђење завршава правноснажношћу одлуке, без обзира на ранг суда (који је одлуку донео) који заузима u правосудној пирамиди. При томе, није неопходно да је та одлука мериторна (осуђујућа или ослобађајућа пресуда), већ може бити и формална судска одлука (пресуда којом се оптужба одбија или решење о обустави поступка) – в. случајеве *Angelucci v. Италија,* Eur. Court H.R., 19.2.1991, Series A no. 196-C, тач. 13. и *Hokkanen v. Финска,* Eur. Court H.R., 23.9.1994, Series A no. 299-A, тач. 71.

[22] Тако, Европски суд за људска права захтева посебну пажљивост у поштовању разумног рока када се окривљени налази у притвору. В. *Abdoella v. Холандија,* Eur. Court H.R., 25. 11.1992, Series A no. 248-A, тач. 24, *Tomasi v. Француска,* Eur. Court H.R., 27. 8. 1992, Series A no. 241-A, тач. 84. и *Clooth v. Белгија,* Eur. Court H.R., 12.12.1991, Series A no. 225, тач. 36.

[23] *Lechner i Hess v. Аустрија,* Eur. Court H.R., 23.4.1987, Series A no. 118, тач. 45.

[24] *Girolami v. Италија,* Eur. Court H.R., 19.2.1991, Series A no. 196-E, тач. 15. „Жалиочево бекство је несумњиво успорило напредак кривичног поступка. Упркос томе, суд не може прихватити као „разумно" остатак времена од осам година..."

[25] *Kemmache v. Француска,* Eur. Court H.R., 27.11.1991, Series A no. 218, тач. 63-64.

[26] *Yagci i Sargin v. Турска,* Eur. Court H.R., 8.6.1995, Series A no. 319-A, тач. 66. „Суд понавља, да члан 6. Конвенције не захтева од окривљеног да активно сарађује са органима гоњења. Жалиоцу се не може ставити у кривицу што је искористио све могућности одбране које нуди домаће право. Иако су велики број бранилаца на главном претресу и заштитних мера које су они користили у одређеној мери успорили поступак, то нису чиниоци који би сами за себе могли оправдати дуго трајање поступка".

[27] *Zana v. Турска,* Eur. Court H.R., 25.11.1997, Reports 1997-VII, тач. 74-75. Захтев разумног рока важи и за уставни суд, што је суд нагласио u случајевима *Sussmann v. Немачка* Eur. Court H.R., 16.9.1996, Reports 1996-IV, тач. 37. и *Trickovič v. Словенија,* Eur. Court H.R., 12.6.2001, Series A no. 39914/98, тач. 34-70.

[28] *Zimmermann u Steiner v. Швајцарска,* Eur. Court H.R., 13.7.1983, Series A no. 66, тач. 28; *B. v. Аустрија,* Eur. Court H.R., 28.3.1990, Series A no. 175, тач. 54. и *Martins Moreira v. Португалија,* Eur. Court H.R., 26.10.1988, Series A no. 143, тач. 53.

За одлучивање о приговорима те врсте Суд је развио доктрину која повезује еластичност и крутост, разумевање и пажљивост. Према тој доктрини држава не одговара за краткорочне заостатке, ако је предузела хитне и ефикасне кораке да настале околности отклони[30].

Мерила којих се придржава суд у решавању овог питања нису таксативно одређена и суд увек задржава право да уважи и друга релевантна мерила, на пример признање грешке од стране државе,[31] број судских инстанци које су се бавиле случајем,[32] балансирање између различитих захтева поштеног суђења[33] и томе слично. Та различита мерила могу доћи у међусобни сукоб и упућивати на различите закључке. Разлози за кашњења која се могу толерисати морају бити „довољно озбиљни" *(sufficiently serious)*[34], а могуће је да се до тога закључка дође тек кумулацијом више разлога од којих ниједан појединачно узет не би био довољан, али и обрнуто, да кумулација појединачно допустивих закашњења доведе до закључка да је прекршен разуман рок.[35] На крају, треба упозорити да кршење разумног рока не представља само претерано дуг поступак, већ и претерано кратак поступак, јер је ово питање тесно повезано са претпоставком невиности и са правом окривљеног на одбрану.[36]

---

[29] *Majarič v. Словенија* (види напомену бр. 17): „С обзиром да се влада позвала на преоптерећеност домаћих судова као последицу економских и законодавних промена u Словенији, треба напоменути да став 1. члана 6. Конвенције налаже државама уговорницама дужност да организују своје судство тако да судови могу удовољити захтевима Конвенције. Суд није примио никакве информације које би указивале да су у Словенији у то доба тешкоће биле такве да су захтевале укидање права на суђење у разумном року".

[30] *Buchholz v. Немачка,* Eur. Court H.R., 6.5.1981, Series A no. 42, тач. 51: „Суд подвлачи да Конвенција налаже државама потписницама дужност да организују свој правни систем тако да суд буде способан да удовољи захтевима става 1. члана 6. Конвенције, укључујући и суђење у разумном року. Упркос томе, привремени заостаци не проузрокују одговорност државе потписнице, ако је разумно и брзо предузела кораке за отклањање таквих изузетних околности".

[31] *Darnell v. Уједињено краљевство,* Eur. Court H.R., 2.10.1993, Series A no. 272, тач. 20.

[32] *Manzoni v. Италија,* Eur. Court H.R., 19.2.1991, Series A no. 195-B, тач. 10.

[33] *Boddaert v. Белгија,* Eur. Court H.R., 12.10.1992, Series A no. 235-D, тач. 39: „Члан 6. захтева да судски поступци буду брзи, а истовремено установљава општије начело које налаже правилно и законито отправљање судства. У наведеном примеру понашање власти је било у складу са захтевима оба интереса".

[34] *Pretto и др. v. Италија,* Eur. Court H.R., 8.12.1983, Series A no. 71, тач. 37: „Мада су се сва та закашњења могла отклонити, она ипак нису довољно озбиљна за одлуку да је укупна дужина поступка била претерана".

[35] *Ruotolo v. Италија,* Eur. Court H.R., 27.2.1992, Series A no. 230-D, тач. 17: „Гледано одвојено, оцењивана закашњења могу изгледати уобичајена. Али, ако се узму у обзир сви заостаци за које је одговоран надлежни суд укупни заостатак износи више од дванаест година".

[36] Европски суд за људска права на ту везу између три елемента поштеног суђења (претпоставке невиности, права на одбрану и права на суђење у разумном року) указао је у случају *Babera и др. v. Шпанија,* Eur. Court H.R., 6.12.1988, Series A no. 146, тач. 73-89.

Одредба става 1. члана 6. Конвенције о суђењу у разумном року је *lex generalis* у односу на одредбе става 3. и 4. члана 5. Конвенције, које као *lex specialis* посебно утврђују права лица лишеног слободе, да му се суди у разумном року или да се пусти на слободу, као и да ће суд хитно одлучити о законитости његовог лишења слободе *(habeas corpus).* Последица тога је да може доћи до кршења разумног рока у вези са притвором (члан 5. став 3. и 4. Конвенције), а да нема кршења права на суђење у разумном року (члан 6. став 1).[37]

За већину данашњих европских судова је карактеристична значајна преоптерећеност бројем предмета који чекају на суђење. Зато је дужност сваке демократске правне државе да предузме све могуће мере како би заштитила права својих грађана. То подразумева избор нових судија, модернизацију судског пословања, установљавање нових судова, поједностављење поступака у мање сложеним предметима, специјализацију судова, амнестију старих и мање друштвено опасних предмета, односно декриминализацију и депенализацију тзв. кривичних дела без жртве.[38] При свему томе, ефикасност кривичног поступка увек мора бити потчињена каутелема поштеног суђења, јер сваки поштен поступак је истовремено и ефикасан поступак, док сваки ефикасан поступак не мора бити и поштен поступак.

[37] *Sogmuller v. Аустрија,* Eur. Court H.R., 11.10.1969, Series A no. 9, тач. 5: „Са друге стране, нема колизије између одредаба члана 5. став 3. и члана 6. stav 1. Последња одредба вреди за све странке у судском поступку и циљ јој је да их заштити од претераних процесних закашњења. У кривичним предметима њен је задатак да спречи да окривљени предуго остане у неизвесности у погледу своје будућности. Одредба става 3. члана 5. се пак односи само на окривљене који су у притвору. У тим случајевима потребно је захтевати посебну пажњу. У складу са тим, треба разликовати разумни рок из те одредбе од разумног рока из члана 6. Конвенције." Види и случај *Metznetter v. Аустрија,* Eur. Court H.R., 11. 10. 1969, Series A no. 10, тач. 12: „Треба посебно испитати, да ли су се аустријске власти понашале са посебном бригом коју Конвенција захтева u случају притвореног лица. Нека задоцњења могу да представљају кршење става 3. члана 5, а да остану у складу са чланом 6. став 1. Конвенције.

[38] О аболиционистичким перспективама у криминологији види З. Кандуч, Криминологија, Љубљана 1999, стр. 261-286.

Prof. dr Momčilo Grubač, retired Professor
Novi Sad Faculty of Law

La Position Juridique D'accuse Dans le Processus Penal a La Lumiere de Decisions de Tribunal Europeen de Droit D'homme

Résumé

Dernièrement en Serbie également, on parle de droit de jugement équitable, et plus encore après ratification de la Convention Européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés élémentaires (l'année 2003.).

Cette étude a pour but de contribuer à la compréhension de cette notion. L'auteur cherche à expliquer certains éléments les plus importants de ce concept par l'analyse des positions déjà prises par le Tribunal Européen des droits de l'homme.

Selon la Convention, la notion de jugement équitable est constituée de deux groupes de principes, dont une ce rapporte à tous les processus menés devant les Tribunaux et autres organismes d'Etat, non seulement au processus pénal, mais aussi aux processus administratifs et civils. Le deuxième groupe de principes se rapporte uniquement au processus pénal. Certains sont des principes d'organisation et les autres de processus.

Le processus équitable implique:

a) que la polémique publique doit être tenue dans un délai raisonnable, devant un Tribunal indépendant et objectif, selon la loi. Le public peut être exclu d'une partie ou de l'audience complète, quand cela est recommandé moralement, dans l'intérêt de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, ou quand c'est exigé par l'intérêt d'un mineur ou par la protection de la vie privée de la partie, ou quand c'est nécessaire selon l'opinion du Tribunal pour protéger l'intérêt de l'audience.

b) la présomption d'innocence;

v) dans le processus pénal l' accusé doit avoir au minimum les droits suivants: - d'être dans les plus courts délais informé en détails, dans une langue qu'il comprend, sur la nature et les raisons de l'accusation; - de se défendre personnellement ou par un avocat de son choix, ou si il n'a pas suffisamment de moyen pour avoir un avocat, par un avocat gratuitement quand l'intérêt de la

justice le demande; - d'interroger les témoins de la partie adverse ou d'obtenir leur interrogatoire, d'assurer la présence et l'interrogatoire des témoins en sa faveur dans les mêmes conditions que pour les témoins de la partie adverse; - d'avoir l'aide gratuite d'un traducteur si il ne comprend pas ou ne parle pas la langue utilisée par le Tribunal.

L'autour estime que entrent dans la notion de jugement équitable d'autres droits garantis par la Convention, même si ils ne sont pas nommés dans les dispositions / clauses qui se rapportent au jugement équitable, mais qui sont présentés ailleurs (par ex. pénalisation uniquement sur la base de la loi – article 7 de la Convention et droits du Protocole no 7 : le droit à l'appel, le droit au dédommagement à cause de condamnation erronée et le droit de ne pas être jugé et condamné deux fois dans la même affaire).

De même, dans ce droit il faut compter tous les autre droits de défense qui ne sont pas nommés séparément dans la Convention, mais qui doivent pouvoir réaliser des droits qui sont nommés dans la Convention, par ex. le droit à la polémique publique inclus le droit de la partie adverse d'être présente aux activités pendant le processus et d'être interrogée avant le verdict (*audiatur et altera pars)*, le droit de la partie adverse d'entreprendre toutes les activités que son adversaire peut entreprendre («égalité des armes»), le devoir du tribunal d'expliquer sa décision etc.

Dans cette étude l'auteur a analysé et présenté les résultats de l'analyse des décisions juridique du Tribunal Européen des droits de l'homme dans les affaires pénales selon les points particulier de notion de jugement équitable. L'étude est publiée dans le cadre du projet « Le droit Serbe et Européen » et elle devrait être continuée par l'analyse de la pratique juridique du Tribunal Européen des droits de l'homme (l'interdiction de jugement répétitif dans la même affaire, le droit d'accès au tribunal etc.) dans les deux ans à venir.

Après l'introduction et l'exposé général concernant les droits de l'accusé dans le processus pénal, exposé d'après la législation du pays et la Convention Européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés élémentaires, l'auteur a particulièrement analysé les décisions de ce tribunal concernant trois droits de l'accusé: de refuser la déposition, d'être jugé en sa présence et d'être jugé dans un délai raisonnable.

343.2(497.11)

Др Станко Пихлер, редовни професор
Правни факултет у Новом Саду

НОВЕЛЕ ОПШТИХ УСТАНОВА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ

(Поводом Кривичног законика РС од 29. септембра 2005. г.)

Сажетак: *Народна скупштина Републике Србије донела је 29. септембра 2005. године Кривични законик, који ће ступити на снагу 1. јануара 2006. године. Мотиви за доношење новог кривичног закона су следећи: стандардизација правних решења сагласно савременом европском кривичном праву, адекватно реаговање на нове облике криминалитета, синхронизација важећих норми домаћег кривичног права. У односу на досадашње законодавство Законик уводи низ новина, које или замењују или реформишу досадашња решења. Посебна пажња се обраћа на опште установе (институте) кривичног права, које се односе на општи појам кривичног дела и његове правне реперкусије, продужено кривично дело, правну заблуду, рехабилитацију, саизвршилаштво, систем кривичних санкција. Законик настоји да опште правне установе уреди на савремен начин, а у погледу кривичних санкција посебна пажња је посвећена тзв. алтернативним санкцијама. Законик је у доброј мери решио проблем тз. црних тачака у овдашњем кривичном праву. Сада је потребно да оно буде коректно примењено, што неће бити могуће без срећивања стања у правосуђу.*

Кључне речи: *законик, опште установе, кривично дело, систем санкција.*

1. Доношење новог кривичног законика значајан је догађај не само за правни систем у којем ће закон бити примењиван, већ и за друштво чије односе одређени правни систем уређује. Нови кривични закон у правилу мање или више задире у вредносни систем друштва – он га не само прати већ делимично и одређује, тим више уколико су амбиције законодавца веће у смислу задатка које поставља пред закон.

Поред нове садржине закона, увек се поставља и питање побуда, мотива из којих је тако значајан закон какав је кривични донет, као и питање да ли његова (нова) садржина одговара тим мотивима. Такође се поставља и питање тренутка његовог доношења. Моменат доношења новог кривичног законика је посебно важан, јер се кривични закон теже и ређе мења, него остало законодавство, а посебно тешко и ретко доноси нов у форми кодификације, пошто прилике у време његовог доношења могу битније одредити перцепције законодавца о потреби оваквих или онаквих решења која се у правни систем трајније уносе. Време доношења таквог закона какав је кривични законик, који треба да важи и да се примењује на подручју наглашено сложене политичке заједнице каква је Србија и у времену које подразумева мултипликоване процесе транзиције, је утолико важније, а у понечем и неповољно из низа разлога. За доношење трајнијег кривичног законика погодни су услови релативно високог степена лојалности грађана према политичком устројству у којем живе и релативно стабилних социјалних и политичких односа, легитимисаног политичког система и јасних и доследних (односно искрених) опредељења носилаца политичке власти. Другим речима, потребно је да политичка заједница поседује уверљиву самоидентификацију.

Време у којем се радило на овом законику је, ипак, време нереда и деинституционализације друштва, несамоидентификоване политичке заједнице, време у којем је друштво стално на ивици неких облика ванредног стања са снажним параинституционалним процесима. Зато је било посебно важно да се творац овог закона уздржава од могућих тренутачних инспирација и исхитрености условљених приликама, што разуме се није било лако. Међутим, ипак је несумњиво да је нови кривични законик морао бити донет, поред осталог и због другачијег уређења политичке заједнице у којој је Србија. На онима који га буду примењивали, а то су правосудни органи у најширем смислу, обавеза је да буду опрезни и разборити, пре свега због чињеница да, у целини посматрана, решења која Законик прихвата углавном су на линији појачавања репресије, као резултат прилика у којима смо. Такву оцену не могу помутити неке нове установе којима се настоји да се обузда репресивни смер актуелне криминалне политике и репресивна свест људи који живе у овом времену и на овом простору. Због

свега овог, улога правосудних органа је утолико значајнија и одговорнија. Сада се особито треба присећати речи једног познатог кривичара: нема тако доброг кривичног закона којег рђаво правосуђе не може учинити лошим, нити тако неквалитетног којег добро правосуђе не може учинити подношљивим. Због тога ће и овог пута стање и спремност нашег правосуђа бити најодлучнији чинилац у будућој улози новог кривичног законика као једног од средстава актуелне криминалне политике.

2. Кривични законик донела је Народна скупштина Републике Србије 29. септембра 2005. године, а објављен је 6. октобра 2005. године (Службени гласник РС, бр. 85/2005.). Законик ступа на снагу 1. јануара 2006. године, када ће ступити на снагу и њему компатибилни Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (Службени гласник РС, бр. 85/2005.) и Закон о извршењу кривичних санкција (Службени гласник РС, бр. 85/2005.).

Ово је друга кодификација (законик) кривичног права Србије (права је из 1860. г.), данас под сасвим другим околностима и са Војводином у свом саставу (Кривични законик из 1860. године није важио на простору Војводине у данашњем значењу тог појма, осим неких одредаба које су, иначе, важиле од 1918. године до 1930. године на простору читаве тадашње Југославије).

Рок вакације Законика је релативно кратак с обзиром на његов обим, сложеност и низ нових решења која су њиме прихваћена. Посао око израде и доношења Законика био је олакшан тиме што је Република Црна Гора крајем 2003. године донела свој Кривични законик (Службени лист РЦГ, бр. 69 /2003.), па су многа решења из тог законика преузета у раду на пројекту Кривичног законика Републике Србије. То је било утолико лакше због тога што су мотиви за доношење оба законика и прилике у којима су донети били исти или слични.

3. И у образложењу предлога Кривичног законика Републике Србије и у расправама пре и током његовог доношења наглашавана су углавном три-четири најбитнија **мотива** из којих Законик треба донети: потреба усаглашавана домаћег кривичног права са одредбама важећих међународних аката и европским правним стандардима, неопходност ефикаснијег сузбијања најтежих облика криминалитета, потреба адекватнијег реаговања на опште стање криминалитета, обуздавање пролиферације тзв. споредног кривичног законодавства и синхронизација читавог кривичноправног система Србије на начин примерен општим приликама и статусу Србије у Државној заједници СЦГ.

4. **Структура** Законика је израз одговарајуће концепције о општим и посебним установама кривичног права и њиховом значењу у читавом сис-

тему. Структура општег дела је, пре свега, подређена новој концепцији општег појма кривичног дела, а структура посебног дела концепту тзв. либералног приступа у кривичноправној заштити социјалних вредности (у први план се ставља заштита личних, индивидуалних добара, а у други општих). Мада формалноправно ова структура (пре свега посебног дела) нема утицаја на правну снагу законских одредаба, она ипак сугерише неки концепт криминалне политике на којем се Законик заснива. Разуме се да се тај концепт мора пропитивати тек анализом садржаја самих законских одредаба.

5. **Предмет** Законика није експлицитно одређен посебном нормом. Из одредбе чл. 4. ст. 3. произилази да се посебним законом уређују васпитне мере и друге кривичне санкције према малолетницима. То је и учињено поменутим Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Тај, посебни закон је мешовит, јер се његове одредбе не односе само на материјално већ и на процесно, организационо и извршно кривично право које важи за малолетнике, а неке његове одредбе и за децу (лица до четрнаест година живота). То значи да Кривични законик није кодификација у строгом смислу речи, пошто је проблематика малолетничког кривичног права ван њега, односно његове одредбе се примењују тек супсидијарно. Тиме је прихваћено становиште, познато у знатном броју законодавства, по коме проблематику малолетника у кривичном праву треба уређивати посебним законом. Ово решење има својих предности, али и неке недостатке.

6. **Задаци** кривичног законодавства у Законику нису експлицитно одређени, за разлику од досадашњег нашег кривичног законодавства које је садржавало одредбу ове врсте. Та одредба је раније била идеологизирана, а касније је идеологизација ублажена. Одредба о задацима кривичног законодавства има два значаја: за изградњу и за примену кривичног права. Она је, дакле, и начелна и прагматична. Није уобичајена у кривичним законима. Могло би се, ипак, тврдити за Законик имплицира те задатке кроз садржину одредбе у чл. 3., која се односи на основ и границе кривичноправне принуде, у којој се идентификују општи заштитни објекти кривичног законодавства, а тиме и његови задаци: заштита човека и других основних вредности. Те друге основне вредности су очигледно општег значаја – пре свега заједница у којој човек живи и остварује своја основна права, тј. има одговарајући правни и социјални статус одређен уставом, а заштићен законом.

7. **Основне одредбе** Законика (чл. 1. – чл. 4.) су посвећене **неким начелима** кривичног законодавства: начелу законитости, начелу ограничене кривичноправне принуде и начелу субјективне одговорности (одго-

ворности на основу кривице). Овим одредбама се одређује и систем кривичних санкција, њихова општа сврха и искључује могућност њихове примене према детету (лицу до четрнаест година живота).

Начело легалитета је могло бити једноставније регулисано. Но, прихваћена формулација свакако обухвата пет правних садржаја које ово начело подразумева: *nullum crimen sine lege scripta, nullum crimen sine lege stricta, nullum crimen sine lege praevia, nullum crimen sine lege certa i nulla poena sine lege.*

Нова је одредба којом се уводи **принцип кривице** (чл. 2): „Казне и мере упозорења могу се изрећи само учиниоцу који је крив за учињено кривично дело". Оваква одредба је, са становишта општег концепта кривичног дела који је прихваћен у Законику, с једне стране сувишна, а с друге противречна. Сувишна је због тога што је у Законику прихваћен објективно-субјективни појам кривичног дела (тј. општи појам кривичног дела обухвата и кривицу), па је логично да је већ одредбом о начелу легалитета прихваћен и принцип кривице. Нелогична је, јер исказ „крив за учињено кривично дело" по себи подразумева и могућност кривичног дела без кривице, што са становишта прихваћеног општег појма кривичног дела није могуће. Оваква одредба је највероватније покушај да се легитимира и легализује могућност примене неких кривичних санкција према лицима која без кривице учине дело које је законом одређено као кривично дело.

8. Одредбе о **важењу**, односно **примени** (ни овог пута кривични закон не дистанцира појмове „важење" и „примена" !) кривичног законодавства су логичније постављене у систем општег дела кривичног закона. Сасвим је природно да оне треба да долазе након основних одредаба. Овде је битна новина која се односи на уређивање временског важења тзв. темопралних закона (чл. 5. ст. 3). Она има криминалнополитички смисао, јер искључује могућност ретроактивне примене блажег кривичног закона уколико је кривично дело учињено у време важења закона са одређеним временским трајањем. То су углавном они закони који се евентуално доносе поводом ванредних прилика (стања) и по природи ствари су строжи од „редовног" кривичног законодавства. Уколико би и у односу на њих важило правило о ретроактивној примени блажег закона, тада (због трајања кривичног поступка и сл.) они углавном никад не би били примењени што би правно било нелогично, а криминалнополитички неоправдано. Разуме се, да би овакво решење било дубиозно са становишта уставности уколико би устав гарантовао принцип ретроактивне примене блажег кривичног закона. Додуше, Законик оставља могућност да се самим законом са одређеним временским трајањем може и другачије уредити ово питање,

што значи да је (тим законом) могуће успоставити ретроактивно дејство блажег закона.

9. Свакако да је најбитнија концепцијска новина коју доноси Законик другачији **општи појам кривичног дела** (чл. 14.). Ова новина се, по логици ствари, рефлектује на садржину и правно дејство низа других општих установа кривичног права (неурачунљивост, умишљај, нехат, стварну и правну заблуду, неке кривичне санкције). Чл. 14. ст. 1. Законика гласи: „Кривично дело је оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено". Одредба ст. 2. истог члана је потпуно сувишна, јер се подразумева на основу *argumentum a contrario*. Наиме, њоме се тврди да нема кривичног дела „уколико је искључена противправност или кривица, иако постоје сва обележја кривичног дела одређена законом".

У нашој, поготово новијој теорији, начелно је прихваћено објективно-субјективно схватање општег појма кривичног дела, а закон је прихватао објективно-формално-материјалну дефиницију. Теорија је, дакле, прихватала да у општи појам кривичног дела треба унети субјективни елемент – виност (кривицу), а по неким појам воље (вољност радње). Међутим, наша судска пракса углавном је прихватала једну снажну традицију објективног схватања кривичног дела, која је налазила своје упориште у самом закону (иако закон није био у свему доследан).

Није случајно што је ново схватање општег појма кривичног дела одмах наишло на известан отпор и критику, јер оно подразумева другачији начин мишљења од досадашњег и другачији приступ многим општим установама кривичног права. Поред осталог, овакав став подразумева да субјект кривичног дела може бити само кривац, да кривична санкција (будући да мора подразумевати постојање кривичног дела) мора увек бити заснована и на кривици, па је у том контексту и одредба чл. 2. Законика проблематична јер ограничава могућност примене санкције на основу кривице само на казну и меру упозорења, што би, како је речено, подразумевало да се неке (друге) санкције могу применити и без постојања кривичног дела, а то није у духу концепције да се кривично право заснива на делу (као кривичном делу). Установе које су до сада биле основ искључења кривичне одговорности, постају установе са знатно јачим правним дејством – искључујући кривицу оне, због нове дефиниције кривичног дела, искључују кривично дело. Проблем нарочито настаје у вези питања легитимности и легалности кривичних санкција које се примењују према оном учиниоцу дела које је законом одређено као кривично дело, а он није крив (неке мере безбедности). Зато се, дакле поводом таквих санкција, може поставити питање, да ли их треба искључити из кривичног права и препустити их другој правној материји и другачијој правној политици.

У погледу кривичних дела нечињењем, није безначајна новина у уређивању тзв. неправних кривичних дела нечињењем (чл. 15. ст. 2), којом се појашњава и условљава овај појам, а уједно и начелно ограничава (обуздава) криминална зона у простору кривичних дела нечињењем. Законик прописује да кривично дело које је законом одређено као чињење може бити учињено и нечињењем **само** „ако је учинилац дужног чињења остварио обележја тог кривичног дела". Овде се отвара, понекад сложен проблем утврђивања те дужности, односно утврђивања ситуација тзв. гарантног односа без ког оваквог дела не би могло бити.

10. Ново схватање општег појма кривичног дела утицао је да се прошири круг законских основа **искључења постојања кривичног дела**. То су сви основи који искључују или противправност дела или кривицу, па су тако општи основи искључења кривичног дела, поред осталог, и неурачунљивост, стварна и правна заблуда. Да би се доказало постојање кривичног дела мора се, стога, доказати и постојање умишљаја односно нехата под претпоставком да је и нехатно дело кажњиво. Правној заблуди се даје исто правно дејство као и стварној, под условима одређеним Законом; сила и претња се непосредно уређују, а установа незнатне друштвене опасности „замењује" делом малог значаја. Појмови нужне одбране и крајње нужде се мењају утолио што се прецизира да се одбијање напада код нужне одбране односно отклањање нескривљење опасности код крајње нужде може вршити „од свог добра или добра другог". Ово појашњење одредаба о нужној одбрани и крајњој нужди није безначајно, пошто је у делу судске праксе било прихватано једно уско схватање ових установа, у том смислу да се путем њих штите само тзв. лична добра у уском значењу тог појма. Сада је недвојбено да се ове установе односе на сва правна добра која су под режимом кривичноправне заштите.

Одредбе о **сили и претњи** су нове. У нашем досадашњем кривичном законодавству није их било, осим неких интерпретативних одредаба а и у бићима неких кривичних дела сретао се елеменат силе и претње. У теорији и пракси питање правног значења тзв. апсолутне силе углавном је решаван на начин како је то сада уређено одредбом чл. 21. ст. 1. Законика, према којој није кривично дело „оно дело које је учињено под дејством неодољиве силе". Појам неодољиве силе се не одређује ни у интерпретацијским одредбама (чл. 112.), а досадашње тумачење овог појма је било јединствено и у теорији и у пракси (у смислу тзв. апсолутне силе). У вези с овим одредбама је, међутим, занимљива одредба ст. 3. чл. 21. Законика, која уводи један облик **посредног извршилаштва** у наше право: као извршилац кривичног дела, у случају да је дело учињено под дејством неодољиве силе, „сматраће се лице које је применило неодољиву силу".

Може се поставити питање, да ли има још ситуација које би се могле сматрати посредним извршилаштвом, поготово с обзиром на нови општи законски појам кривичног дела. У вези, пак, правног дејства претње и тзв. компулзивне силе, Законик уводи нови основ за ублажавање казне (који је такође факултативан): ако је кривично дело учињено „под дејством силе која није неодољива или претње, учиниоцу се казна може ублажити" (ст. 2. чл. 21.). С обзиром на ову одредбу, остаје отворено питање, да ли сила која није неодољива, односно претња, могу бити основ за нескривљену опасност, па тиме посредно (као ситуација крајње нужде) и основ за искључење кривичног дела.

Свакако да је посебно интересантна (нова) одредба о **делу малог значаја** (чл. 18.). Пошто је Законик напустио досадашњу материјалну дефиницију кривичног дела, тј. дефиницију кривичног дела као друштвено опасног дела, није могла бити задржана ни установа незнатне друштвене опасности као општи основ искључења кривичног дела. Формални појам кривичног дела условио је да се, или уместо незнатне друштвене опасности уведе неки други „сличан" основ искључења из кривичног прогона тзв. багателног криминалитета, или да се проблем таквог криминалитета решава процесноправним путем (опортунитетом кривичног прогона). Као и нека друга кривична законодавства, Законик је увео „нову" установу – „дело малог значаја". Према одредби Законика, није кривично дело оно дело које, „иако садржи обележја кривичног дела, представља дело малог значаја". Да би дело било „малог значаја" морају бити испуњена три услова: да је степен кривице учиниоца низак, да су штетне последице дела одсутне или незнатне и да „општа сврха кривичних санкција не захтева извршење кривичне санкције". У ст. 3. чл. 18. се уводи још један услов: да је за дело прописана казна затвора до три године или новчана казна. Из садржине ових одредаба види се да је задржано нешто од идеје друштвене опасности дела, јер је и у установи незнатне друштвене опасности као битан услов био одсуство или незнатност штетних последица. У примени установе незнатне друштвене опасности дела јављао се не само проблем тумачења појма „незнатна" (штетна последица), већ и одредбе „дело малог значаја". Први проблем остаје и даље, а други се решава одредбом ст. 3. чл. 18. пошто Законик ограничава могућност примене ове установе само на кривична дела за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна. Према томе, проблем тумачења одредаба о делу малог значаја неће бити ништа мањи него што је био и проблем тумачења одредаба о незнатној друштвеној опасности. Може бити чак и већи, јер је крајње неодређен и услов који се тиче **ниског** степена кривице. Тај услов је иначе, већ сам по себи занимљив па и начелно проблематичан, тј. у категори-

јалном смислу. Наиме, овај услов више подсећа на процесноправни појам целисходности, опортунитета кривичног прогона као кривично-процесно начело, него ли на материјално правни појам. Зар се овим путем практично не уводи (за дела за која је прописана казна затвора до три године или новчана казна) начело опортунитета кривичног прогона? Питање је и, да ли је могуће у биће кривичног дела уводити сврху кривичне санкције? Јер, ако сврха кривичне санкције може бити услов за непостојање кривичног дела, тада је она на неки начин и услов за постојање кривичног дела, тј. сврха санкције је у бићу дела. Неће ли оваква одредба, још више него досадашња о незнатној друштвеној опасности, изазвати нове проблеме у тумачењу и тиме неједнаком применом кривичног права створити простор његовим могућим злоупотребама?

Како је већ речено, установе које су везане за комплекс питања о одговорности на основу кривице добијају нова правна значења због другачијег општег појма кривичног дела. Законик, међутим, садржи и неке новине у њиховом садржају, а не само дејству. Тако, тзв. биолошки основ неурачунљивости се проширује појмом „друге теже друштвене поремећености". Одмах ће се поставити питање каква су то стања (поред душевног обољења, привремене душевне поремећености и заосталог душевног развоја), а с тим у вези и питање да ли се овај нејасан појам може односити и на психопатије. Уколико може, тада ће се озбиљно проширити један битан основ искључења кривичног дела, будући да је број кривичних дела која чине психопате (нарочито оних врло тешких) по општим криминолошким знањима – знатан.

Криминалнополитички је оправдано што је законодавац код установе *actiones liberae in causa* („скривљена неурачунљивост") искључио могућност блажег кажњавања ако се субјект дела довео (само) у стање битно смањене урачунљивости (*lex specialis* у односу на дејство битно смањене урачунљивости). То није ситуација *actiones liberae in causa*, како се тумачило у делу правне теорије, а оправдано је искључити могућност ублажавања казне управо због одговорности субјекта дела за такво стање. Законик, ипак, донекле на нов начин решава питање скривљене неурачунљивости, иако ће и даље остати познати проблеми у вези ове установе. Она се у крајној линији заснива на правној фикцији. Законик у чл. 24. каже, да се у случају скривљене неурачунљивости (употребом алкохола, дроге ии на други начин) кривица (а то сада значи и постојање кривичног дела) утврђује „према времену непосредно пре довођења у такво стање". Није ли ово, ипак, сада у ствари кривично дело опијања. Ако се као основ одговорности (кривице), тј. кривичног дела, узима радња довођења себе у стање неурачунљивости, с додатком да се кривица процењује према времену

предузимања такве радње, није ли тиме „очувано" опште правило о одговорности (и постојању кривичног дела) у односу на саму ту и такву радњу? Не би ли било боље предвидети посебно кривично дело опијања и формално у посебном делу Законика, чија би формулација могла, на пример, да изгледа овако: „Ко учини дело које има опис неког кривичног дела у стању неурачунљивости у које је сам себе довео, биће кажњен казном која је прописана за кривично дело чији опис одговара делу које је учинио".

У погледу правила о одговорности за **квалификована** кривична дела с правом се очекивало да ће Законик напустити одредбе о особито тешком случају (утолико пре што није јасно зашто су оне новелом из 2003. године враћене у наше законодавство), нити увести одредбе о одговорности за кривична дела квалификована нарочитом околношћу (такве „одредбе" се изводе из општих правила о одговорности), тј. да ће задржати само правило о одговорности за тежу последицу. Није небитна новина, да се прописује могућност изрицања теже казне за дело квалификовано тежом последицом, не само ако је учинилац дела у односу на тежу последицу поступао из нехата, већ „и са умишљајем ако тиме нису остварена обележја неког другог кривичног дела" (ал. 27.).

11. Била је прилика да се концепцијски измене правила о одговорности за кривична дела путем **јавних медија** (сада: о кривичним делима учињеним путем штампе или других средстава јавног информисања). То није учињено, иако су она одавно предмет озбиљне критике. Зато и даље остаје утисак да се у овим случајевима одговара за туђег дела. Њих је могуће довести на ниво принципа субјективне одговорности. Најбитнија је новина одредба о заштити извора информација (чл. 41.), па на њу треба обратити пажњу. Према њој, одговорни уредник, издавач, штампар и произвођач „неће се сматрати извршиоцем кривичног дела због тога што суду или другом надлежном органу нису открили идентитет аутора информације или извор информације, осим у случају да је учињено кривично дело за које је као најмања мера казне прописан затвор у трајању од пет или више година, или је то неопходно да би се извршење таквог кривичног дела спречило". Ова одредба је врло проблематична управо са становишта могућих учинилаца кривичних дела по том основу, иако се њоме хтело да заштите та лица. Наиме, према одредбама о кривичним делима учињеним путем штампе или других средстава јавног информисања (чл. 38. до чл. 40.), одговорни уредник, издавач, штампар и произвођач не сматрају се извршиоцима кривичног дела не **због тога** „што нису открили идентитет аутора информације или извор информације", већ због свог својства (уредника, издавача, штампара, произвођача). Осим тога, **извор** информације

није битан за њихову одговорност, већ чињенице које се наводе у чл. 38. ст. 2. Законика. Штавише, ова одредба ставља овакво лице у тежи положај, јер га **увек** сматра извршиоцем кривичног дела ако није открио идентитет аутора или извор информације под условом да је учињено кривично дело за које је прописана казна затвора од пет година или тежа казна или је „то неопходно да би се извршење таквог кривичног дела спречило". Овде су изгледа помешани неки кривичноправни појмови.

12. У Законику су изостављене одредбе о **припремним радњама**. Ово се сматра битном новином, јер наводно ове радње, будући да су „ван бића дела", представљају „страно тело" у кривичном праву, па би по таквом мишљењу произилазило да их, због изостављања из општег дела, не би смело (или могло) ни бити у инкриминаторним одредбама. Таква теза је неоснована, што доказује и сам садржај Законика. Штавише, правна теорија с разлогом сматра да постоје оправдани разлози да се кажњава за неке припремне радње. Ако их сада срећемо у посебном делу Законика тада су то посебна кривична дела (самосталне припремне радње), а могу бити везане и за поједино кривично дело (тзв. праве припремне радње). Нећемо их из законодавства уклонити тиме што ћемо избрисати одредбу општег дела о њима. Уосталом и у нашем законодавству било је времена када о овим радњама није било опште одредбе (до 1977.г.), а кажњивих припремних радњи је било, у неким подручјима чак напретек, као што их има делимично и у Законику и као што ће их бити и убудуће. Одредбе о припремним радњама у досадашњем закону (чл. 18. ОКЗ) нису (1977.г.) уведене зато, да би се дала правна могућност њиховом инкриминисању, већ из других разлога – да се, у ситуацији која је наступила 1. VII 1977. г. (ступило је на снагу девет кривичних закона) колико-толико уједначио, и уједначавао убудуће, став законодаваца у прописивању кажњивих припремних радњи. Зато је ранија одредба о припремним радњама више била упућена законодавцу и претежно интерпретативне природе, а не толико неки неизбежни правни основ за могућност њиховог регулисања.

13. Одредбе о **саучесништву** су такође претрпеле извесне измене, односно допуне. Пре свега, појачава се став о акцесорној правној природи саучесништва у форми лимитиране акцесорности. Битна је новина што се, коначно, из нашег кривичног законодавства брише установа организовања злочиначког удружења као облик саучесништва. Она је одавно уведена у наше законодавство, пре свега због кривичних дела са политичком позадином, касније је ретко или никако примењивана, а била је непрестано, нарочито у новије време, све више изложена критици. Није било никакве сумње да је Законик неће прихватити. Тиме се не тупи оштрица борбе против организованог криминалитета, јер су и даље остале могућности за уре-

ђивање посебних кривичних дела, или облика неких дела, са елементом организованости. Треба приметити да је Законик проширио одговорност за неуспело подстрекавање на све случајеве када је кажњив покушај кривичног дела (тј. шире у односу на кривична дела за које је прописана казна затвора од пет година или тежа казна). Посебно је интересантна нова дефиниција **саизвршилаштва** (чл. 33.). У наше законодавство законски појам саизвршилаштва је уведен 1977. године, што не значи да ова установа није била примењивана и раније, напротив. Ради се о појму који је тешко одредити, па се законодавац понекад одлучује да о њему ћути и да га препусти судској пракси. Ако се, пак, одлучи за његово правно дефинисање (уређивање) изложен је ризику уопштености, нејасности и сл. То се десило и дешава се и у нашем законодавству. Ради се, дакле, о установи која је тешка за нормирање. У образложењу предлога Законика о овом се каже само толико, да је „**прецизирана** садашња недовољно одређена одредба о саизвршилаштву". То „прецизније" је учињено на следећи начин: „Ако више лица учествовањем у радњи извршења заједнички учине или из нехата заједнички изврше кривично дело, или остварујући заједничку одлуку другом радњом са умишљајем битно допринесу извршењу кривичног дела, свако од њих казниће се казном прописаном за то дело". Далеко од тога да је досадашња одредба о саизвршилаштву успешна, ова нова је далеко компликованија, делимично противречна и нејасна у више праваца. Утисак је да ће она изазвати више проблема него досадашња.

14. **Продужено кривично дело** је облик кривичног дела. Пошто је Законик дефинисао ову установу било би логичније да је одредбе о њој ставио у контекст одредаба о кривичном делу, а не међу одредбе о одмеравању казне у стицају. Ради се о појму који је такође тешко дефинисати и који је по себи противречан. Ову установу кривични закони ретко дефинишу и препуштају је правној казуистици, а наше законодавство је никад раније није одређивало као законски појам, иако је одавно било предлога да се законски уреди и идеја како да се уреди. Наша судска пракса је ову установу увек прихватала и широко примењивала, а правна теорија је имала углавном позитиван однос према њој, мада су се увек постављала питање њене легитимности и легалности, као и низ посебних правних проблема око којих није било јединства. Појам који је прихваћен у Законику (чл. 61.) је резултат настојања да се једна, са становишта легитимитета и легалитета дубиозна установа, легитимира и легализује и то на начин који је мање-више резултат вишедеценијске судске праксе, пре свега засноване на једном начелном ставу опште седнице Врховног суда Југославије и кривичних одељења врховних судова република и покрајина из 1965. године. Ова установа је, дакле, код нас до сада била „конструкција" судске праксе

и теорије, а на основу Законика постаје законом уређена. Колико је то уверљиво изведено – друго је питање, као и да ли је то било нужно, утолико пре што има и мишљења да овај појам није неопходан, штавише сматрају га неки и правно нелогичним.

Легитимитет продужног кривичног дела негирао се чињеницом да се тиме углавном фаворизује субјект фактичког стицаја кривичних дела, а легалитет тиме што га закон није познавао. Да ли ће његовом легалношћу бити потврђен и његов легитимитет?

Сама дефиниција продуженог кривичног дела која је прихваћена у Законику је сложена и може изазвати доста проблема и теорији и пракси. Мада ће нека питања овом дефиницијом бити решена, многа ће и даље остати отворена и мораће се њихово решавање препустити инвентивности правосуђа. Готово сваки појам који се користи у дефинисању продуженог кривичног дела мора бити предмет тумачења (истоветност кривичног дела, временска повезаност, иста ситуација, исти трајни однос, јединство места или простора). Посебно су нејасни појмови који одређују ситуације у којима није могуће продужено кривично дело или се тражи посебан услов за њихово постојање (дела управљања против личности, дела која „по својој природи" не допуштају спајање у једно дело).

15. Свакако да се у анализи новог кривичног законика пажња мора обратити на **систем кривичних санкција**, а посебно на уређивање **казне** као најбитније кривичне санкције. **Сврха казне** је одређена на сличан начин као и до сада (чл. 42.), а то значи да је присутна не само идеја специјално и генералне превенције, већ и идеја о казни као средству за „истраживање друштвене осуде" и „**јачање морала**", што је увек било не само врло амбициозно већ и ризично управо са становишта оних социјалних и нарочито индивидуалних вредности које се штите кривичним правом. Морализација кривичног права, и то путем кажњавања, је проблематичан приступ у одређивању његове функције, а то значи пре свега у одређивању сврхе казне. Морални судови су не само дифузни, флексибилни, релативни и променљиви с обзиром на субјекта просуђивања, већ се лако могу и идеологизовати, а тиме и кривично право инструментализовати на начин непримерен потребама заштите и њихових личних вредности. Сфера морала је интимна и ирационална, право је јавно и рационално. Законик познаје четири казне: затвор, новчану казну, рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе. Већ из овог се примећује да се настоји удовољити савременим захтевима за проширивањем поља тзв. алтернативних санкција, односно кривичних мера. Није неочекивано што није прихваћена казна конфискације имовине, која је била својевремено с разлогом укинута, па поново (2003. г.) уведена. Казна затвора и рад у јавном ин-

тересу могу се изрећи само као главне казне. Законик познаје два општа интервала казне затвора, а то значи и два општа максимума: од тридесет дана до двадесет година и (за најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела) изузетно од тридесет до четрдесет година. Као што се види, казна затвора у доживотном трајању, која постоји у неким европским кривичним законодавствима, није прихваћена иако је било заговорника ове казне. Заоштравају се услови за давање **условног отпуста** у томе смислу што је потребно да осуђени издржи најмање половину казне затвора (тј. више није могућ под условом да је издржана најмање трећина казне затвора). Прихваћено је решење (око ког се много расправљало) по којем је суд надлежан да доноси одлуку о условном отпусту. Ово решење није остало без критике – истицани су уверљиви аргументи у прилог ставу да о условном отпусту треба да одлучује комисија органа надлежног за извршење заводских кривичних санкција. **Рад у јавном интересу** може се изрећи за кривична дела за која је прописан затвор до три године или новчана казна, и поред осталих услова (вид. чл. 52.) тражи се, за изрицање ове казне, **пристанак** учиниоца кривичног дела. Питање је, да ли пристанак учиниоца кривичног дела може бити услов за изрицање казне. Отвара се и проблем карактера и смисла казне **одузимања возачке дозволе** („за дела у вези са чијим извршењем или **припремањем** је коришћено моторно возило“) поред мере безбедности забране управљања моторним возилом. Посебно су значајне новине у уређивању **новчане казне** (чл. 48. до чл. 51.). Истовремено постојање два система новчане казне (система тзв. глоба и система фиксних износа као супсидијарни) нису уверљиво решење. Тиме се изражава резерва у погледу могућности увођења система дани-новчана казна. Може се лако десити да пракса крене комотнијим путем, тј. да примењује супсидијарни систем, систем фиксних износа, позивајући се на немогућност примене система глоба као примарног (оправдано или неоправдано).

16. Важне су неке новине у проблематици **одмеравања казне**, а посебно одредбе којима се обуздавају могућности (уведене новелом кривичног закона из 2003. г.) пробијања максимума казне у случају повратa и стицаја кривичних дела. Добро је што је Законик отклонио могућност пооштравања казне, која је постојала у случају посебног облика повратa (до 2003. године вишеструког повратa). Поставља се, међутим, питање, да ли је оправдано да **поравнање** учиниоца кривичног дела и оштећеног треба да буде основ за ослобађање од казне (чл. 59.), макар да су у питању релативно лака или лакша кривична дела. Поравнање је установа приватног а не јавног права, а казна мора имати и генерално-превентивни смисао. Осим тога, сврха казне је одређена и у правцу потребе друштвене осуде за

кривично дело и јачања морала и учвршћивање обавезе поштовања закона, што се озбиљним проширивањем могућности ослобођења од казне (мада додуше и тада постоји осуда, али неуверљивог интензитета) губи из вида.

17. Добро је што су услови за изрицање **условне осуде јасније**, **логичније**, **уже** и **једноставније** одређени, као и што је задржана условна осуда са **заштитним надзором.** Чињеница да потоњи облик условне осуде, који је уведен 1977. године, није био примењиван, не може дакако бити разлог за њено укидање (како су неки тврдили), већ разлог да се обезбеде услови и механизам (у Закону о извршењу кривичних санкција) за њено афирмисање. Но, и поред свега, пракса ће показати да ли ће доћи до иницираног процеса сужавања примене основног (општег) облика условне осуде и афирмације њеног специјалног облика (заштитног надзора).

Мада је задржана досадашња концепција условне осуде, уводе се значајне новине, пре свега у циљу сужавања њене примене; не може се условно одложити изрицање и извршење новчане казне, у случају факултативног опозива условна осуда се може изрећи само још једанпут, није могуће изрицање условне осуда кажњеном за умишљајно кривично дело ако није протекло пет година од правноснажности одлуке којом је изречена казна затвора.

18. У погледу **мера безбедности** треба нагласити да је задржано досадашње схватање ових кривичних санкција. Уведена је нова мера безбедности – јавно објављивање пресуде, а мера безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана раздвојена је у две (мера безбедности обавезног лечења алкохоличара и мера безбедности обавезног лечења наркомана), из оправданих разлога. Више питања која су до сада била спорна експлицитно су решена. Мера безбедности **јавно објављивање пресуде** (чл. 89.) је начелно факултативна, а закон може одредити њену обавезну примену. Суд је може изрећи при осуди за кривично дело учињено путем средстава јавног информисања или за кривично дело које је проузроковало опасност за живот или здравље људи, „а објављивање пресуде би допринело да се отклони или умањи та опасност".

19. Пошто се пошло од става да у примени установе одузимања имовинске користи (мере која је до 1977. године била мера безбедности, а од тада посебна облигаторна мера а не кривична санкција), углавном није било никаквих спорних питања. Она је задржана у целини са досадашњим садржајем у њеном уређењу, изузев неких мање битних интервенција. Сматра се да је досадашње решење добро и да се доследно спроводи принцип да нико не може задржати било какву имовинску корист стечену кривичним делом, с тим што се уједно води рачуна о имовинскоправном захтеву оштећеног кривичним делом.

И у погледу **правних последица осуде** нема битнијих новина, изузев што се уводи једна нова правна последица осуде – забрана добијања одређених дозвола или одобрења која се дају одлуком државних органа или органа локалне самоуправа (чл. 95, ст. 2. тач. 4.).

20. Треба скренути пажњу на ново, другачије од досадашњег, уређивања установе **рехабилитације** и, с тим у вези, на одредбе о давању података из **казнене евиденције**. Коначно, поново добијамо праву установу рехабилитације. Законик је у томе смислу јасан: „Рехабилитацијом се брише осуда и престају све њене правне последице, а **осуђени се сматра неосуђиваним**“ (чл. 97, ст. 1.). Оваква, модерна концепција рехабилитације подразумева брисање осуде, као и престанак свих њених правних последица и давање статуса неосуђиваности. Услови за то су Законником прецизно одређени (чл. 98. и чл. 99.), а разликују се код законске и судске рехабилитације. Добро је што је одредбама Законика одређено не само ко може добити податке из казнене евиденције, већ је, њиме, за разлику од досадашњег решења, одређен и садржај казнене евиденције: лични подаци о учиниоцу кривичног дела, подаци о казни, условној осуди, судској опомени, ослобађању од казне, опроштеној казни, о правним последицама осуда (чл. 102. ст. 1.). Разуме се, задржана је изузетно важна одредба, према којој **нико** „нема права да тражи од грађанина да подноси доказ о својој осуђиваности или неосуђиваности“ (чл. 102. ст. 4.).

21. Две су значајне новине у Законику које се односе на **време застарелости** и **ток застарелости** у случају да је актом амнестије или помиловања или одлуком суда по ванредном правном леку изречена казна смањена, као и на обуставу започетог извршења казне у случају када у току њеног извршења наступи апсолутна застарелост (вид. Чл. 107. ст. 2. и ст. 6.). Наиме, Законик прописује да се време потребно за наступање застарелости одређује **према новој казни**, а ток застарелости се рачуна **од раније правноснажне пресуде**, у случају када је актом амнестије или помиловања или одлуком суда по ванредном правном леку казна смањена. Застарелост, пак, извршења казне настаје у сваком случају кад протекне двоструко време које се по закону тражи за застарелост извршења казне, а у том случају започето извршење казне се обуставља (ст. 7. чл. 107.).

22. Коначно, нису безначајне ни **интерпретативне одредбе** Законика (чл. 112.). Њих је знатно више него у досадашњем нашем кривичном законодавству. То се може објаснити, с једне стране, интенцијом законодавца да аутентичним тумачењем неких законских појмова допринесе уједначавању примене законика, и, с друге стране, чињеницом да се адаптирањем Законика потребама савремене криминалне политике јавила потреба за новим појмовима (на пример, у вези тзв. компјутерског криминалитета).

Од преко тридесет интерпретативних одредница, две се чине посебно занимљивим: изразе „неће се казнити“ Законик тумачи у смислу да не постоји кривично дело, а радња кривичног дела која је одређена трајним глаголским обликом постојаће и онда (тј. дело ће се сматрати извршеним) и када је учињена само једна радња. Овај потоњи случај је занимљив посебно за тумачење тзв. колективних кривичних дела, а законско тумачење синтагме „неће се казнити“ дозвољава закључак да је (и) **кажњивост** општи елемент бића кривичног дела, тј. саставни део његове (законске) дефиниције (*argumentum a contratio*).

У нашој правној теорији одавно су регистроване тзв. **црне тачке у нашем кривичном законодавству**, које би требало отклонити његовом реформом. Нарочито су се наглашавале: одредбе о одговорности организатора злочиначког удружења, корекција правног дејства правне заблуде, брисање раније постојеће мере безбедности забране јавног иступања, јачање правних аспеката у судском одређивању врсте и мере кривичне санкције, либерално уређивање рехабилитације, положај жртве у кривичном праву, боље уређивање заштите вредности појединца у односу на добра заједнице, преиспитивање степена укључености савременог концепта права и слобода у конституцију кривичног закона, модернизација ставова о основним функцијама кривичног права, разборит однос према врстама и степенима репресивних мера, уклапање кривичног права у модел правне државе, уважавање ставова и критеријума међународног кривичног права, удовољавање захтевима и потребама нових облика криминалитета и савремене технолошке и информатичке револуције.

Може се закључити, да је Кривичним закоником Републике Србије из 2005. године (разуме се , имајући у виду не само његов општи већ и посебни део који овде није анализиран) напред поменута сврха **у доброј мери постигнута**. Наглашавамо, међутим, да ће она и фактички бити постигнута тек под претпоставком да ново кривично право Републике Србије буде коректно **примењено**, што неће бити могуће без **сређивања стања у правосуђу**.

Stanko Pihler, Ph.D. Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

Novelties in the General Institutions of Serbian Criminal Law

Abstract

The General Assembly of the Republic of Serbia adopted the Criminal Act on September 29, 2005, which will enter into force on January 1, 2006. The motives for adopting the new criminal act were the folloving: standardization of the legal solutions in accordance with the contemporary European criminal law, forms of crime and synchronization of the effective legal provisions of the domestic crminal law. In relation to the existing criminal provisions the new Criminal Act introduces number of novelties, wich either substitute or amend the existing legal solutions. A special attention was paid to the general concepts (institutions) of the criminal law that relate to the general concept of the criminal offence and its legal consequences, extended criminal offence, legal misconception, rehabilitation, complicity, system of criminal penalties. The Criminal Act tries to regulate the general legal concepts in the contemporary manner and special attention is paid to the so-called alternative penalties. The Criminal Act has not sufficiently solved the issue of so called black spots of the existing criminal law. Now it is it important that the Criminal Act is properly applied, and this requires reorganization of the system of justice.

343.143

Др Снежана Бркић, доцент
Правног факултета у Новом Саду

МЕРЕ ЗАШТИТЕ СВЕДОКА ПУТЕМ СПРЕЧАВАЊА ФИЗИЧКОГ СУСРЕТА ОКРИВЉЕНОГ И СВЕДОКА

Сажетак: *У раду се анализирају мере заштите сведока путем спречавања физичког сусрета окривљеног и сведока. Оне могу бити срачунате на физичко онемогућавање застрашивања и освете, али исто тако и на очување психичког интегритета сведока, односно спречавање његове секундарне виктимизације. Обрађене су следеће мере заштите везане за радње доказивања: искључење суочења, организовање препознавања лица на начин да окривљени не може да види и чује лице које врши препознавање, привремено удаљење окривљеног из суднице, саслушање путем техничких уређаја за пренос звука и слике и право сведока на сигурно место чекања на саслушање. У вези са радњама процесне принуде су следеће мере: одређивање притвора ради спречавања утицања на сведоке, забрана састајања са одређеним лицима и обавештавање сведока о пуштању окривљеног на слободу.*

Кључне речи: *заштита сведока, суочење, препознавање, привремено удаљење окривљеног из суднице, технички уређаји за пренос слике и звука, притвор, забрана састајања са одређеним лицима*

Установа заштите сведока је израз субјективног јавног права на заштиту сведока или других законом одређених лица (активни субјект), у случају повреде или угрожавања његових основних људских права услед

застрашивања, у вези са обављањем његове функције у преткривичном или кривичном поступку, коме одговара обавеза пружања те заштите од стране надлежног државног органа (пасивни субјект), у циљу несметаног обављања сведочких дужности, а у крајњој линији ради ефикаснијег сузбијања криминалитета.

Заштита сведока се може пружати у основи на два начина: процесним и ванпроцесним мерама. Дакле, основни критеријум њиховог разликовања је карактер заштитних мера које се предузимају, односно начин пружања заштите. Ванпроцесна заштита обухвата мере физичко-техничке заштите сведока, које су полицијског карактера и које су обухваћене тзв. програмом заштите сведока. Процесна заштита сведока рачуна са мерама процесног карактера, које могу бити мере прикривања идентитета сведока (личних података и/или лика и гласа) према општој јавности, а изузетно и према одбрани, као и мере спречавања физичког сусрета окривљеног и сведока. Мере спречавања физичког сусрета окривљеног и сведока могу бити везане за радње доказивања или радње процесне принуде. Оне могу бити срачунате на физичко онемогућавање застрашивања и освете, али исто тако и на очување психичког интегритета сведока, односно спречавање његове секундарне виктимизације.

1. Мере везане за радње доказивања

1) Суочење

Већина права познају могућност суочења сведока са окривљеним у случају противречности њихових исказа. Оно се огледа у непосредној расправи између два лица која су дала исказе, о неслагањима у погледу важних чињеница и околности да би се утврдила истина. Према нашем законодавцу, суочени ће се поставити један према другом и од њих захтевати да један другом понове своје исказе о свакој спорној околности и да расправљају о истинитости онога што су исказали. Ток суочења и изјаве при којима су суочени коначно остали суд ће унети у записник.[1] Суочење се не сматра самосталним доказним средством, већ превентивном мером за обезбеђење веродостојности процесних радњи.[2] Оно треба да спречи погрешан или лажан исказ и да судији пружи материјал за оцену веродостојности несагласних исказа. Суочење није никад обавезно, већ се

[1] Чл. 91. ст. 2. нашег ЗКП.

[2] Тако М. Грубач, Кривично процесно право. Увод и општи део, Београд, 2004, с. 266.

наређује по слободној оцени суда. Судска психологија нас учи да суочењу ваља прибегавати само тамо где је већ запажена несигурност испитиваног лица. Оно је корисно само онда када се једно од два суочена лица осећа принуђеним да узмакне у некој, па макар и у веома споредној ствари. „Ако се приликом овог узмицања стварно ради о напуштању позиција једне зграде сачињене од лажи, онда њена трошност изазива афекат страха и тако недостаје потребна отпорна снага за једно ново душевно оптерећење. Напротив, ако се ради о једној заблуди, онда обично нема несигурности у погледу оног даљег излагања.“[3] При томе треба имати у виду да знак несигурности не мора увек бити збуњеност, већ и карактеристичан излив говорљивости.

С друге стране, окривљени нема право на суочење са саокривљеним или сведоком у случају несагласности њихових исказа.[4] Због тога законодавства која искључују могућност суочења ако је то у интересу заштите сведока,[5] не вређају право окривљеног на правично суђење. Искључење могућности суочења може бити делотворно за заштиту сведока из два разлога. Код обичних сведока, гледање очи у очи сведока и учиниоца може појачати страх код сведока и навести га на прећуткивање чињеница. Код посебно осетљивих сведока, суочење може проузроковати секундарну виктимизацију жртве кривичног дела. Дакле, и у једном и у другом случају постоје јаки разлози који говоре у прилог искључења суочења. По неким правима, суочењу жртве и окривљеног се може прибећи против воље жртве, само кад то захтева истраживање истине или захтев окривљеног за саслушањем.[6]

Ова мера утолико пре може бити потребна кад су у питању деца сведоци, пре свега због избегавања њиховог даљег трауматизовања. С друге стране, могли бисмо изразити сумњу и у ефекте таквог суочења, с обзиром на могућност повлачења иначе истинитог исказа због страха, ауторитета, или просто због сугестибилности детета.[7] Па, ипак, савремена законодавства ретко прописују забрану суочења малолетног сведока са окривљеним, а уколико се то и чини, та забрана се везује за посебне услове који морају бити испуњени. Тако се нпр. забрана суочења предвиђа за малолетна лица

[3] Р. Грасбергер, Психологија кривичног поступка, Сарајево, 1958, с. 210.

[4] Вид. пресуду Окружног суда у Београду К. 485/91 од 13.02.1992. и пресуду Врховног суда Србије Кж. 376/92 од 08.09.1992., навед. према И. Симић, Збирка судских одлука из кривично-правне материје, Београд, 1994, с. 246.

[5] Чл. 98. ст. 6. бугарског ЗКП; чл. 237. ст. 3. мађарског ЗКП.

[6] Чл. 5. La loi fédérale du 4 octobre 1991. sur l' aide aux victimes d' infraction (LAVI Švajcarske); čl. 163. st. 4. Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern, Juni 2001(Vorent. Швајцарске).

[7] Е. Алтавила, Судска психологија I (интерни превод), с. 270.

која су услед природе кривичног дела, последица или других околности, посебно осетљива, односно налазе се у посебно тешком душевном стању.[8] Негде је ова забрана ограничена само на случајеве кривичних дела против сексуалног интегритета и ако постоји велика опасност угрожавања психичког здравља детета, осим ако право окривљеног да буде саслушан не може бити обезбеђено на други начин.[9] Нама се чини да би забрана суочења требала безрезервно да важи за сву децу као сведоке, док би у односу на малолетне сведоке могла бити условљена њиховом посебном осетљивошћу.

Негде се предвиђа могућност суочења посебно осетљивих сведока само на њихов захтев.[10] Наиме, стало се на становиште да суочење оваквих сведока са окривљеним може бити веома трауматично и болно, али оно ипак није у потпуности искључено. Претпостављено је да сведок изузетно може имати интереса за суочење, због чега је оно могуће само на његову иницијативу, која, наравно, не обавезује суд.

2) Препознавање

Заштити сведока може допринети и организовање препознавања на тај начин да лице које се препознаје не може да види лице које врши препознавање. Нека законодавства безусловно захтевају такав начин организовања препознавања независно од потребе заштите сведока или других околности, и то у преткривичном и претходном кривичном поступку.[11] Већину ипак чине она законодавства која само омогућавају такав начин вршења препознавања лица, ако то налажу посебне околности. Те околности су везане за угрожавање живота и тела,[12] негде и имовине веће вредности,[13] за појаву застрашивања сведока[14] или могућност другог утицања на ток препознавања од стране лица које се препознаје.[15] Негде таква мо-

[8] Чл. 153. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (ЗМУЧ).

[9] Чл. 10б. швајцарског LAVI.

[10] Чл. 102а. радне верзије Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку од 26.11.2004. (рад. верз. ЗИД ЗКП).

[11] Тако чл. 103. ст. 2. ЗКП ЦГ; чл. 104. ст. 2. ЗКП Србије. То произилази и из чл. 193. ст. 8. руског ЗКП, као и чл. 122. ст. 5. мађарског ЗКП.

[12] Вид. чл. 259. ст. 1. ЗКП Хрватске.

[13] Чл. 242а. ЗКП Словеније.

[14] Чл. 172. ст. 2. и чл. 313. ст. 3. ЗКП Албаније; чл. 214. ст. 2. ЗКП Италије.

[15] Чл. 259. ст. 1 ЗКП Хрватске; чл. 172. ст. 2 и чл. 313. ст. 3. ЗКП Албаније; чл. 242а. ЗКП Словеније; чл. 214. ст. 2. ЗКП Италије.

гућност није везана за тачно одређене околности.[16] Често се уважава могућност угрожавања сигурности не само лица које врши препознавање, већ и њему блиских лица.[17] При томе се не тражи највећи степен доказаности таквог угрожавања, већ „оправдана бојазан", „основани разлози", „вероватноћа", „основано сматрање".[18] Нека права захтевају да лице које се препознаје не може ни да чује лице које врши препознавање.[19] Осим тога, негде се инсистира да ни сведок не може видети лица и предмете које треба да препозна, пре почетка препознавања.[20]

Изузетно се могу срести и посебне одредбе о организовању препознавања од стране малолетних лица. Тако према нашем праву, ако препознавање окривљеног врши оштећено малолетно лице, суд ће поступати посебно обазриво, а такво препознавање ће се у свим фазама поступка вршити на начин који у потпуности онемогућава да окривљени види ово лице.[21] Понекад се слична мера предвиђа и код посебно осетљивих сведока.[22]

Не може се рећи да су позитивна права до танчина регулисала процедуру препознавања. Тако се нпр. може поставити питање да ли бранилац као лице које има право да присуствује извођењу свих радњи у којима учествује окривљени може да види лице које врши препознавање. Ако може, сва процедура таквог препознавања постаје бесмислена, пошто бранилац може саопштити окривљеном податке о личности лица које врши препознавање.[23]

3) Привремено удаљење окривљеног из суднице

У функцији заштите сведока може бити и одредба о удаљењу окривљеног из суднице за време саслушања сведока, која одавно постоји у многим законодавствима. Ради се о изузетној и привременој мери која се може наредити кад сведок одбија да да исказ у његовом присуству,[24] кад из

[16] Ако је то потребно, каже се у чл. 173. ст. 2. ЗКП Пољске.

[17] Тако чл. 259. ст. 1. ЗКП Хрватске; чл. 242а. ЗКП Словеније.

[18] Чл. 259. ст. 1. ЗКП Хрватске; чл. 313. ст. 3 ЗКП Албаније; чл. 242а. ЗКП Словеније; чл. 214. ст. 2. ЗКП Италије.

[19] Чл. 259. ст. 1. ЗКП Хрватске.

[20] Чл. 242. ст. 3. ЗКП Словеније; чл. 103. ст. 2. ЗКП ЦГ; чл. 104. ст. 2. ЗКП Србије.

[21] Чл. 155. ЗМУЧ.

[22] Чл. 102а. рад. верз. ЗИД ЗКП.

[23] Тако и Е. Е. Кондратьев, Новый упк: защита свидетелей, потерпевших и других участников уголовного процесса, Государство и право 8/2003, с. 51.

[24] Чл. 312. ЗКП Македоније; чл. 355. ЗКП Хрватске; чл. 178. ст. 4. и чл. 327. ЗКП Словеније; чл. 170. ст. 1. ЗКП Косова; чл. 332. ЗКП ЦГ; чл. 324. ЗКП Србије.

околности произилази да неће говорити истину[25] односно дати слободан,[26] потпун и тачан исказ,[27] кад га окривљени прекидањем или на други начин спречава да сведочи,[28] кад би то било штетно за добробит сведока испод 16 година живота или озбиљно штетило здрављу сведока.[29] Негде се прецизира да је бојазан да сведок неће говорити истину узрокована страхом.[30] Нека права изричито предвиђају ову могућност и за време саслушања жртве кривичног дела, ако то налажу њени претежни интереси.[31]

Ова установа је старијег датума и постоји независно од система заштите сведока, а изузетно се регулише у склопу заштитних мера.[32] Меру изриче веће, а понегде и председник већа.[33] Редовно се предвиђа обавеза обавештавања окривљеног након повратка у заседање, о ономе што је предузето за време његовог одсуства,[34] а може му се омогућити праћење сведочења и путем техничких уређаја за пренос слике и звука.[35] Према неким правима, суд је дужан да у случају пропуштања обавештавања, то учини најкасније пре завршетка доказног поступка, под претњом ништавости.[36] Након што му буде прочитан исказ сведока, окривљеном се допушта да му поставља питања. Председник већа је дужан да га упита има ли шта да примети на његов исказ а по потреби може се извршити и њихово суочење.[37] По неким правима, суд ће на захтев окривљеног приступити поновном испитивању сведока у његовом присуству.[38] Негде се истиче да се удаљење окривљеног може наредити пре, за време или после саслушања сведока.[39] У неким правима се истиче да се ова мера може наредити по службеној дужности или на предлог странака или браниоца, а након испи-

[25] Чл. 247. ЗКП Немачке; чл. 355. ЗКП Хрватске; чл. 312. ЗКП Македоније; чл. 178. ст. 4. и чл. 327. ЗКП Словеније; чл. 332. ЗКП ЦГ; чл. 324. ЗКП Србије.

[26] Чл. 245. ст. 1. и чл. 284. ст. 1. ЗКП Норвешке.

[27] Чл. 10. ст. 1. Закона о заштити свједока под пријетњом и угрожених свједока (ЗОЗСПУС БиХ).

[28] Чл. 18. ст. 1. гл. 36. Закона о судском поступку (ЗСП Шведске).

[29] Чл. 247. ЗКП Немачке.

[30] Чл. 18. ст. 1. гл. 36. ЗСП Шведске.

[31] Чл. 245. ст. 1. и чл. 284. ст. 1. ЗКП Норвешке.

[32] Чл. 170. ст. 1. ЗКП Косова; чл. 10. ЗОЗСПУС БиХ.

[33] Чл. 250. ст. 1. ЗКП Аустрије.

[34] Чл. 247. ЗКП Немачке ; чл. 339. ЗКП Француске; чл. 170. ст. 1. ЗКП Косова; чл. 245. ст. 1. ЗКП Норвешке.

[35] Чл. 10. ст. 2. ЗОЗСПУС БиХ.

[36] Чл. 250. ст. 2. ЗКП Аустрије. Такво решење је било предвиђено и у чл. 258. ст. 3. ЗСКП из 1929.

[37] Чл. 312. ЗКП Македоније ; чл. 355. ЗКП Хрватске; чл. 327. ЗКП Словеније ; чл. 332. ЗКП ЦГ ; чл. 324. ЗКП Србије.

[38] Вид. чл. 258. ст. 2. ЗСКП из 1929.

[39] Чл. 339. ЗКП Француске.

тивања противне странке и браниоца.[40] Судска пракса у неким земљама је на становишту да се удаљење окривљеног распростире и на његовог браниоца.[41] Напредак представља и одредба по којој бранилац присуствује испитивању сведока и оптужени се може саветовати са браниоцем након што му се предочи исказ сведока а пре него што се сведок отпусти. Најзад, ту је и одредба о могућности жалбе странака и браниоца против решења о удаљењу оптуженог. О жалби одлучује веће жалбеног суда у року од 72 сата од пријема жалбе.[42] По некима, ова мера је нарочито погодна ако се ради о „детету које је било жртва оптуженикове похоте, а које дршће од претрпљеног страха и боји се да говори.“[43] Неки ово ограничење оптуженикових права на одбрану критикују као облик задржавања инквизиторских овлашћења у поступку.[44] У сваком случају одбрани је ускраћено да непосредно опажа понашање сведока приликом сведочења и да са тог аспекта цени његов кредибилитет.

Нека законодавства су веома флексибилна по питању могућности саслушања сведока у одсуству странака.[45] Тако се саслушање може одвијати у одсуству окривљеног, али уз учешће његовог адвоката. У изузетним околностима, може бити искључено учешће и окривљеног и његовог браниоца. У неким случајевима може бити искључен и представник оптужбе.[46]

4) Право сведока на сигурно место чекања на саслушање

Понекад се прокламује и право жртве на сигурно место чекања на саслушање, које не захтева од ње да буде у блиској околини окривљеног или његове породице.[47] С тим у вези су и адекватна просторна решења којима се обезбеђује релаксираније сведочење и повећава безбедност жртве

[40] Чл. 10. ст. 1. ЗОЗСПУС БиХ.

[41] Тако у Немачкој, BGHSt 37, 48, NJW 1985, 1478, навед. према J. Renzikowski, Fair trial und anonymer Zeuge, JZ 12/1999, с. 606.

[42] Чл. 10. ст. 3. и 4. ЗОЗСПУС БиХ.

[43] М. Доленц, Теорија судског кривичног поступка за Краљевину Југославију, Београд, 1933, с. 210.

[44] Ђ. Мамула, Ограничења права на материјалну и формалну одбрану на главном претресу према Законику о кривичном поступку СРЈ, http://www.informator.co.yu/informator /2002/ogranicenja_1202htm, доступно 13.03.2005.

[45] Чл. 98д. ст. 1. тачка а) Војног закона о кривичном поступку (ВЗКП Швајцарске); чл. 161. ст. 1. тачка а) Vorent. Швајцарске.

[46] Message concernant la modification de la procédure pénale militaire (protection des témoins), http://www.admin.ch/ch/f/ff/2003/693.pdf, доступно 07.04.2005.

[47] Тако Бил о правима за жртве и сведоке државе Utah; чл. 20. ст. 1. Act no. 93/99 Португалије.

на суду. Поред посебних пријавница и соба за жртве и сведоке, у неким земљама (САД, Немачка) обезбеђује се и простор за боравак деце за време давања исказа од стране жртве.

5) Саслушање сведока путем техничких уређаја за пренос слике и звука

1. Ова мера подразумева да се сведок саслушава у просторији одвојеној од места где се држи главни претрес тако што се између њих обезбеђује директан телевизијски пренос. Неки закони омогућавају да то буде не само просторија одвојена од просторије у којој се држи главни претрес, већ и место различито од седишта суда, па чак и друга земља.[48] Тиме се омогућава да сведок приликом давања исказа остане у окружењу које му улива поверење. То је, истовремено, начин да се превазиђе одступање од начела непосредности читањем записника са ранијим исказима сведока чији је долазак пред суд немогућ или знатно отежан због старости, болести или других важних узрока.[49] По немачком праву, тај разлог се уважава само ако је то неопходно за утврђивање истине.[50] Осим тога, тиме се може очувати начело непосредности и у случајевима када се у току припрема за главни претрес или на самом главном претресу сазна да сведок због дуготрајне болести или других сметњи не може доћи на главни претрес или му је долазак знатно отежан. Према досадашњим правилима, такви сведоци се саслушавају ван главног претреса од стране председника већа, судије члана већа или истражног судије суда на чијем подручју се сведок налази.[51]

Саслушање се организује на такав начин да странке и бранилац могу постављати питања без присуства у просторији у којој се налази сведок. Председник већа се при томе може налазити у судници или у просторији у којој сведок даје исказ. Ово последње решење познато је и као „Meinzer

[48] Тако нпр. чл. 247а. ЗКП Немачке, у коме фигурира израз „место", за разлику од владиног нацрта закона, у коме се употребљавао израз „просторија" (BT-Dr 13/7165, с. 3).

[49] Вид. разлоге за читање записника нпр. у чл. 337. ст. 1. тачка 1. нашег ЗКП и чл. 251. ст. 1. тачка 2. и 3. ЗКП Немачке.

[50] Чл. 247а. ст.1. ЗКП Немачке. Дакле, суд не замењује аутоматски читање записника са видео линком. Он се руководи потребом утврђивања истине а поступа и у складу са начелом процесне економије.

[51] Вид. чл. 288. и 334. нашег ЗКП; чл. 223. ЗКП Немачке (тзв. *Kommissarische Zeugenvernehmung); чл.* 287. ст. 1. ЗКП ФБиХ; чл. 272. ст. 1. ЗКП БиХ; чл. 279. ст. 1. ЗКП РС; чл. 346. ст. 1. ЗКП Хрватске; чл. 396. ст. 2. ЗКП Пољске; чл. 163. ст. 3. и чл. 366. ст. 1. ЗКП Косова; чл. 342. ст. 1. ЗКП ЦГ.

Modell", против којег се немачки законодавац изричито изјаснио.[52] Такво сведочење дато у физичком одсуству сведока коришћењем техничких средстава за симултано преношење слике и звука на даљину познато је и као сведочење путем видео конференцијске или телеконференцијске везе, путем интерне телевизијске мреже или путем видео-линка.

2. У неким земљама је прибегавање видеоконференцијској вези ограничено само на одређен круг кривичних дела с обзиром на тежину (нпр. у португалском праву, то су дела из надлежности трочланог већа или поротног суда) или природу (у црногорском праву, то су дела сексуалног насиља),[53] или на одређену категорију сведока (нпр. децу, малолетнике и друге посебно рањиве сведоке). У другим правима та мера је могућа код свих сведока и свих кривичних дела у циљу спречавања озбиљне опасности од знатне штете по добробит сведока,[54] духовну, телесну и душевну. Према опште прихваћеном мишљењу, таква опасност постоји ако можемо тврдити да би се такве последице са великим степеном вероватноће појавиле у конкретном случају приликом саслушања у судници.[55] Опасност за сведока не мора нужно потицати од окривљеног, већ од његовог саслушања у судници.[56] Инсистирање на изразу „знатна штета" говори о намери законодавца да на овај начин заштити сведоке само од значајнијег угрожавања. У том контексту, сведок се на овај начин може штитити и од битнијег угрожавања свог душевног стања. Други разлози, нпр. бојазан да сведок неће говорити истину у присуству окривљеног не оправдавају примену ове мере.[57] Одлучивање о овој мери је дискреционо овлашћење суда, али тек по испуњењу законских претпоставки за њену примену.[58] Једна од њих је и чињеница да се на други начин не може отклонити поменута опасност од знатне штете по добробит сведока. То значи да суд при одлучивању разматра и друге опције које му стоје на располагању у циљу разрешења напетости између интереса поступка за утврђивањем истине, интереса одбране и интереса самог сведока. Тако нпр. он треба да има у виду привремено удаљење окривљеног из суднице, искључење јавности главног претреса, омогућавање присуства пуномоћника или лица од поверења приликом саслушања сведока, одрицање од саслушања у случају

[52] G. Krapf, Audiovisuelle Zeugenvernehmung, Kriminalistik 5/02,, с. 310.

[53] Чл. 5. ст. 1. Act no. 93/99 Португалије.

[54] Вид. нпр. формулацију чл. 168е. и чл. 247а. ЗКП Немачке.

[55] Законодавац је пажљиво бирао изразе. Видети алтернативне речи које су првобитно фигурирале у нацрту немачког закона (H. Diemer, Der Einsatz der Videotechnik in der Hauptverhandlung, NJW 23/99, с. 1669).

[56] G. Krapf, *op. cit.*, с. 310.

[57] H. Diemer, Der Einsatz der Videotechnik in der Hauptverhandlung, NJW 23/99 с. 1669.

[58] Тако H. Diemer, *op. cit.*, с. 1669.

постојања веродостојног признања,[59] итд. При томе је спорно да ли удаљење окривљеног из суднице и искључење јавности главног претреса треба да имају предност над видео конференцијском везом или не. Једни им признају такву предност, позивом на превасходни значај начела непосредног личног саслушања,[60] док им други то поричу, с обзиром на претежност потребе за заштитом интереса одбране окривљеног.[61] Ако при овом одмеравању интереса суд остане у сумњи, онда по принципу правило – изузетак, треба да поступи по правилу, односно саслуша сведоке у судници.[62] Одлука суда треба да је, у складу са општим правилима, образложена и објављена.[63] Ради спречавања одуговлачења поступка, као и у интересу правне сигурности, судска одлука о примени ове мере се у неким земљама не може побијати.[64] Неки такво решење сматрају дискутабилним у контексту супротних одредаба у вези са применом мере удаљења окривљеног из суднице и читања записника са исказима сведока уместо њиховог непосредног саслушања.[65]

3. За разлику од других, португалско право даје веома исцрпну регулативу ове мере. Тако се предвиђа да се о њој одлучује на захтев државног тужиоца, окривљеног или сведока а након претходног саслушања субјеката који нису поднели захтев.[66] Сведочење на даљину се даје у јавној згради, по могућности у суду, полицији или затвору, чије просторије нуде одговарајуће услове за инсталацију неопходних техничких справа. Суд може ограничити приступ месту где се даје сведочење, допуштајући то само неопходном техничком, службеном и особљу личног обезбеђења. Судија који председава радњи обезбедиће судију на месту где се даје сведочење, који је дужан да: идентификује и узме заклетву од сведока, обез-

[59] Вид. чл. 222. II Richtlinien für das Strafverfahren und das Bussgeldverfahren (RiStBV).

[60] H. Diemer, *op. cit.*, с. 1669. Он критикује систематику закона, сматрајући да је у немачком праву било логичније да се ова мера регулише у чл. 250а, одмах после проклamације начела личног саслушања у чл. 250, који гласи: „Ако доказ о некој чињеници почива на саслушању неког лица, оно се мора саслушати на главном претресу. Саслушање не сме бити замењено читањем записника са раније датим исказом или са писменом изјавом".

[61] Тако Laubenthal, JZ 1996, с. 344.

[62] H. Diemer, *op. cit.*, с. 1670.

[63] Тако H. Diemer, *op. cit.*, с. 1671, позивом на чл. 34. и чл. 35. немачког ЗКП.

[64] Тако чл. 247а. ЗКП Немачке. Тиме је, осим жалбе, искључена и ревизија, с обзиром на одредбу чл. 336. ст. 2.

[65] H. Diemer, *op. cit.*, с. 1671. Он сматра да примена видео линка принципијелно ништа мање не дира у принцип утврђивања истине и заштиту интереса окривљеног.

[66] Иако није експлицирано, то у другим правима произилази из неких општих правила, нпр. чл. 33. ст. 1. немачког ЗКП, по коме доношењу судске одлуке у току главног претреса претходи саслушање учесника поступка.

беди преношење његовог исказа, обезбеди да сведок да слободан спонтан исказ, обезбеди да сведок јасно разуме питања и да истовремено пренесе одговоре, поступа као интерлокутор председавајућег судије обраћајући пажњу на сваки инцидент за време сведочења, обезбеди аутентичност и интегритет видео снимка приложеног записнику, предузме све правно допуштене превентивне, дисциплинске и забрањујуће мере које су адекватне за примену ограниченог приступа месту, и уопште да обезбеди сигурност свих присутних лица. Сведочење путем видеоконференцијске везе сматраће се као да је дато у присуству судије.[67]

4. Према неким правима, саслушање сведока путем техничких уређаја за пренос слике и звука може се снимати ако постоји бојазан да сведок неће моћи бити саслушан на даљем главном претресу а снимање је потребно ради утврђивања истине.[68] Наведена бојазан постоји ако конкретне чињенице оправдавају претпоставку да се саслушању сведока на даљем главном претресу супротстављају вероватне неотклоњиве препреке стварне или правне природе. Под даљим главним претресом подразумева се главни претрес у истом поступку, па и онај после ев. укидања пресуде од стране вишег суда, као и у другом кривичном поступку који се води против саучесника.[69] Снимање саслушања је потребно ради утврђивања истине ако је битно за доношење пресуде, а не само ако је то једини начин.[70] Дакле, овој мери се може прибећи и кад изгледа да је у интересу сведока да се поштеди даљих саслушања. Употреба овог звучно-оптичког снимка је допуштена само у сврхе кривичног гоњења и ако је то потребно за утврђивање истине. Сходно се примењују правила о праву увида браниоца и оштећеног, с тим што им се могу предати копије снимка, које се не могу умножавати и даље прослеђивати. Оне се предају државном тужиоцу ако не постоји оправдан интерес за даљу употребу. За уступање снимка или издавање копије другима потребна је сагласност сведока.[71]

5. Могло би се рећи да је примарни циљ ове мере елиминисање свих негативних последица атмосфере у судници која би могла изазвати секундарну виктимизацију жртава.[72] У том смислу она се нарочито препоручује

[67] Чл. 6 – 10. и чл. 15. Act no. 93/99 Португалије.

[68] Тако чл. 247а. ст. 4. немачког ЗКП.

[69] T. Janovsky, Zeugenvernehmung mit Video, Kriminalistik 7/99, с. 454.

[70] У току законодавног рада напуштена је првобитна рестриктивна опција са изразом „неопходно" *(unerläslich)* уместо усвојеног израза „потребно" *(erforderlich).*

[71] Сходна примена чл. 58а. ст. 2. немачког ЗКП.

[72] Нпр. чл. 244а. ст. 2. ЗКП Мађарске; чл. 247а. ЗКП Немачке; чл. 109а. ст. 2. рад. верз. ЗИД ЗКП; чл. 240а. ст. 1. тач. 5. ЗКП Словеније; чл. 170. ст. 1. ЗКП Косова; чл. 19. ст. 1. Act no. 93/99 Португалије;

ради заштите посебно осетљивих сведока,[73] као и деце и малолетника. Истраживања су показала да такав начин саслушања има пет предности: значајно се смањује опште психичко оптерећење малолетних сведока; избегава се сусрет сведока са оптуженим; дете се изолује из неповољне атмосфере суднице; сведоци су мање изложени стресу и дају конзистентније и течније податке; претпоставља се да омогућава давање исказа и млађе деце пред судом.[74] Сведок се саслушава у посебној просторији без присуства странака, које му могу постављати питања путем техничких уређаја за пренос слике и звука. Негде је то предвиђено као могућност,[75] негде као обавеза суда,[76] а негде као право детета сведока.[77] Тамо где је то само могућност суда, суд се руководи интересима сведока или интересом утврђивања истине.[78] У нашем праву суд прибегава овој мери кад оцени да је то потребно, с обзиром на особености кривичног дела и својства личности малолетног лица.[79] У неким правима је употреба техничких уређаја за пренос слике и звука обавезна у случају лица која у време саслушања нису навршила четрнаест година а оштећена су у својој полној сфери неким кривичним делом. У осталим случајевима, саслушање тих лица обавиће се на наведени начин само на њихов захтев.[80] У Енглеској је коришћење интерне телевизије могуће само код сексуалних и деликата насиља и код одређених врста судова.[81] Оваква техника саслушања примењује се и у случају детета оштећеног кривичним делом за које судеће веће одлучи да га изван главног претреса саслуша председник већа.[82]

Поред саслушања деце и малолетника, она често обухвата и саслушање сведока који се због старости, болести или других важних разлога не могу појавити пред судом.[83] Њен секундарни циљ је савладавање просторних препрека, укључив ту и пружање међународне кривичноправне помо-

[73] Чл. 102а. рад. верз. ЗИД ЗКП; чл. 29. Act no. 93/99 Португалије; чл. 9. ЗОЗСПУС БиХ; чл. 9. Закона о заштити свједока у кривичном поступку Републике Српске (ЗОЗС РС); чл. 239. ст. 1. ЗКП Норвешке (у погледу ментално заосталих и на сличан начин хендикепираних жртава сексуалних кривичних дела).

[74] Davis/ Noon, An evaluation of the live link for child witnesses, 1991, naved. prema M. Bohlander, *op. cit.*, с. 93.

[75] Чл. 162а. ст. 2. ЗКП Аустрије.

[76] Чл. 248. ст. 5. ЗКП Хрватске.

[77] Чл. 101. ст. 5. ЗКП ЦГ.

[78] Чл. 162а. ст. 2. ЗКП Аустрије.

[79] Чл. 152. ст. 3. ЗМУЧ.

[80] Чл. 162а. ст. 3. ЗКП Аустрије.

[81] За Енглеску вид. код M. Bohlander, Der Einsatz von Videotechnologie bei der Vernehmung kindlicher Zeugen im Strafverfahren, ZStW 1/1995, с. 90.

[82] Чл. 346. ст. 3. ЗКП Хрватске.

[83] Чл. 247а. ст. 1. ЗКП Аустрије; чл. 100. ст. 6. ЗКП ФбиХ; чл. 86. ст. 6. ЗКП БиХ; чл. 150. ст. 6. ЗКП РС.

ћи. Тако се овој мери прибегава ако сведок због боравка у иностранству не може или неће да се појави пред судом, ако надлежни инострани органи пруже правну помоћ.[84] Тај циљ је једини признат циљ ове мере у нашим поступцима за организовани криминал и за ратне злочине, што се с правом критикује.[85] Саслушање путем видео конференцијске везе се ту предвиђа само ако није могуће обезбедити присуство сведока или оштећеног на главном претресу.[86] Због тога је могуће да ће у пракси неки сведоци настојати да буду недоступни суду, да би обезбедили саслушање путем видео конференцијске везе и тако се заштитили. Тиме би се иза једног формално-правног разлога крио дубљи смисао ове мере.

Чл. 9. Другог додатног протокола уз Европску конвенцију о узајамној помоћи у кривичним стварима,[87] као и чл. 10. Конвенције о узајамној помоћи у кривичним стварима између држава чланица Европске Уније[88] регулишу саслушање путем видео конференције. Ако се лице налази на територији једне државе потписнице, а треба да буде саслушано као сведок или вештак од стране судских власти друге државе потписнице, ова последња може, ако није пожељно или могуће да се то лице појави лично, захтевати да се саслушање обави путем видео конференције. Замољена држава ће прихватити саслушање путем видео конференције уколико она не буде у супротности са основним принципима њеног права и ако поседује техничка средства за такву врсту саслушања. Ако замољена држава не поседује техничка средства за видео конференцију, та средства може обезбедити држава молиља уз сагласност замољене државе. Захтев за саслушање путем видео конференције, између осталог садржи и разлог због којег није пожељно или могуће да сведок или вештак дође лично, назив судског органа и имена лица која ће вршити саслушање. Судски орган замољене државе ће позвати дато лице у складу са облицима установљеним у њеном праву.[89] Судски орган замољене државе ће бити присутан током саслушања, по потреби уз помоћ преводиоца, и биће одговоран како за обезбеђење идентификације саслушаваног лица, тако и за поштовање основних правних принципа замољене државе.[90] Ако судски орган замољене

[84] Чл. 247а. ст. 2. ЗКП Аустрије; чл. 244а. ст. 2. ЗКП Мађарске.

[85] Вид. М. Шкулић, Организовани криминалитет. Појам и кривичнопроцесни аспекти, Београд, 2003, с. 297.

[86] Чл. 15љ. ст. 1. нашег Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала (ЗОК) и чл. 14. нашег Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине (ЗОРЗ).

[87] Council of Europe, ETS no. 182.

[88] Усвојена у Бриселу, 29.05.2000.

[89] Тако и чл. 30. Crime (International Co-operation) Act 2003 (UK).

[90] Упор. чл. 30. ст. 4. и 5. Crime (International Co-operation) Act 2003 (UK).

државе сматра да се приликом саслушања вређају основни правни принципи замољене државе, одмах ће предузети неопходне мере да се саслушање настави у складу са тим принципима. Надлежни органи државе молиље и замољене државе ће се сагласити око мера за заштиту саслушаваног лица.[91] Саслушање ће се спровести директно од стране судског органа државе молиље у складу са њеним правом. На захтев државе молиље или лица које треба саслушати, замољена држава ће по потреби обезбедити да саслушаваном лицу помаже тумач. Лице које треба саслушати може се позвати на своје право да не сведочи, које му припада било по праву замољене државе, било државе молиље.[92] Без штете по договорене мере заштите, судски орган замољене државе ће на крају саслушања сачинити записник са ознаком датума и места саслушања, идентитета саслушаваног лица, идентитета и функција осталих лица замољене државе која су учествовала у саслушању, положених заклетви и техничких услова под којима је саслушање предузето. Тај документ ће бити прослеђен надлежном органу државе молиље. Свака страна ће предузети неопходне мере да примени своје право према лицу које треба да саслуша на својој територији а које неосновано одбија да сведочи или не сведочи истинито. Када се захтева међународна правна помоћ у односу на сведока коме је потребна заштита, замољена држава и држава молиља ће настојати да се сагласе око мера заштите датог лица, у складу са њиховим националним правом.

Циљ ове мере може бити и брзо и безбедно спровођење поступка. Такво саслушање се нпр. предвиђа за окривљеног или сведока лишеног слободе, чије би присуство на главном претресу угрожавало јавну безбедност (нпр. због опасности да се организује бекство или отмица саслушаваног лица). [93] Нека законодавства се не упуштају у разлоге за примену ове мере.[94]

6. Против примене ове мере наводи се да техничка веза не може заменити лични контакт.[95] Ипак, погрешно је означавати такве сведоке као виртуелне сведоке, јер они стварно постоје, само нису физички присутни.[96] По некима, ова мера представља одступање од начела непосредност-

[91] Слично чл. 30. ст. 7. Crime (International Co-operation) Act 2003 (UK).

[92] Према чл. 30. ст. 9. Crime (International Co-operation) Act 2003 (UK), сведок не може бити обавезан да да исказ који не би морао дати у делу УК у коме замољени суд врши јурисдикцију. Такође, сведок не може бити обавезан да сведочи у својству службеника Круне, као ни онда ако би то било штетно за безбедност УК.

[93] Тако чл. 244а. ст. 2. ЗКП Мађарске.

[94] Чл. 46. ст. 2. ЗКП Канаде; чл. 109а. ЗКП Норвешке.

[95] Тај приговор се чуо у поступку усвајања овог законског решења у Немачкој (вид. H. Diemer, Der Einsatz der Videotechnik in der Hauptverhandlung, NJW 23/99 с. 1668).

[96] Тако и М. Шкулић, *op. cit.*, с. 298.

ти.[97] Сматрамо да се њоме само физички одступа од начела непосредности, али се оно у суштини поштује, захваљујући техничкој вези током суђења. Очувано је право на процесну комуникацију учесника кривичног поступка каква је могућа и у условима физичке присутности свих лица у судници. У свему се примењују општа правила о саслушању сведока (нпр. заклетва, упозорења сведоку, допунска питања...). Неке модификације су ипак нужне. То се, пре свега, односи на практичну немогућност суочења. Можда би оно, теоријски, и било изводљиво, али би га чињеница да је живи контакт уступио место видео вези, ипак учинила неефикасним. Осим тога, видео конференцијска веза може утицати и на формирање слободног судијског уверења приликом оцене доказа, с обзиром на могућност неквалитетног преноса слике и звука у вези са праћењем телесних реакција сведока. До забуне може доћи и ако камера није фокусирана на лице које поставља питање. Саслушавано лице, надаље, може бити узнемирено и нервозно због присуства опреме за снимање, што смањује његову поузданост.[98]

2. Мере везане за радње процесне принуде

Заштитне мере не морају бити искључиво мотивисане потребом заштите сведока. У недостатку посебних мера за заштиту сведока, тој сврси могу послужити и неке опште процесне установе. На овом месту обрадићемо две такве установе везане за радње процесне принуде: притвор и забрана састајања са одређеним лицима.

1) Притвор

Притвор као облик превентивног лишења слободе уз затварање окривљеног представља најтежу меру процесне принуде, која се наређује ради испуњења одређеног процесног циља. Један од процесних циљева притвора је и заштита доказа потребних поступку. Отуда у многим земљама тзв. колузиони притвор. Сматра се да је колузија као основ ограничавања слободе заостатак старог инквизиторског поступка и да је неспојива са оп-

[97] G. Krapf, Audiovisuelle Zeugenvernehmung, Kriminalistik 5/02, c. 309; M. Hussels, Videoübertragungen von jugendlichen Zeugen in Missbrauchsprozessen – eine Bestandsaufnahme und Überlegungen de lege ferenda, ZRP 7/ 1995, c. 243.

[98] За ове и друге приговоре у вези са видео конференцијском везом у контексту некривичних поступака, вид. M. A. Kenny, T. Hong, Objecting to video merits hearings, http://www.ailf.org/lac/lac_pa_121203.asp, доступно 03.07.2005.

тужним начелом, по коме је окривљени субјект поступка, који једнако као и тужилац има право да прикупља доказе за своју одбрану.[99]

У неким правима колузиони притвор постоји и ако особите околности указују да ће окривљени ометати поступак утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче.[100] Иако је потреба за притвором по овом основу најприсутнија у истрази, нема сметњи да се он нареди и по завршеној истрази, све до изрицања првостепене пресуде. Он се, међутим, мора укинути чим се обезбеде докази због којих је одређен. По себи се разуме да му нема места после изрицања пресуде и да тада мора бити укинут ако је раније био одређен. За одређивање односно продужавање притвора по овом основу није довољно да се истакне само апстрактна могућност утицања, која постоји у свим стварима у којима треба да се саслушају сведоци, саучесници или прикривачи, већ треба навести конкретне особите околности које потврђују постојање ове опасности.[101] Такође није довољна претпоставка да би окривљени који пориче учинилаштво могао утицати на сведоке ако остане на слободи.[102] Притвор по овом основу се не би могао одређивати ни због могућности окривљеног да подстрекава већ испитане сведоке на лажно сведочење.[103]

И у француском праву је 1970. уведен притвор (detention provisoire) ради спречавања утицаја на сведоке или жртве,[104] мада је и пре те реформе било мишљења да притвор може служити и ради заштите сведока. Иако је законодавац мислио пре свега на потребу утврђивања истине у поступку, овом мером се може штитити и личност сведока. Тиме се избегава да сведок буде изложен угрожавању или агресији од стране окривљеног.[105]

---

[99] Н. Огорелица, *op. cit.*, с. 289; М. Грубач, Кривично процесно право. Увод и општи део, Београд, 2004, с. 362.

[100] Вид. чл. 142. ст. 2. тачка 2. нашег ЗКП; чл. 148. ст. 1. тачка 2. ЗКП ЦГ; чл. 132. ст. 1. тачка б) ЗКП БиХ; чл. 105. ст. 1. тачка 2. ЗКП Хрватске; чл. 146. ст. 1. тачка б) ЗКП ФбиХ; чл. 189. ст. 1. тачка б) ЗКП РС. Вид. и чл. 180. ст. 2. тачка 2. ЗКП Аустрије, по коме се може утицати и на вештаке.

[101] Врховни суд Хрватске II Кж. 117/73, навед. према Т. Васиљевић, М. Грубач, Коментар Законика о кривичном поступку, Београд, 2003, с. 271; Решење Окружног суда у Београду Кв. 2619/03 од 17.10.2003, у: И. Симић, А. Трешњев, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, пета књига, Београд, 2004, с. 214-215.

[102] Врховни суд Словеније Кж. 38/68 од 17.01.1968 ; Окружни суд Љубљана К. 209/66 од 07.09.1966, навед. према Т. Васиљевић, М. Грубач, *op. cit.*, с. 272.

[103] Врховни суд БиХ Кж. 942/69 од 24.10.1969, навед. према Т. Васиљевић, М. Грубач, *op. cit.*, с. 272.

[104] Чл. 144 француског ЗКП (Loi no. 70-463 du 17 juillet 1970, art. 1 Journal Officiel du 19 juillet 1970).

[105] Tako i J. Pradel, La protection du témoin contre les pressions. Aspects du droit pénal français, Revue internationale de criminologie et de police technique 2/96, с. 164.

Још је експлицитнија одредба чл. 65 Правила о поступку и доказима МКТЈ: „Претресно веће може издати налог за пуштање на слободу само након што чује став земље домаћина и само ако се увери да ће се оптужени појавити на суђењу и да, у случају пуштања на слободу, неће представљати опасност ни за једну жртву, ни за једног сведока, ни за било коју другу особу."

Било је предлога и за установљавањем посебног основа за одређивање притвора ако је кривично дело насиља у породици извршено кршењем заштитне мере.[106]

2) Забрана састајања са одређеним лицима

Поред притвора, савремена права познају и друге, лакше мере процесне принуде којима се може ограничити слобода кретања окривљеног. Међу њима се налази и нека врста контролисане слободе окривљеног, која се у француском праву назива судска контрола (du controle judiciaire). Суштина је у томе да се окривљени налази на слободи и под контролом суда у вези са извршавањем наметнутих обавеза или забрана. Тако чл. 138. ст. 2. тачка 9. француског ЗКП између осталог предвиђа могућност наметања окривљеном обавезе уздржавања од посећивања или сусретања одређених лица посебно означених од стране суда, као и ступања у везу са њима на било који начин. Ова формулација је довољно широка да се може применити и на угрожене сведоке. Међутим, та одредба се у пракси мало користи за обезбеђење заштите сведока из простог разлога што је то питање актуелно у области тешког криминала, где је чешће стављање окривљеног у притвор.[107] Ова мера се у француском праву може користити у поступцима за дела са прописаном казном затвора или тежом казном.

Нека права познају посебну меру процесне принуде под називом забрана напуштања боравишта.[108] Наиме, ако постоје околности које указују да би окривљени могао побећи, сакрити се, отићи у непознато место или у иностранство, суд му може образложеним решењем забранити да без одобрења напусти место боравишта. Уз ову меру као основну може бити наређена једна или више допунских мера. Једна од њих је и забрана састајања са одређеним лицима. У циљу заштите окривљеног, у неким правима је прописано да се тим мерама не може ограничити његово право да се несметано виђа са члановима породице, блиским сродницима и својим

[106] В. Николић-Ристановић, Породично насиље у Србији, Београд, 2002, с. 136.
[107] Ј. Прадел, *op. cit.*, с. 165.
[108] Чл. 136. нашег ЗКП; чл. 140. ЗКП ФбиХ; чл. 183. ЗКП РС; чл. 126. ЗКП БиХ.

браниоцем.[109] Пропуст је нашег законодавца што ову заштитну одредбу није изузео у случајевима кривичних дела учињених на штету наведених лица, као што је то предвиђено у црногорском и хрватском праву, где је забрана састајања са одређеним лицима једна од могућих самосталних мера надзора односно мера опреза.[110] Према хрватском праву, у решењу којим налаже меру опреза забраном приближавања одређеној особи и забраном успостављања и одржавања везе с одређеном особом, суд ће одредити раздаљину испод које се окривљени не сме приближити одређеној особи, те забранити успостављање или одржавање изравне или неизравне везе с одређеном особом.[111] Мере могу трајати док за то постоји потреба, а најдуже до правноснажности пресуде. Осим тога, истражни судија или председник већа дужан је да свака два месеца испита да ли је примењена мера још потребна. Против решења којим се одређују, продужавају или укидају ове мере странке могу изјавити жалбу, а јавни тужилац и против решења којим је његов предлог за примену мере одбијен. О жалби одлучује ванрасправно веће у року од три дана од дана пријема жалбе. Жалба не задржава извршење решења.

Меру забране састајања са одређеним лицима треба разликовати од садржински сличних заштитних мера које се прописују у области заштите од насиља у породици. Прва мера је општа и може се изрећи у вези са било којим кривичним делом, док је друга специјална и покрива само област насиља у породици. Прва мера представља радњу процесне принуде, чији је циљ обезбеђење присуства окривљеног, док је друга категорија материјалног кривичног, прекршајног или грађанског права, чији је циљ обезбеђење сигурности жртве и спречавање будућег насиља. Прва мера се изриче у кривичном поступку, а друга по правилу у прекршајном или грађанском поступку.

3) Обавештавање жртве о пуштању окривљеног на слободу

Нека законодавства прописују обавезу обавештавања жртве кривичног дела о пуштању окривљеног на слободу пре доношења првостепене пресуде, са навођењем меродавних разлога за то и блажих мера изречених окривљеном. Негде је та мера предвиђена за све жртве кривичних дела,[112]

[109] Чл. 136. ст. 3, нашег ЗКП.
[110] Вид. чл. 139. ЗКП ЦГ; 90. ст. 3. ЗКП Хрватске.
[111] Чл. 91. ст. 4. ЗКП Хрватске.
[112] Чл. 225. Vorent. Швајцарске.

а негде само за дела насиља у породици.[113] У неким правима, ако је пуштен на слободу окривљени који живи у заједничком домаћинству са малолетником оштећеним сексуалним кривичним делом, или који на други начин може на њега непосредно утицати, без одлагања се обавештава служба за малолетнике да би могла предузети потребне мере за заштиту оштећеног.[114] Ову меру смо сврстали у групу мера за спречавање физичког сусрета сведока са окривљеним, јер од благовременог информисања жртве о томе зависи њена приправност да се сама заштити и избегне евентуалне сусрете са окривљеним.

[113] Новопредложени чл. 193. ст. 5а Нацрта ЗИД ЗКП Аустрије.
[114] Чл. 221. ст. 2. RiStBV Немачке.

Dr Snežana Brkić, Assistant Professor
Novi Sad Faculty of Law

Measures of Witness Protection Through Preventing the Physical Encounter of Accused and Witness

Abstract

The paper analyzes measures of witness protection through preventing the physical encounter of accused and witness. They can be directed to the physical puting out of action of intimidation and retaliation, but also to the protecting the physical integrity of witness, in other words to the preventing his secondary victimisation. This kind of measures of witness protection can be related to the rules of evidence and to the process coercion.

Some legislatures exclude the possibility of confrontation witnesses with the accused in interest of witness protection. It is especially desirable by children and other vulnerables witnesses. Somewhere, the prohibition of confrontation is limited to the criminal offences against sexual integrity.

Contribution to the witness protection is also such kind of organisation of recognition that person who is recognized can not see and hear the person who perform the recognition.

The temporary removing of the accused from a courtroom can also be the measure in function of witness protection. It is also provided for judges duty to inform the accused about process after his return at the session.

Sometimes the legislatures issue the victims right to safe place of waiting to hearing. Finally, we have a hearing by video – conference and close circuit television. Primary goal is elimination of negative consequences the courts atmosphere. It can be possibility or duty. This measure is not exception to the principle of immediacy.

Some general institutions with regard to process coercion can also be in function of witness protection. There are detention on acount of influence on witnesses, prohibition of meeting with certain persons and obligatory notice about releasing accused from detention.

343.222.7(497.11)

Мр Татјана Лукић, асистент
Правни факултет у Новом Саду

ОТКРИВАЊЕ И ДОКАЗИВАЊЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛА У СРБИЈИ

-контролисан превоз и испорука предмета кривичног дела као посебна мера откривања и доказивања кривичних дела организованог криминала-

Сажетак: *Криминалне активности свих учесника организованих криминалних група се не могу открити ни доказати класичним институтима кривичног и кривичног процесног права. Због тога класичне истражне мере не могу бити довољна запрека развоју оргаизованог криминала. Класичним истражим мерама се могу евентуално, у ретким случајевима открити и доказати неосредни извршиоци кривичних дела који обично потичу са дна криминалне пирамиде. Због свега овога савремени законодавац посеже, између осталог, за различитим инструментима кривичног процесног права којима жели да осигура ефикасну борбу против организованог криминала, међу којима су нарочито значајне тајне истражне мере које су у последњој декади прошлога века ушле у кривично процесно законодавство у многим европским земљама.*

Кључне речи: *организовани криминал, посебне мере, контролисан превоз и испорука предмета кривичног дела.*

Када се говори о кривичнопроцесним аспектима организованог криминала мисли се на реаговање надлежних органа преткривичног и кривичног поступка на ову појаву, односно на начине на које се у оквирима правног система реагује на потребу ефикаснијег откривања и доказивања кривичних дела која спадају у овај облик криминалитета. Данас, кривичнопроцесна законодавства у највећем броју земаља скоро без изузетка предвиђају у већој или мањој мери, одређена посебна правила када су у питању кривични поступци који се односе на кривична дела организованог криминала. Однос ових посебних правила према општим, која су садржана у изворима кривичног процесног права се своди на познату релацију између норми *lex specialis* и *lex generalis*.

Доношењем новог Законика о кривичном поступку[1] први пут су у наше кривично процесно законодавство уврштена извесна посебна правила које се односе на кривична дела организованог криминала. Иако су ова решења представљала крупан корак, није дошло до већег одступања од традиционалне концепције нашег кривичнопроцесног законодавства. Међутим, веома брзо су се ова нова решења показала као недовољна и то је имало за последицу доношење читавог низа других правила кроз новелу ЗКП-а[2] садржану у новој Глави XXIXа Законика о кривичном поступку. Овом новелом уведени су потпуно нови кривичнопроцесни, а пре свега доказни механизми који се првенствено, или чак искључиво односе на поступке за кривична дела организованог криминала, што је значајно модификовало наше целокупно кривичнопроцесно законодавство и ове промене представљају најзначајнију новину у нашем кривичном поступку.

Посебна правила су донета и у оквиру Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала.[3] Овим законом је уведен читав низ нових правила и кривичнопроцесних механизама у кривични поступак, а исто тако су донета нова правила о организацији и надлежности државних органа преткривичног и кривичног поступка у вези кривичних дела са елементом организованог криминала. На овај начин је створено веома обимно споредно кривичнопроцесно законодавство, уместо да су одређена правила инкорпорисана у Законик о кривичном поступку где им је и место, с обзиром да је то основни и најважнији извор нашег кривичног процесног права.

Појмовне карактеристике и фактичке специфичности организованог криминала и његових актера за последицу имају велике доказне тешкоће

[1] Законик о кривичном поступку донет је 28.12.2001. године (Сл.лист СРЈ 70/2001), а ступио је на снагу 28.03.2002. године.

[2] Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку донет је 19.12.2002. године (Сл. лист СРЈ 68/2002.), а ступио је на снагу 27.12.2002. године.

[3] Службени гласник РС 42/2002.

када су кривична дела са елементом организованог криминала предмет кривичног поступка. Потреба стварања адекватних кривичнопроцесних механизама за превазилажење, или бар неопходно минимизирање тих фактичких тешкоћа, представља ratio legis за утврђивање основних кривичнопроцесних правила у погледу организованог криминала, која се суштински своде на креирање одговарајућег нормативног амбијента у оквиру којег се кривична дела организованог криминала лакше и једноставније могу разјашњавати и доказивати.[4]

Кривични поступак за дела организованог криминала има читав низ посебних - специфичних процесних решења која се у првом реду односе на откривање и доказивање ових кривичних дела. Ове специфичности кривични поступак сврставају у групу посебних кривичних поступака у којима је процесни модел прилагођен посебним захтевима кривичног случаја.

У контексту диференцијације процесних форми,[5] поставља се питање да ли је ***кривични поступак за организовани криминал*** у Србији ***посебна процесна форма*** или ***процесни варијабилитет***. Док се под општом формом подразумева она форма која је намењена суђењу у свим случајевима који нису изузети од ње и стављени под посебна правила, под посебном формом се подразумева форма која одступа од опште, а која је заснована на посебним основама и мотивисана посебним циљевима. Диференцијални моменат је присутан у основу и структури процесне форме. Процесни основ је одлучујући разлог стварања посебне процесне форме и можемо га наћи у особеностима процесног објекат и/или субјекта. Специфичан основ за собом повлачи и специфичност прцесне структуре која се може огледати у изостављању или додавању појединих процесних стадијума или фаза поступка, или битној модификацији постојећих. Што се тиче процесног основа он се несумњиво налази у особеностима процесног објекта када се у питању кривична дела организованог криминала (тежина кривичног дела и друштвена опасност). Међутим, диференцираним регулисањем се не мења процесна структура, већ се само мењају поједине одредбе о процесним субјектима и процесним радњама, о чему ће бити посебно речи, тако да се не ради о посебној процесној форми, већ о процесном варијабилитету који карактерише специфичан основ али нема за последицу специфичну структуру процеса.

---

[4] М. Шкулић, *Организовани криминалитет*, Београд 2003, 197.

[5] Више о диференцијацији процесних форми видети: С. Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћење процесне форме*, Нови Сад 2004, 143.

Посебне мере откривања и доказивања кривичних дела организованог криминала

На основу обимних криминалистичких, криминолошких и правних истраживања, као и вишедесетогодишњег искуства полицијске праксе и борбе против организованог криминала у САД-у и у Италији, дошло се до јединственог става у многим развијеним западноевропским земљама у погледу ефикасног супротстављања организованом криминалу. На основу бројних анализа закључено је да је нужна употреба посебних, прикривених мера као што су: нпр. тајно посматрање уз прикупљање и техничко регистровање података разним техничким уређајима, електронски надзор комуникација, употреба прикривених истражитеља, контролисан превоз и испорука предмета кривичног дела и др. Ове мере се по правилу предузимају пре почетка кривичног поступка, са циљем да се открије структура, облик, обим и методе деловања криминалних организација у циљу покретања кривичног поступка против припадника тих организација, а резултати примене ових посебних мера могу се користити у кривичном поступку као доказ постојања одређених чињеница само ако:[6]

- су изричито предвиђене законским одредбама (начело легалитета);
- не постоје блаже мере за остварење истог циља (начело супсидијарности);
- се ради о врло тешким кривичним делима (начело сразмерности);
- је претходно прибављена сагласност судије или се мере обављају под његовим надзором (начело судског надзора).

У погледу остварења истог циља у кривично процесно право се уводи могућност коришћења мера заштите сведока, сведочење тзв. сведока покајника, што би уз ефикасну примени правних механизама одузимања користи стечене кривичним делом и спречавања прања прљавог новца, треба да омогући успешно сузбијање организованог криминала у склопу опште прихваћених правних стандарда ограничења људских права и слобода.

Долажење до информација о организованом криминалу мора се заснивати на офанзивном прикупљању криминалистичко - обавештајних података о његовим носиоцима, структури, логистици, комуникацији и финансијској бази.[7] Због тога криминалистичке истраге у вези са органи-

[6] На основу препоруке садржане у Резолуцији донетој на XVI. конгресу AIDP-a. (A. Kurtović - P. Novoselec - G. Tomašević- S. Gluščić, *XVI međunarodni kongres za kazneno pravo*, HLJKPP 2/1999, 1051.)

[7] Ж. Сачић, Организирани криминал – методе сузбијања, Загреб 2001, 37.

зованим криминалом морају бити проактивне (акција уместо реакције),[8] што значи да треба да се примењују нове поменуте истражне технике којима се анулира прикривеност као карактеристика организованог криминала. Такође, истражна активност не сме се сконцентрисати само на истраживање појединачног криминалног догађаја, већ се у том случају морају прикупити потребни криминалистичко - обавештајни подаци и истражити комплетна криминална структура, сви деликтни ланци и комплетна криминална мрежа у раној фази самог припремања кривичног дела на националном подручју и подручју других држава.

Овакав приступ борби против организованог криминала имао је за последицу доношење нових закона или новелирање постојећег процесног и полицијског законодавства, којима се битно проширује репертоар мера борбе против организованог криминала проширењем могућности међународне полицијске и судске сарадње.

Ради ефикасног сузбијања организованог криминала, као што је већ речено, у многа законодавства је уведена могућност примене посебних мера ради откривања структуре, облика, обима и начина деловања криминалних организација, а у циљу да се прикупи довољно доказа ради покретања кривичног поступка против припадника тих организација. Ове мере се користе када класичне криминалистичке мере и истражне радње не дају веће резултате. Основна разлика између ових посебних мера и класичних општих криминалистичких мера је у доказној снази, помоћу њих, прикупљених података и сазнања. Наиме, док се резултати примене класичних полицијских мера не могу користити пред судом као доказ, осим изузетно, и имају само неформалну сазнајну вредност за потребе координације и планирања даљих истражних радњи у кривичном поступку, подаци и сазнања до којих се дошло посебним мерама, имају доказну снагу пред судом.

Ове мере се различито називају у правној литератури. Тако на пример у немачкој правној литератури[9] наилазимо на следеће називе ових мера: *посебне истражне мере*, *посебне полицијске истражне методе*, *прикривене истраге*. У Америчкој правној литератури[10] се ове мере називају: *тајне методе, тајне операције и поступци*. Назив ***посебне мере*** се чини најадекватнији, јер се већ из наслова види да се оне разликују од општих

[8] W. Sielaff, Vorbeugung und Bekampfung der organisierten Kriminalitat aus der Sicht einer Sicherheitsbehorde, Heidelberg 1996, 152.

[9] Видети: W. Gropp, Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekampfung der organisierten Kriminalitat, Freiburg 1993; W.Burghard, Kriminalistik Lexikon, Kriminalistik Verlag, Heidelberg 1996.

[10] Видети: R. V. del Carmen, *Criminal Procedure – Law and Practice*, Washington 2002; J. G. Cook&P.Marcus, *Criminal Procedure*, New York 2001.

криминалистичких мера које су намењене откривању и разјашњавању општег криминала.

Све ове ***посебне мере су тајне операције*** које се спроводе без знања лица која су тим мерама погођена, уз примену адекватних оптичких, акустичких и других техничких средстава којима се, према правилима обавештајног рада прикупљају релевантна сазнања и подаци о организованој криминалној (терористичкој) делатности. Појам ***тајних операција*** се може одредити као законом установљен поступак у којем се користи низ оперативних и криминалистичко – тактичких мера и радњи у циљу да се придобије поверење лица осумњичених за припремање или извршење законом, посебно одређених тешких кривичних дела, или како би овлашћена службена лица органа унутрашњих послова, уз помоћ законом предвиђених мера и радњи прикупила сазнања или документовала одређене поступке осумњичених лица, а све у циљу прикупљања могућих доказа и утврђивања обима и организације криминалних активности осумњичених лица. Тајне операције се могу, с обзиром на дужину спровођења, поделити на: **дуготрајне**, **краткотрајне** и **ad hoc** операције. Под **дуготрајним операцијама** се подразумева вишемесечно спровођење одређених мера, појединачно или комбиновано, помоћу којих се стално, више месеци прикупљају сазнања и могући докази. У дуготрајне операције спадају: надзор и снимање телефонских разговора, тајно праћење и оптичко снимање лица и употреба прикривеног истражитеља. **Краткотрајне операције** се односе на период од месец дана, а понекад оне трају и само неколико дана, па чак и сати (на пример када се поуздано зна да ће се на одређеном месту у одређено време реализовати купопродаја веће количине дроге, па се пре самог лишења слободе, уз тајно праћење прикупе и други могући докази о умешаности лица која не учествују непосредно у примопредаји, а те доказе не би било могуће прикупити на други начин). **Ad hoc тајне операције** су условљене немогућношћу одгађања спровођења тајне операције, и због тога се иста спроводи што је пре могуће, уз што краће време за припрему и зато оне не смеју бити сложене (нпр. куповина дроге на улици и одмах после тога лишење слободе лица).

Посебне мере се деле на: ***мере инфилтрације*** и ***мере опсервације***. У нашем законодавству *посебне оперативне мере полицијске инфилтрације* у смислу чл.504љ ЗКП-а обухватају: ангажовање прикривеног иследника, склапање симулованих правних послова и пружање симулованих услуга, док су *мере тајне опсервације*:[11] надзор и снимање телефонских и других

[11] Што се тиче ангажовања прикривеног иследника према законском решењу у Закону о кривичном поступку РЦГ, ангажовање прикривеног иследника спада у меру тајног надзора (чл. 237 ст. 1 тачка 9). Закон о кривичном поступку РЦГ – Службени лист РЦГ 71/03, 7/04.

разговора и комуникација другим техничким средствима, оптичко снимање лица, контрола пословних и личних рачуна осумњичњног и контролисана испорука.

Контролисан превоз и испорука предмета кривичног дела

Контролисан превоз и испорука предмета кривичног дела представљају једну од посебних мера откривања и доказивања кривичних дела и то можемо рећи *најмлађу* од свих поменутих мера. Она се првенствено примењује ради откривања и доказивања кривичних дела незаконитог промета опојним дрогама, превоза нуклеарног отпада и сл. Наиме, унутар међународних криминалних организација постоји јасна подела послова, а саме шефове криминалних организација, као и њихове финансијере, веома је тешко довести у везу са конкретним кривичним делом. Један од таквих примера је управо међународно кријумчарење дрога, где углавном *курири* имају контакт са дрогом, док организатори и финансијери долазе у контакт или близину дроге само понекад, и то приликом крајње испоруке. Управо због тога се, применом посебних мера, покушавају открити сва лица која учествују у кријумчарењу (испоручилац дроге, курир, корумпирани службеници полицијских власти, царине и др., финансијери и организатори кријумчарења, купци дроге, руте кријумчарења, начин кријумчарења и др.), и то у свим земљама кроз које пролази дрога, укључујући и оне земље у којима се настоји уложити новац стечен кријумчарењем дрога. Контролисана испорука предмета кривичног дела представља заправо полицијско надзирање илегалног транспорта са одложеном интервенцијом, у циљу да се дође до организатора и финансијера криминалног подухвата.[12]

Да би једна оваква операција била успешна, потребно је да земље које у њој учествују имају законску могућност примене таквих мера. Полицијске власти и правосуђе морају бити веома добро координисани, што подразумева развијен и уређен систем комуникације и, на крају, сама лишења слободе у свим земљама треба да буду истовремена.

У чл. 1 Конвенције УН-а против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци из 1988. године,[13] контролисана испорука је одређена као техника истраге, којом се незаконитим или сумњивим пошиљкама наркотика, психотропних супстанци, као и супстанци из табела које су приложене уз ову конвенцију, или супстанци које их замењују, допушта

[12] C. Joubert, National and International aspects of undercover policing, The police journal 4/95, 309.

[13] Convention against the Illicit Traffic in Narcotic Drug and Psychotropic Substances 1988, http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf

да наставе пут, пређу преко територија или уђу на територију једне земље или више земаља, уз знање и под надзором њихових надлежних органа у циљу идентификације лица умешаних у извршене прекршаје утврђене у складу са чл. 32 ст. 2 Конвенције. Иста Конвенција је позвала у чл. 11 потписнице на примену контролисане испоруке:

1) Ако то допуштају основни принципи њихових националних правних система, стране потписнице ће у оквиру својих могућности предузети потребне мере да омогуће одговарајуће коришћење контролисане испоруке на међународном нивоу, на основу споразума или аранжмана које међусобно ускладе, ради идентификовања лица умешаних у прекршаје утврђене у складу са чл. 3 ст. 1 ове Конвенције[14] и предузимањем законских мера против њих;
2) Одлуке о коришћењу контролисане испоруке доносиће се од случаја до случаја и могу се, када је потребно, узимати у обзир финансијски аранжмани и договори у вези са спровођењем јурисдикција страна о којима је реч;
3) Незаконите пошиљке за чију се контролисану испоруку постигне договор могу се, уз сагласност заинтересованих страна, ухватити и може се допустити да наставе пут са опојним дрогама или психотропним сустанцама недирнутим или уклоњеним или замењеним, у целини или делимично.

У настојању активног суделовања у сузбијању међународног организованог криминала, обавеза преузетих ратификацијом, између осталог и споменуте Конвенције, Законом о изменама и допунама Закона о кривичном поступку Србије из 2002. године у Глави XXIXа, чл. 504о уведена је мера контролисане испоруке[15] којом се дозвољава да нелегалне или сумњиве пошиљке изађу, пређу или уђу на територију једне или више држава, уз знање и под надзором њихових надлежних органа у циљу спровођења истраге и иденфитиковања лица умешаних у извршење кривичног дела.

Контролисана испорука се спроводи по правилима члана 11 Конвенције УН-а против незаконитог промета опојних дрога и психотропних

[14] Криминалне активности предвиђене чл. 3 ст. 1 су: производња, прерада, издвајање, припремање, нуђење, нуђење ради продаје, дистрибуција, продаја, испорука или било који други термин који укључује посредовање, одашиљање и читав низ других таксативно набројаних радњи које се односе на злоупотребу дрога и забрањених психоактивних супстанци, а које су у основи предвиђене и одговарајућим инкриминацијама нашег позитивног кривичног законодавства.

[15] Сам назив мере ***контролисана испорука*** није адекватан, јер овим називом није обухваћен превоз предмета кривичног дела који се такође надзире, тако да би једини правилан назив био ***контролисан превоз и испорука предмета кривичног дела.***

супстанци, уз сагласност заинтересованих држава и постојање принципа реципроцитета. Ова конвенција представља непосредан извор процесног права.

Међутим, иако је ова нова мера веома значајна, могуће је да се јави проблем управо код покушаја примене мере надзираног превоза и испоруке предмета кривичног дела, односно контролисане испоруке како је названа Конвенцијом. Наиме, између осталих претпоставки за примену мера из чл. 504о ЗКП-а, неопходно је да се мера може применити на лица за која постоје основи сумње, што у појединим случајевима може представљати проблем из разлога немогућности утврђивања тачног идентитета лица које шаље или прима сумњиву пошиљку на коју се жели применити управо ова специфична мера, или правно лице које шаље или прима робу не постоји, па тако ни власник. Овај проблем би могао бити решен на тај начин што би се у закону предвидела могућност да се у случају када се не располаже сазнањима о идентитету учесника у кривичном делу, ова мера може одредити према предмету кривичног дела.[16] У БиХ, на пример, ова се мера може предузети и онда када лице према коме се она предузима није индивидуализовано, с тим да је тада неопходно навести друге елементе или околности које су везане уз примену ове мере у конкретном случају, а морају бити испуњени и други услови које закон прописује (да постоје основи сумње да се припрема извршење кривичног дела).[17]

Неопходно је напоменути да примену мере контролисане испоруке прати обично и тајно праћење и техничко снимање лица и предмета, а по потреби, зависно од конкретне ситуације, и надзор и техничко снимање телефонских разговора.

Када је у питању реализација ове мере, у свим законодавствима се она поверава полицији, међутим, надлежност за одобрење ове мере је различито решена. Па тако наше законодавство предвиђа да је орган надлежан за одобравање ове мере **државни тужилац** и да се мера одобрава у формалном облику – писмено.

У САД-у, Италији и Немачкој ову меру одобравају **начелници полиције** одређеног ранга. У Немачкој се ова мера предузима у складу са издатим упутствима надлежних полицијских органа.[18] У Италији, Антимафијашким законом бр. 306/92. (чл. 4) одређено је да начелник полиције може одредити примену мере контролисане испоруке предмета кривичног дела, ако сматра да би то било опортуно, одлажући извршење налога о ли-

[16] Овакво решење познаје хрватско законодавство (чл.180 ст. 4 ЗКП-а). Законик о казненом поступку РХ, Народне новине – Службени лист РХ 110/1997.

[17] Закон о кривичном поступку Федерације БиХ, Службене новине БиХ 35/03, 37/03,56/03.

[18] C. Joupert, наведено дело, 310.

шењу слободе, заплени новца, дроге или оружја, ако је реално очекивати откривање и других припадника злочиначке организације који су у вези са том криминалном делатношћу, нарочито организатора кријумчарског канала и опскрбљивача наркотржишта. О предузимању ове мере се мора обавестити надлежни државни тужилац.

У Хрватској и БиХ ову меру одобрава **истражни судија**, као и све друге посебне мере откривања и доказивања кривичних дела организованог криминала, што има оправдање јер се тим мерама привремено ограничавају права и слободе грађана. Међутим, са друге стране, ако се пође од законом дефинисаног циља примене мере контролисане испоруке, а то је прикупљање свих релевантних података и доказа, на основу којих ће се ако се за то остваре сви процесни услови, тек поднети кривична пријава надлежном државном тужиоцу, који ће одлучити да ли ће поднети захтев за спровођење истраге, онда има извесног смисла да и државни тужилац одобри ову меру. Мишљења сам да ипак истражни судија треба да буде надлежан за одобравање ове мере, на образложени предлог државног тужиоца, јер се њом несумњиво ограничавају грађанска права и слободе.

Одлука о спровођењу ове мере доноси се за сваки конкретан случај посебно, уколико је то неопходно, узимајући при томе у обзир финансијске трошкове.

Још једно важно питање се намеће када се говори о мери контролисане испоруке, а то је да ли предмет ове испоруке могу да буду само дрога и психоактивне супстанце или и неки други предмети. Уколико ову меру посматрамо искључиво са становишта Конвенције УН-а против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци, можемо рећи да би се ова мера могла примењивати искључиво приликом кријумчарења опојних дрога и психотропних супстанци или прекурсора, али не и код других предмета. Иако се ова мера по правилу односи на дроге и психотропне супстанце, није неопходно да се увек ради о дрогама. Ова мера се може користити и када се ради о превозу новчаних средстава, оружја и муниције. Овакво становиште је прихваћено и у нашем Законику о кривичном поступку где се говори о ***нелегалним или сумњивим пошиљкама*** под којима се подразумевају и управо наведени предмети. Мишљења сам да се ова мера може користити и приликом сузбијања кријумчарења минско-експлозивних средстава, нуклеарног материјала или радиоактивног отпада, имајући у виду битно другачији ниво опасности наведених супстанци, уколико би се оне транспортовале. У прилог овом ставу говори и одредба Конвенције УН-а против транснационалног организованог криминала[19] у којој се у чл. 2 тачка *i* каже да надзирана испорука значи технику допуш-

[19] Конвенција УН против транснационалног организованог криминала од 15.12.2000. године са додатним протоколима, Службени лист СРЈ – Међународни уговори 6/2001.

тања да ***недопуштене или сумњиве испоруке*** изађу, пређу преко или уђу на подручје једне или више држава уз знање и под контролом њихових надлежих органа у циљу истраге кривичног дела и идентификације лица која су укључена у извршење кривичног дела. Појмови ***недопуштене или сумњиве испоруке*** обухватају и експлозивне материје и радиоактивни отпад. Уопште се сматра да постоји сумњива пошиљка када није сасвим извесно да је она нелегалног карактера, али одређене индиције упућују на вероватноћу да је она незаконита.

Тренутно можемо рећи да, и поред извесних недоречености у закону, постоје задовољавајуће законске претпоставке које домаћим полицијским властима, али и правосудним органима, уколико дође до поступка, омогућавају потпуну међународну сарадњу код спровођења међународних контролисаних испорука и то, како у погледу покретања те акције, тако и у погледу активног учествовања у њој. Када се говори о ситуацији где наша земља може бити иницијатор међународне контролисане испоруке, онда треба разликовати две могуће ситуације, а то су: а) ситуација када се током царинског прегледа (редовног или циљаног) пронађе сумњива пошиљка која се налази у терету или уз терет чије је крајње одредиште ван наше земље, и б) ситуацију када информатор или прикривени иследник непосредно учествују у превозу сумњиве пошиљке током контролисане испоруке.

Управа за борбу против организованог криминала је од свог оснивања до данас успешно спровела **шест мера** контролисане испоруке у сарадњи са полицијским службама других европских земаља.

Контролисане испоруке могу се поделити на оне које се спроводе на подручју више земаља и оне које се спроводе на подручју једне земље.

Када се говори о мерама које се спроводе на подручју више земаља, исте се могу поделити на:

- иницране (започете) мере у нашој земљи, а крајње одредиште надзираног предмета је у другој земљи;
- иницране (започете) мере у некој другој земљи, а крајње одредиште надзираног предмета је у нашој земљи;
- иницране (започете) мере у некој другој земљи, надзирани предмет пролази кроз подручје наше земље, а крајње одредиште надзираног предмета је у некој трећој земљи.

Свака наведена околност изискује и специфичне припреме за конкретну меру. По правилу је за спровођење такве мере најједноставније када она започиње и завршава у једној земљи, када су и припреме за спровођење такве мере најједноставније.

Осим тајности о којој посебно треба водити рачуна када се ради о контролисаној испоруци, јер у таквој тајној операцији у већини случајева мора учествовати више лица него у другим тајним операцијама, са истом морају бити упознати службеници страних полиција, чиме се повећава број комуникација и чиме долази до повећаног ризика од компромитовања целе операције. Треба напоменути да припрема, спровођење, али и активности после завршетка оваквих операција није могуће спровести без активне улоге службеника Интерпола.

У оквиру Интерпола постоје документи који значајно олакшавају припрему за спровођење тајних операција уопште, а посебно оних у којима се подразумева учествовање више земаља, као што је међународна контролисана испорука. Тако документ под називом *Употреба прикривених истражника у истрагама кријумчарења дрога*[20] (1998) даје одговоре на упитник који су попуњавале земље чланице и из кога се јасно види у којим земљама је каква законска регулатива која уређује ово подручје, ко је надлежан за поступање, коме се треба обратити (бројеви телефона, факса и др.) у случају заједничких активности. Интерполов документ под називом *Инерполов упитник* у контролисаним испорукама у Европи даје јасне одговоре које су законске могућности појединих држава у спровођењу међународне контролисане испоруке, кога треба контактирати у случају заједничких активности и др. Овакви документи олакшавју припремање спровођења међународних тајних операција и то управо када службеници полиције имају најмање времена у самој припреми будућих активности. Међутим, увек треба имати у виду да конкретне операције међународне контролисане испоруке, изискују и специфична решења за сваку такву испоруку посебно.

Закључна разматрања

Успешна борба против организованог криминала подразумева постојање и примену једног кохерентног и координираног система превентивних мера и мера кривично-правне принуде. Међутим, приликом предузимања ових мера морају се узети у обзир неке битне чињенице ових облика криминала као што су склоност променама и сталном прилагођавању актуелним друштвеним условима, коришћење научних и техничких достигнућа у методама криминалне делатности, његова добра ситуираност и адекватна заштита, улога и значај корупције и висок степен друштвене опасности. Сходно томе, намеће се потреба сталног усавршавања метода

[20] О овоме више видети званични сајт Интерпола, http://www.interpol.int

супротстављања овим облицима криминала као и стручности и кадровске опремљености свих субјеката који учествују у тој борби. У складу са тим, долази се до закључка да је потребно постојање специјализованих органа за борбу против организованог криминала и њихова стална едукација.

Добро организована, испланирана и реализована, превентивна и репресивна делатност утичу на спречавање нагле појаве нових облика организованог криминала, тероризма и корупције. Много теже се, на пример, откривају и доказују кривична дела организованог криминала када се дође до сазнања о њиховом постојању у оној фази када је он испољен у таквим формама да је већ заузео одређене позиције у структури власти и одређеним релевантним органима.

У зависности од облика, учесталости и врсте делатности организованих криминалних група, државе примењују различите методе у борби против њих, ангажујући пре свега професионалне органе али и све друге друштвене снаге које својом активношћу могу допринети успешном сузбијању ових облика криминала.

Супротстављање организованом криминалу захтева превазилажење досадашњег начина планирања и нужност прихватања стратешког планирања целокупне криминалистичке, односно оперативне делатности, која је много шира и дубијознија од традиционалног планирања, које се искључиво предузимало након извршеног кривичног дела. Због тога је нужно пратити развој овог криминала, истраживати његову етиологију и феноменологију, користити достигнућа других наука, а методе супротстављања стално прилагођавати одређеним облицима ове криминалне делатности. Исто тако, мора се посматрати суштина организованог криминала, тј. њихова финансијска моћ, прање новца, бављење корупцијом и друштвени статус, и у том смислу донети одговарајуће прописе које треба доследно примењивати у пракси.

Tatjana Lukić, LL.M., Assistant
The Law Faculty of Novi Sad

Revealing and Asserting Criminal Acts of Organised Crime in Serbia

- Controlled Transport and Delivery of Objects of Criminal Acts as a Special Measure in Disclosing and Proving Criminal Offences of Organizes Crime in Serbia

Abstract

Criminal acts of all partakers of organized criminal groups cannot be revealed nor asserted by means of common institutes of penal law and criminal procedures law. It is the reason why common investigation measures cannot prevent spreading of organized crime. Investigation measures will possibly, but seldom, help in identifying and proving the identity of individuals directly involved in the act of crime who, as a rule, belong to the lower segments of crime pyramid. It is the reason why the modern legislator seeks and, among other things, uses various instruments of Criminal procedures law that ensure efficient suppression of organized crime. Among them, secret investigation measures, that were incorporated into the Criminal proceeding law of many European countries are considered particularly important. Amendments to our Code of civil procedure in 2002 have introduced a completely new criminal proceedings and proving mechanisms that, in the first place, or even exclusively, pertain to the procedures for acts of organized crime. In this way, they have substantionally modified our entire criminal procedure legislation. They represent the most important novelty in our criminal procedure. Special secret measures for identifying and proving the acts of organized crime, such as: covert observation along with gleaning and filing information implying the use of various technical appliances, including electronic monitoring of communication, secret investigators, controlled transport and delivery of objects originating from criminal acts, and similar.

The author of this paper elaborates measures of controlled transport and delivery of objects pertaining to the act of crime, and in particular the rules of procedure pertaining to the a/m measure, their implementation, objects of delivery and, at the same time , the author of this paper gives comparative legal solutions; identifying measures that are indispensable in controlled transport, as well as the issue of international cooperation in realization of controlled delivery.

344.14
341.4

Мр Бранислав Ристивојевић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

ЦИВИЛНА ОДГОВОРНОСТ ЗА РАДЊЕ ПОТЧИЊЕНОГ (КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ) ПРЕ УСВАЈАЊА СТАТУТА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ СУДА

Сажетак: *Цивилна одговорност за радње потчињеног се појавила врло рано, већ у време настајања саме доктрине командне одговорности. У време озакоњења норми међународног права у годинама након Другог светског рата она није ухватила корен.*

Кључне речи: *Командна одговорност, одговорност за радње потчињеног, Хашки трибунал, судска пресуда, међународни обичај, доктрина, Међународно кривично право, извори права, надређени.*

Једини акт на међународном нивоу који познаје одговорност за радње потчињеног пре оснивања Трибунала, Први допунски протокол, такође није обухватао цивиле као могуће субјекте ове врсте одговорности.

Одредба одговорности за радње потчињеног Статуа Хашког трибунала потиче из 1993. године и она представља благу прераду одредбе Првог допунског протокола. Проблем са тумачењем речи «superiors» коју користи одредба члана 7(3) Статута Трибунала решавала су судска већа овог правосудног тела. Тумачећи ову одредбу дошли су до закључка да она обухвата и цивилне надређене, поред војних, као субјекте командне

одговорности. Не спорећи да су судска већа Трибунала надлежна да тумаче његов Статут, показало се да позивање на утемељеност њиховог става у међународним обичајима не стоји. Не само да овакав став није утемељен у међународним обичајима, већ се у обичајном праву не могу пронаћи докази ни за супротно. Примене, која је неопходна за уобличавање међународног обичаја једноставно није било. Закључци о природи или садржини командне одговорности тешко се могу утемељити у међународним обичајима пре 1998. године и оснивања Међународног кривичног суда.

При свему овоме могуће је закључити, али не на основу обичајног права, да одредба Статута Хашког трибунала подразумева и цивилне надређене као субјекте командне одговорности. Ово стога што је могуће да су творци Статута желели да одредба обухвати и цивилне надређене као субјекте командне одговорности. У том случају није потребно позивање на обичајно право, већ је довољно, на пример, обично аутентично тумачење.

Мишљења смо да је позивање на обичајно право у пресудама служило да се судска већа заклоне од могућих примедби о ретроактивном примењивању права. Свесни да није сигурно право значење обухвата речи «superior» из члана 7(3) Статута и круга субјеката ове врсте одговорности, судска већа су се повукла у комфор и сигурност најнеодређенијег и најнејаснијег извора Међународног права–обичаја Из јасног писаног права повукли су се у нејасно неписано право.

Посебно смо имали примедбу на коришћене ставова доктрине међународног права у осмишљавању решења за ову правну недоумицу. У маси правних норми која нема изграђено устројство нити све потребне институте и појмове да би се могла назвати правном граном у пуном смислу тих речи, и које је оскудна правим значењима постојећих појмова, свако коришћене мишљења правне науке која немају ослон на постојеће право може се назвати нормирањем.

Увод

Доктрина командне одговорности (или доктрина одговорности за радње потчињеног) се може поделити на више начина односно по више основа. Разлог је врло једноставан. У својој суштини она је вишезначно и сложено биће.

С једне стране могуће јој је прићи са становишта фаза у извршењу кривичног дела иако она, држимо, није кривично дело. У питању су фазе у извршењу кривичног дела потчињеног. Тако постоје командна одговорност за неспречавање, несузбијање и некажњавање кривичног дела подре-

ђеног. У првом случају није спречено кривично дело подређеног које се спремало, у другом није сузбијено кривично дело подређеног које је било у току. У трећем случају није кажњено кривично дело подређеног које се већ догодило.

С друге стране могуће је прићи јој са становишта субјекта командне одговорности. Субјект може бити војни, али и цивилни надређени.

Могуће је извршити поделу доктрине обзиром на облик кривице присутан код субјекта у тренутку пропуштања дужног надзора. Тако постоје умишљајна и нехатна командна одговорност.

Њена правна природа пружа основ за још једну поделу. Ова подела је чини нам се најважнија иако није изазвала толико пажње, нити у стручној, нити у лаичкој јавности. Овде би била у питању подела на командну одговорност као облик одговорности и на командну одговорност као кривично дело.

Постоји још једна могућа подела која је предмет највећих недоумица. У стручној јавности није изазвала нарочите полемике, али међународно и, до одређене мере, унутрашња права посветили су јој дужну пажњу. У питању је подела на командну одговорност за чињење и командну одговорност за нечињење односно пропуштање.

Предмет занимања овог рада је подела одговорности за радње подређеног с обзиром на субјект ове одговорности, пре оснивања Хашког трибунала. Она данас није толико спорна као што је то била 1993. године. Након оснивања Међународног кривичног суда и усвајања његовог статута ова подела се коначно усталила. Велик број држава у поступку спровођења обавеза преузетих потписивањем овог уговора прихвата ову поделу. Ипак остаје питање да ли она постојала пре 1998. године када је донет Статут Међународног кривичног суда? Ако је постојала, питање је када је настала, односно када је ова доктрина почела да важи и за цивилне надређене? Ово питање је тренутно од значаја обзиром да постоји велик број оптужених на основу ове врсте одговорности пред Хашким трибуналом који су били цивилни надређени у ратовима на простору бивше Југославије. Тачан одговор на ово питање говори о тренутку од којег нити један цивилни надређени не може приговорити ретроактивну примену права.

1. Претходно питање

Пре преласка на поделу комадне одговорности морају се поређати према значају постојећи извори међународног кривичног права који познају речену доктрину.

Од више извора који познају одговорност за радње потчињеног најважнији од свих је Статут Међународног кривичног суда. Без обзира на чињеницу да међународно кривично право није уопште изграђено до такве мере да га можемо назвати заокруженом, уређеном и довршеном граном права, ипак се Статут Међународног кривичног суда издваја значајем који му придају државе оснивачи суда. Подршку је добио од толико великог броја држава и међународних организација да се може назвати и светски суд, иако му нико приликом оснивања није доделио ту улогу. Његов Статут се већ назива «малим озакоњењем Међународног кривичног права».

Зато би се претрага могућих подела одговорности за радње потчињеног у првом реду морала ослонити на одредбу дату у члану 28. Статута Међународног кривичног суда. Пошто је наше занимање ограничено на време пре оснивања Међународног кривичног суда ми се не можемо служити само његовим статутом, већ се морамо ослонити на друге изворе.

Први акт на међународној равни који познаје командну одговорност је Први допунски протокол из 1977. године. Овај акт је рађен као дорада Женевских конвенција из 1949. године. Он је незаобилазан у свакој претрази одговорности за радње потчињеног.

Иако се око Статута Међународног кривичног Трибунала и његовог правог важења стручне расправе вероватно скоро неће окончати, чињеница је да он јесте један правни акт на међународном нивоу и да познаје одговорност за радње потчињеног. За тумачење одредби Статута Хашког трибунала, сигурно је да нема бољег средства од пресуда тог правосудног тела.

Питање које постављамо је да ли су судска већа Трибунала доносећи ове пресуде прешле ону границу која дели тумача од творца права?

У вези са претходним поставља се и начелно питање да ли је могуће користити судске пресуде, међународних и унутрашњих правосудних тела као извор Међународног кривичног права? Да ли се ставови о поделама командне одговорности које можемо наћи у судским пресудама могу искористити и на који начин?

1.1. Судска пресуда као извор Међународног права

У Међународном праву судске пресуде, начелно, немају статус извора права. Иако пресуде, строго узевши, нису извор међународног права оне су показатељ праксе држава, односно, оне су један од два елемента потребна за уобличавање обичаја као извора Међународног права. Поред овога судије међународних правосудних институција ће се најнормалније

позвати на раније пресуде као да оне јесу извор Међународног права.[1] Теорија Међународног права је пронашла решење за ову нелогичну ситуацију тако што је пресуде назвала *материјалним* извором Међународног права, за разлику од осталих извора, који несумњиво јесу извори Међународног права (мисли се на попис извора међународног права у члану 38. Статута Међународног суда правде), и који се називају *формалним* изворима међународног права.

То значи да пресуде могу имати двојаку улогу као извор речене гране права. С једне стране служе приликом уобличавања обичаја као извора Међународног права, а с друге стране посредно се појављују као материјални извор Међународног права. Зато ће се извршити претрага пресуда да би се утврдило какво је стање са реченом поделом командне одговорности у примени. Без ове претраге познавање командне одговорности било би мањкаво.

1.2. Судске пресуде као извор Међународног кривичног права

Члан 21. Статута Међународног кривичног суда говори о изворима права које ће суд примењивати. На првом месту су наравно Статут, Елементи злочина и Правила поступка и доказивања. На другом су важећи међународни уговори и, начела и правила међународног права укључујући установљена начела Међународног хуманитарног права. Ако ту не нађе одговора на неки правни проблем Суд може да искористи начела и правила унутрашњих права и правних целина света, укључујући начела и правила права оних држава које би нормално имале надлежност над кривичним делом.

На последњем месту Суду је остављена могућност да примени начела и правила права како их је већ тумачио у претходним одлукама.

Овако уређење извора права које примењује Суд оставља могућност да се и судске пресуде, међународних и унутрашњих правосудних тела примене као извор права. Начела и правила Међународног права могла су бити установљена и судским пресудама међународних правосудних тела укључујући и ad hoc трибунале.[2] Даље, начела и правила унутрашњих

[1] За питање обавезности пресуда Трибунала у Хагу у смислу извора права погледати случај Алексовски: ICTY, Aleksovski IT-95-14/1 „Lasva Valley", Apealls Chamber, *Judgement*, para. 92-115.

[2] «Комисија за прогресивни развој и кодификацију међународног права» је 1947. године од Генералне скупштине ОУН добила задатак да уобличи тзв. «нирнбершка начe-

права и правних целина света такође се могу установљавати судским пресудама. Знамо да постоје правне целине које судским пресудама дају значај извора права. Истина, то ће бити нека врста посредне, пре него непосредне, примене пресуда као извора Међународног кривичног права.

Треба поменути и нову врсту тзв. хибридних судова. У питању су међународно-домаћи судови. Институционално устројство и право које примењују ови судови је мешано, има и међународних и домаћих састојака. Служе, такође, за суђења наводним учиниоцима масовних кршења норми Међународног хуманитарног права када домаћи правосудни систем није дорастао таквом искушењу. За сада постоје три таква случаја: Космет, Источни Тимор и Сијера Леоне.[3] Статут суда за Сијера Леоне изричито каже да ће се суд бити «руковођен» судским одлукама два ad hoc Трибунала у вези са тумачењем норми Међународног хуманитарног права.[4] Ови судови могу да послуже, сматрају њихови заговорници, као спона између међународних и унутрашњих напора на гоњењу и кажњавању масовних кршења Међународног хуманитарног права.

Сасвим је јасно да ће у једној оваквој грани права, оскудној правим значењима појмова који се употребљавају, али и оскудној у појмовима и институтима уопште, судска пракса имати велики значај.[5] Без обзира што

ла». Од седам начела пет се односило на кривичну одговорност, а два на елементе кривичних дела. Разлике између текста овог документа и Статута Међународног војног суда у Нирнебергу незнатне су. «Имајући виду све изложено, може се без резерве констатовати да су тако уобличена начела постављена у нирнбершком процесу, подигнута на ниво општих принципа међународног права...»: Владан Василијевић, *Међународни кривични суд*, Докторска дисертација, Београд, 1965, стр. 183.

[3] На Космету у питању је хибридни правосудни систем, на Источном Тимору у питању је посебно судско веће Окружног суда у Дилију, главном граду Источног Тимора, а у случају Сијера Леонеа у питању је заокружено правосудно тело слично трибуналима за бившу Југославију и Руанду.

[4] Наведно према: Laura A. Dickinson, *The Promise of Hybrid Courts*, AJIL, Vol. 97, No. 2, 2003

[5] „Међународно кривично право нема свој аутономни систем симбола. Оно позајмљује симболе из различитих националних система, а сваки од симбола носи обележја своје историје и традиције. Следствено, међународни правници немају свој изворни, заједнички језик. Зато је у установљавању међународног кривичног права најважије стварање одговарајућег система комуникације односно заједничког језика. Најбољи пут би био упоредна претрага више правних система, њихових одредаба, концепата и терминологије. Исход ове претраге служио би као складиште одредаба будућег међународног кривичног права“: Ryu, Silving, *International Criminal Law-A Search for Meaninig*, објављено у: M. Cherif Bassiouni, Ved P. Nanda, *A Treatise of International Criminal Law*, Springfield, 1973, стр. 34-35, наведено према: L.C.Green, *Book Review*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 22, No 2, 1974, стр. 393

нигде нема непосредног помена судских пресуда као извора права, оне се таквом положају приближавају, ако не у формалном, а оно у материјалном смислу.[6]

Мишљења смо да је потребно прегледати и пресуде односно примену Међународног кривичног права. Без обзира на све мањкавости које пресуде имају као могући извор права, ако се не би користили познавање командне одговорности било би недостатно.

2. Цивилна одговорност зарадње потчињених

2.1. Настанак

Иако је командна одговорност измишљења у случају једног војног команданта, она се врло брзо раширила и на цивилне надређене. Установљена је 1946. године у случају Јамашита, и исте године је употребљавана на Међународном војном суду у Токију. Треба истаћи да је Статут суда није познавао, већ се она налазила у оптужници. Две последње тачке оптужнице су теретиле су неке од оптужених да су наређивали, овлашћивали и:

„...и дозволили кршења закона и обичаја ратовања и безобзирно занемарили своју правну дужност, коју имају захваљујући својој служби, да предузму одговарајуће кораке да обезбеде надгледање и спрече повреде закона и обичаја ратовања.“[7]

[6] «Многи правни посматрачи, нарочито из континенталне правне традиције, би очекивали од кривичног трибунала, због начела законитости, да покаже одређену уздржаност у ширењу права, нарочито у одмеравању казне и примени правних теорија које нису постојале када је кривично дело извршено»: Sassoli, Marco and Laura M. Olson, *International Decisions: Prosecutor vs. Tadic*, American Journal of International Law, Vol 94, No. 3, 2000, p. 577-578.

[7] „...ordered, authorized, and permitted conduct in violation of the laws and customs of war and having recklessly disregarded their legal duty by virtue of their offices to take adequate steps to secure the observance and prevent breaches of the laws and customs of war.“; наведено према: Weston D. Burnett, *Contemporary International Legal Issues-Command Responsibility And a Case Study of The Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders For The Pogrom at Shatila and Sabra*, Military Law Review, 1985, Vol. 107, стр. 116.

У пресуди се, слично одлуци Комисије у случају Јамашита, наводе извори Међународног права који говоре о дужностима односно обавезама команданата, али и цивилних вођа. Према пресуди, влада која има ратне заробљенике односно задржане цивиле, је одговорна према 4. Хашкој конвенцији из 1907. године и Женевској конвенцији Црвеног крста из 1929. године.[8] Овде Суд разрађује наводе тужилаца о командној одговорности цивилних вођа. Суд сматра да су и војни командант и министар одбране једнако одговорни за ратне заробљенике.[9] Суд даље развија командну одговорност кроз нове обавезе команданта у вези са надзором. Као прво командант (или цивилни надређени) одговоран за ратне заробљенике, морао је да успостави и обезбеди делотворну и сталну целину за чување ратних заробљеника.[10] Ако га није успоставио, онда је пропустио своју дужност, и када дође до кршења ратног права над тим заробљеницима, он одговара за та кршења. Ако јесте успоставио такву целину, а није обезбедио да се она стално и делотворно спроводи, опет је пропустио своју дужност и опет одговара, уз услов да је неко правило ратног права повређено, за те повреде.[11] Када се командант и уверио да се његова наређења спроводе, онда је могао да одговара за злочине само ако је знао да се они дешавају, а није предузео такве кораке који су у његовој моћи да спречи чињење таквих злочина у будућности.[12] Последња могућност је била да је командант испунио све дужности напред поменуте, али није знао да се врше злочини. Тада ће одговарати ако је нехатно пропустио да обезбеди такво знање.[13]

Допринос тзв. Токијских суђења схватањима о командној одговорности је ограничен на ширење круга лица који могу да одговарају по доктрини командне одговорности. Осим војних команданата ту су и цивилни надређени који имају обавезе према ратним заробљеницима. Зашто, баш, према ратним заробљеницима? Вероватно зато што се само у случају злочина против ратних заробљеника, нису могла наћи наређења за вршење тих злочина, па се појавила потреба, као код Јамашите, да се примени командна одговорност. Дат је и круг лица која имају обавезе према заробљеницима. То су: чланови владе, пешадијски или морнарички официри у

[8] Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 116.

[9] Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 117.

[10] W.J. Fenrick, *Some International Law Problems Related To Prosecution Before the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia*, Duke Journal of Comparative & International Law, No. 6, 1995, стр. 118.

[11] W.J. Fenrick, наведено дело, стр. 118.

[12] W.J. Fenrick, наведено дело, стр. 118.

[13] „They are at fault in having failed to acquire such knowledge. If such a person had, or should, but for negligence or supineness, have had such a knowledge he is not excused...": Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 117.

јединицама или командама које имају заробљенике, службеници у министарствима која су се бринула за „благостање/добробит“[14] заробљеника, службеници-било цивилни, пешадијски или морнарички-који су вршили непосредан надзор над заробљеницима.[15]

Велико питање јесте да ли је доктрина, тада, 1948. године, несумњиво установљена и за цивилне надређене. Да јесте, требало би да та нова идеја буде изражена у пресудама других правосудних тела која су судила за злочине из Другог светског рата или писаним актима који познају командну одговорност.

На суђењу пред Међународним војним судом у Нирнбергу није било командне одговорности уопште. На тзв. Нирнбершким потпороцесима, суђењима устројеним на основу Закона контролног савета број 10, било је командне одговорности, само за војне надређене. Неколико врло ретких случајева командне одговорности после Другог светског рата, а пре оснивања Трибунала 1993. године, односили су се на војне надређене.

Предлог «Законика злочина против мира и безбедности човечанства» којег су израдиле ОУН 1953. године, који је замишљен као светски кривични законик, не познају никакву командну одговорност, нити за цивилне нити за војне надређене. «Конвенција о сузбијању и спречавању злочина геноцида» из 1948. године, иако врло темељно набраја могуће облике учествовања у извршењеу геноцида, неме ни помена доктрине о одговорности за радње потчињеног. Исто се односи на Женевске конвенције од 1949. године.

2.2. Развој

1977. године израђени су Допунски протоколи на Женевске конвенције од 1949. године. Први допунски протокол у члану 86. садржи командну одговорност под називом «Пропуст да се делује»:

„Чињеница да је повреду конвенција или овог протокола извршио неки потчињени, не ослобађа његове ***старешине*** кривичне или дисциплинске одговорности, већ према случају, уколико су они знали или су имали обавештења које су им омогућиле да закључе, под околностима које

[14] Овде користимо изворни израз (welf-being) из пресуде. Његов синоним је welfare. Заиста је лицемерно приписивати било којем државном органу било које државе да је био задужен за „благостање“ или „добробит“ ратних заробљеника. Ако је неки државни орган Јапана и био задужен да води рачуна о ратним заробљеницима, онда се то задужење, сигурно, није односило на „благостање“ или „добробит“ заробљеника.

[15] W. J. Fenrick, наведено дело, стр. 118.

су владале у то време, да је он извршио, или да ће извршити такву повреду и ако нису предузеле све могуће мере у границама своје моћи да спрече или сузбију повреду.“[16]

У изворном тексту на енглеском језику користи се енглеска реч «superiors». Овакав назив оних који носе одговорност предвиђену у параграфу 2. члана 86. може се превести у наш језик и као «старешине» и као «надређени». У зависности од превода тог појма на српски ми можемо укључити у њега поред војних и цивилне «надређене». На пример у пресудама Трибунала већ је уобичајено да се под тим појмом енглеског језика (superiors) подразумевају све врсте надређених и цивилни и војни, у множини. Међутим Протоколи су написани 1977. године. Чини нам се да је важније одредити шта су писци Протокола желели да обухвата појам «superiors». Питање је да ли су у време израде Протокола чланови комисије која је израдила текст подразумевали под тим појмом и цивилне надређене, поред војних на које су несумњиво мислили. Вероватно најбољи начин да то утврдимо јесте да консултујемо званични Коментар Допунских протокола које је израдио Међународни комитет црвеног крста.

2.2.1. Значење појма «superior» у Првом допунском протоколу

Параграф 3544 Коментара бави се одређивањем појма надређеног:

«То није чисто теоријска замисао која покрива сваког надређеног/старешину у ланцу командовања, већ се тиче само оног надређеног/старешине који лично одговара за извршиоца кривичног дела које је у питању, зато што потчињени јесте под његовим надзором. Непосредна веза која мора постојати између надређеног/старешине и потчињеног јасно следи из дужности да се делује која је постављена у првом параграфу члана 86. Даље, само тај надређени/старешина је, нормално, у положају да има обавештења које му омогућавају да закључи, у околностима које су владале у то време да је потчињени извршио или се спрема да изврши кривично дело. Ипак, не би требало из овога закључити да се ова одредба односи само на команданте под чијом непосредном командом се налази

[16] „The fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was commited by a subordinate does not absolve his superiors from penal or disciplinary responsibility, as the case may be, if they knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he was commiting or was going to commit such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach.“: W. J. Fenrick, наведено дело, стр. 119-120; Превод на српски језик смо узели из издања ових Протокола које је урадио Југословенски црвени крст 1997. године

потчињени. Улогом команданта као таквих бави се члан 87. Појам надређеног/старешине је шири и треба га схватити у границама хијерархије која садржава појам надзора.»[17]

Коментар нема изричит став о томе на које се врсте надређених односи одредба члана 86. Првог допунског протокола. Иако јасно говори да је појам надређеног/старешине шири од појма команданта, нисмо мишљења да то значи да су писци Протокола мислили на цивилне надређене. Кроз читав текст Коментара провејава идеја да су ти «superiors» уствари војни надређени. Тако, на пример, у параграфу 3547 Коментара који се бави мерама које је надређени обавезан да предузме да спречи или сузбије вршење кривичних дела од стране потчињеног (непредузимање којих је, према писцима Коментара, трећи услов за постојање одговорности по члану 86.) каже:

«То правило односи се на непосредног команданта и његове надређене/ старешине.»[18]

---

[17] International Humanitarian Law, *Commentaries*, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, Part V : Execution of the conventions and of this protocol #Section II -- Repression of breaches of the conventions and of this protocol, Article 86, Failure to act, *'The qualification of superior'*, Para. 3544: «This is not a purely theoretical concept covering any superior in a line of command, but we are concerned only with the superior who has a personal responsibility with regard to the perpetrator of the acts concerned because the latter, being his subordinate, is under his control. (29) The direct link which must exist between the superior and the subordinate clearly follows from the duty to act laid down in paragraph 1. Furthermore, only that superior is normally in the position of having information enabling him to conclude in the circumstances at the time that the subordinate has committed or is going to commit a breach. (30) However, it should not be concluded from this that this provision only concerns the commander under whose direct orders the subordinate is placed. The role of commanders as such is dealt with in Article 87 (Duty of commanders). ' The concept of the superior is broader and should be seen in terms of a hierarchy encompassing the concept of control.»

[18] International Humanitarian Law, *Commentaries*, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, Part V : Execution of the conventions and of this protocol #Section II -- Repression of breaches of the conventions and of this protocol, Article 86, Failure to act, *'The obligation to take measures to prevent or repress breaches'*,Para. 3547: «This last clause deals with the central purpose of this paragraph: the superior who is responsible and who is aware of the facts must act to prevent or repress the breach. *This rule concerns both the immediate commander and his superiors*. However, the specific duties of commanders are further dealt with in the detailed provisions which will be examined under Article 87' (Duties of commanders). 'The present provision merely poses the principle of the indictment of superiors who have tolerated breaches of the law of armed conflict. This rule is not without precedent in national law. (40)»

Овај параграф Коментар пружа нам прилику да видимо како се схватају појмови надређеног/старешине и команданта код писаца Протокола. Чини се да је у ствари појам «команданта» схваћен у смислу непосредно командујућег надређеног, нпр. поручника који предводи вод пешадије у неком војном подухвату. Појам надређеног/старешине је шири и подразумева сваког надређеног/старешину који има обавезу (и право!) да надзире неког потчињеног без обзира што непосредно не командује. Изгледа да је замисао писаца Протокола (коју доследно разрађују писци коментара) била следећа: сваки командант јесте надређени/старешина, али није сваки надређени/старешина командант. Ако се појам надређеног/старешине у Првом допунском протколу схвати на овај начин онда он не укључује цивилне надређене већ само војне. Треба истаћи да има и другачијих мишљења.[19]

Сличног мишљења су били и преводиоци Првог допунског протокола у Југословенском црвеном крсту када су се 1997. определили за превод појма «superiors» у српски као «старешине». Појам «старешине» је до одређене мере близак појму «надређеног», међутим никко их не би смели користити као синониме уколико појам «надређеног» подразумева и цивилне надређене.

2.2.2. Појам «старешине» у «Упутству о примени правила међународног ратног права у ОС СФРЈ»

На исти начин преведен је овај појам у «Упутству о примени правила међународног ратног права у ОС СФРЈ» из 1988. године. Изради Упутства се приступило након што је Југославија потврдила додатне протоколе.[20] Тада се сматрало да је неопходно нејасне текстове међународних уговора преточити у један, за просечног војника, јасан облик-Упутство.[21] Од стручњака је оцењено као најсавременији и најбоље обрађени војни

[19] W. J. Fenrick, *Responsibility of commanders and other superiors, објављено у: Otto Triffterer, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 517.

[20] Погрешно би било из овог податка извлачити закључак да се овој грани права, у нас, није поклањала пажња и раније. Србија је 1877. године, као 4. земља у свету, донела правилник о ратном праву. Била су то „Ратна правила по међународном праву". Издало их је „Министарство војено" и имала су 92 члана. Пратило их је наређење министра да сваки официр српске војске мора, уз потпис, да их прочита: Гавро Перазић, *Међународно ратно право*, Београд, Војноиздавачки и новински центар, 1986, стр. 33.

[21] Давор Видас, *Осврт на Упутство о примјени правила међународног ратног права у оружаним снагама СФРЈ из 1988. године*, Наша законитост, Бр. 11-12, 1991, стр. 1361.

приручник овог садржаја на свету.[22] Издато је у облику књиге која је обухватала и наредбу о њеном спровођењу и само Упутство.[23] У уводу књиге стоји да је њен циљ да се припадници оружаних снага упознају са правима и обавезама бораца у оружаном сукобу.[24] У тачки 21. Упутства прописана је командна одговорност под називом: «Одговорност за поступке потчињених». На почетку текста се сасвим јасно каже:

«Војни старешина који...».[25]

И да нема помена војних надређених, односно «старешина», било би сасвим јасно да се наше Упутство односи само на њих, јер оно и јесте акт који се односи на припаднике оружаних снага. У оружаним снагама, природно, нема других надређених осим војних.

2.2.3. Значење појма «superior» пре оснивања Трибунала

Све ово нам говори у прилог поставке да писци Допунских протокола нису имали, ни најмање, у виду цивилне надређене у време када су ти акти писани. Израз који потиче из енглеског језика «superiors» се у српски правилно преводи као «старешине», ако желимо да користимо војне стручне изразе. Може се превести као «надређени» ако се садржавамо у оквиру правнотеоријских израза које смо већ користили у нашим ранијим радовима на тему командне одговорности, али никако се не би смело схватити да тај израз подразумева и цивилне надређене. Стога је можда боље користити израз «старешине». Он не би остављао места сумњи да су у питању само војни надређени.

Постоје ставови који иду другом смеру. Мишљења смо да су они погрешни, а нарочито образложење које користе. Тако Fenrick држи да постоје назнаке да су на Токијском суђењу, и другде, и невојни надређени могли бити кривично одговорним за пропуст да делују под одређеним околностима:

«Те назнаке пружају основу за став да доктрина командне одговорности важи по аналогији за невојне надређене, под одређеним околности-

[22] Владимир-Ђуро Деган, *Обичајно међународно ратно право*, Наша законитост, Бр. 11-12, 1991, стр. 1284.

[23] *Прописи о примени правила ратног права у оружаним снагама СФРЈ*, Београд, Војна штампарија, 1988.

[24] Наведено дело, стр. 9.

[25] Наведено дело, стр. 25.

ма, или за став да посебна доктрина која се може назвати «одговорност надређеног» постоји заједно са доктрином командне одговорности.»[26]

Као прво, Fenrick сматра да на основу назнака да су цивилни надређени одговарали по основу командне одговорности на Токијском суђењу и «другде» можемо по аналогији извући закључак да командна одговорност важи и за цивиле надређене. Чак и када би Fenrick био у праву, извући такав закључак на основу аналогије је крајње проблематично. Писац је у овом случају аналогију применио као средство стварања права, а не тумачења, и тако је попунио једну правну празнину. Тако нешто је сасвим јасно, у кривичном праву, недопустиво.

Као друго, писац нам не образлаже где то «другде» осим на Токијском суђењу има назнака да су невојни надређени кривично одговарали. На међународној равни није било никаквих суђења по основу командне одговорности, нити војних нити цивилних надређених између окончања поратних суђења и оснивања Трибунала 1993. године.[27]

Обзиром да је овом писцу образложење и закључивање за претходни став, како смо показали, потпуно мањкаво, претпостављамо да ни закључак није бољи.

2.3. Преломна тачка у развоју: Статут Хашког трибунала и његова примена

Статут Трибунала користи одредбу веома сличну одредби из Другог допунског протокола. Командна одговорност је прописана у ставу 3. члана 7. овог статута:[28]

---

[26] W. J. Fenrick, *Responsibility of commanders and other superiors*, објављено у: Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 517.

[27] Мирјан Дамашка, *The Shadow side of Command Responsibility*, American Journal of Comaparative Law, Vol. 49, No 3, p. 485.

[28] Постоји неколико превода овог Статута на српски. Проф. Кокољ је урадио превод који је објављен у делу „*Међународни кривични суд за ратне злочине у бившој Југославији*“, уредника Милана Булајића у издању Музеја жртава геноцида, Београд, 1993. године. Други превод који смо нашли је урадио проф. Василијевић. Објављен је у делу „*Међународни кривични трибунал за бившу Југославију: карактеристике и процедуре*“ уредника проф. Ва-силијевића у издању издавачке куће Прометеј, Београд, 1996. године. Осим ових постоји и превод у делу „*Хашки Трибунал*“ у издању Фонда за хуманитарно право, Београд, 1997. године, од неименованог преводиоца. Начелно немамо приговора на њих, али ћемо ипак дати наш превод.

„Чињеница да су нека од дела наведених у члановима 2. до 5. овог Статута извршена од стране потчињеног, не ослобађа његовог надређеног кривичне одговорности, ако је знао или имао разлога да зна да се потчињени спремао да изврши таква дела, или их је већ био извршио, а надређени је пропустио да предузме неопходне и разумне мере да спречи, или да казни извршиоце.“[29]

Проблем који се појављује са тумачењем ове норме јесте исти којим смо се већ бавили тумачећи одредбу члана 86. Првог допунског протокола. Од превода речи «superior» зависи и домашај норме односно ширина криминалне зоне. Ако употребимо реч «надређени» остављамо простор да субјекти командне одговорности могу бити и цивилни надређени. Ако употребимо реч старешине, сужавамо домашај норме. Већ смо истакли да ове преводе не можемо радити произвољно, већ у складу са тумачењем које је норми већ дао њен творац. За Допунске протоколе користили смо званичне Коментаре Међународног комитета црвеног крста. За Статут Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију најбоље је користити пресуде Трибунала у светлу нашег ранијег излагања о пресудама као изворима Међународног кривичног права.

2.3.1. Значење појма «superior» у пресудама Трибунала

Више правноснажних пресуда Трибунала дотакло је проблематику командне одговорности. Случај Алексовски је добар за претрагу са нашег становишта. У питању је управник затвора Каонику-цивилни надређени.

У вези са поделом командне одговорности која нас занима значајан је параграф 76 пресуде Жалбеног већа. Жалбено веће налази да:

«...није важно да ли је он био цивилни или војни надређени, ако може бити доказано да је, унутар затвора Каоник, он имао моћ да спречава [кривична дела] или да кажњава у границама члана 7(3).»[30]

---

[29] „The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.“: *www.un.org/icty/basic.htm-*

[30] «The Appeals Chamber takes the view that it does not matter whether he was a civilian or military superior, if it can be proved that, within the Kaonik prison, he had the powers to prevent or to punish in terms of Article 7(3).»: „*Judgement*“, *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Appeals Chamber, para. 76.

Нешто је већег значаја налаз Првостепеног већа у истом случају обзиром да се Жалбена већа трибунала ретко одвајају од правних закључака Првостепених већа. У овом случају десило се баш то. Првостепено веће је извршило претрагу коју је Жалбено веће сматрало ваљаном:

«Првостепено веће не дели овај став. Генерички појам «надређени» у члану 7(3) Статута може се тумачити само да значи да одговорност надређеног није ограничена на војне команданте, већ да важи и за цивилне власти. Комисија за међународно право тако објашњава да «*израз надређени јесте довољно широк да обухвати војне команданте и друге цивилне власти које су у сличној позицији команде и врше сличан степен надзора над потчињенима*.» - Ово тумачење, које одговара језику Статута, било је изабрано за коначни извештај Комисије експерата, и у складу је са међународним обичајним правом, како је Првостепено веће у случају Челебићи већ нашло.»[31]

Првостепено веће у случају Алексовски је како видимо урадило претрагу према којој није важно да ли је неко војни или цивилни надређени већ да ли је неко вршио овлашћења надзора над неким потчињенима. Првостепено веће нам, додатно, пружа објашњење да уопште није важно да ли је неко званично овлашћен или не. И незванични надређени носе одговорност:

«Одговорност надређеног није резервисана само за званичне власти. Свака особа поступајући као *de facto* надређени може бити одговорна по члану 7(3). Одлучујући критеријум у одређивању ко је надређени, према међународном обичајном праву, није само оптуженикоv формално-правни статус већ његова способност, приказана кроз његове обавезе и надлежност да врши надзор. Како је Првостепено веће у случају Челебићи нашло «*фактор који одлучује одговорност је ставарно поседовање или не поседовање власти надзора над поступцима потчињених. У складу с тим*

[31] «75. The Trial Chamber does not share this view. The generic term „superior" in Article 7(3) of the Statute can be interpreted only to mean that superior responsibility is not limited to military commanders but may apply to the civilian authorities as well. The International Law Commission thus explains that „the reference to 'superiors' is sufficiently broad to cover military commanders or other civilian authorities who are in a similar position of command and exercise a similar degree of control with respect to their subordinates." This interpretation, which corresponds to the wording of the Statute, was also the one chosen for the final report of the Commission of Experts and is in line with customary international law as the Trial Chamber in the *Celebici* case already noted.»: „*Judgement*", *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, para. 75.

формално постављење као команданта не треба сматрати као неопходни предуслов за утврђивање одговорности надређеног, пошто таква одговорност може бити утврђена на основу оптуженикове de facto, као и de jure, позиције команданта.».»[32]

Првостепено веће у случају Алексовски се ослонило на налаз Првостепеног већа у случају Челебићи. Оно је очито имало исти став. Није важна нечија формална позиција команданта или надређеног, већ његове моћи односно овлашћена надзора која је ставарно вршио над потчињенима. При томе се Првостепено веће позива на «међународно обичајно право» као извор за ово решење. У свему овоме ово веће није само, већ се држи већ установљеног става Првостепеног већа у случају Челебићи, који је, јасно, исти.

Право питање није какви су ставови Првостепених већа у случајевима Алексовски и Челебићи, он су јасни, већ да ли су већа погрешила у својим налазима.

3. Да ли судска већа Трибунала греше?

Позивање на међународно обичајно право није снажан закључак у овом случају. Међународно обичајно право прво се позива као меродаван извор за тумачење да, не само војни, него и цивилни надређени јесу обухваћени одредбом члана 7(3) Статута. Затим је оно извор и за тумачење да норма подразумева да оптуженикoв формалноправни статус није важан, већ његов способност да врши надзор. Нисмо сигурни да је међународно обичајно право утврдило ове ставове баш тако како их овде тумаче, или боље рећи, нисмо сигурни да их је међународно обичајно право уопште утврдило.

[32] «76. Superior responsibility is thus not reserved for official authorities. Any person acting *de facto* as a superior may be held responsible under Article 7(3). The decisive criterion in determining who is a superior according to customary international law is not only the accused's formal legal status but also his ability , as demonstrated by his duties and competence, to exercise control. As the Trial Chamber already noted in the *Celebici* case, „the factor that determines liability for this type of criminal responsibility is the actual possession, or non-possession , of powers of control over the actions of subordinates. Accordingly, formal designation as a commander should not be considered to be a necessary prerequisite for superior responsibility to attach, as such responsibility may be imposed by virtue of a person's *de facto*, as well as *de jure,* position as a commander".»: „*Judgement*", *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, para. 76.

3.1. Како настаје Међународно обичајно право?

Подсетићемо да члан 38. Статута Међународног суда правде одређује међународни обичај као „доказ опште праксе која је прихваћена као право".

„Из ове дефиниције се јасно издвајају два елемента међународног обичаја: 1) материјални или објективни и 2) психички или субјективни. Први је, у ствари, општа пракса а други свест о обавезности неког понашања. Први захтева једнообразно и сукцесивно понављање истог спољног акта од стране чланова међународне заједнице. *Једнострано понављање од стране само једног или мањег броја држава, или повремено, испресецано, не може створити опште или универзално обичајно правило.*"[33]

Kunz пише да ни пракса „већине држава" није довољна за успостављање међународног обичаја.[34] Потребно је да пракса буде „општа".[35] У пракси Сталног суда међународне правде односно Међународног суда правде указује се на потребу „константне", „једнообразне међународне праксе", „на праксу готово универзалну", „на континуирану праксу" или „на константну праксу".[36]

Сасвим је јасно да се свега неколико случајева примене командне одговорности у 50 година не може обележити као „константна, једнообразна међународна пракса", или као „пракса готово универзална". Сигурно није ни „континуирана пракса" или „константна пракса". Посебно напомињем да није било нити једног случаја командне одговорности цивилног надређеног између пресуде Међународног војног суда у Токију 1948. године и пресуде Трибунала у случају Блашкић 2000. године. У питању је временски распон од 52 године!

Обичајно правило настаје поступањем у одређеном правцу дуже време, али тако да нема супротног поступања и тако да се родило уверење да се таквим поступањем испуњава дужност.[37] Питање које постављамо, на основу овог запажања, је колико се ратова догодило од Другог светског рата до данас, и у колико случајева је примењена доктрина командне одговорности на суђењима за кршење ратног права? У десетинама ратова

[33] Смиља Аврамов и Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Београд, Савремена администрација, 1997, стр. 47.

[34] Jozef L. Kunz, Editorial Comment*: The Nature of Customary International Law*, American Journal of International Law, Vol. 47, No 4, 1953, стр. 666.

[35] Jozef L. Kunz, наведено дело, стр. 666.

[36] Смиља Аврамов, Миленко Крећа, наведено дело, стр. 48.

[37] Juraj Andrassy, *Међународно право*, Загреб, Школска књига, 1976, стр. 16.

и оружаних сукоба од 1945. године на овамо догодиле су се небројене повреде и кршења хуманитарног права, међутим једва да је било икаквих суђења за ратне злочине.[38] Ово је општепозната чињеница и нема потребе доказивати је.[39]

3.2. Да ли се подела на војну и цивилну одговорност за радње подређеног усталила пре оснивања Трибунала?

Стога је право питање када се створило то међународно обичајно право о коме говори пракса Трибунала? Није било никаквих случајева командне одговорности у којима би се тумачиле норме о командној одговорности. Таман и да их је било, питање шта би тумачили судови када није било нити једне одредбе о командној одговорности на међународном нивоу? Једино што би могли да тумаче је одредба члана 86. Првог допунског протокола. У вези са Првим допунским протоколом треба истаћи да ни он сам није јасно постао међународни обичај. Извештај Генералног секретара УН, чији је саставни део Статут Трибунала, и који је усвојен за-

[38] Деспот образлаже да су чланови Комисије тада (1971-72.) сматрали „да постоји универзално opinio iuris да праксу некажњавања команданата за непредузимање мера да се зауставе криминална понашања, треба правно спречити инкриминацијом омисивних кривичних дела као ратних злочина". Писац нам потврђује да је универзално мишљење Комисије било да постоји пракса некажњавања команданта за „непредузимање мера": Миливој Деспот, *Омисивна кривична дела као ратни злочини*, ЈРМП, Бр. 1-2, 1996, стр. 166; Wilkitzki мисли да за победника не постоји таква ствар као што је осуда за агресију и да је велик број ратних злочина од 1945. године на овамо остао некажњен: Peter Wilkitzki, *National report: Efforts to Recognize and Codify International Crimes*, Revue Internationale de Droit Penal, Vol 60, No 1-2, 1989, стр. 267; Главни и одговорни уредник AJIL, Jonathan I. Charney, у свом излагању на тему напретка у међународном кривичном праву, каже да је ова област међународног права слабо коришћена од Нирнберга на овамо. Тек је скоро дошло до промена на овом плану: Jonathan I. Charney, *Progress in International Criminal Law*, American Journal of International Law, Vol. 93, No 2, 1999, стр. 452; Већина одредби међународног права о међународним кривичним делима није никад употребљена, или је употребљена у веома мало случајева: P.O. Traskman, *National Report: Legal Problems Emerging from Implementation of International Crimes in Domestic Criminal Law*, Revue Internationale De Droit Penale, Vol. 60, No 1-2, 1989, стр. 310; Гоце-Гучетић пише да се многа правила ратног права доследно крше и заобилазе и у стварности непоштују и то од свих зараћених страна. Он одваде извлачи вредан закључак. Норме међународнг ратног права су „дефектне, несавремене и неприменљиве": Вуко Гоце-Гучетић, *Рад на ревизији међународног ратног права и нове тенденце његовог развоја*, Зборник Правног факултета у Загребу, Бр. 1-2, 1972, стр. 134.

[39] Деспот нам даје податке о уделу цивилних жртава у укупном броју жртава ратова у овом веку. Први светски рат-5%, Други светски рат-45%, Корејски рат-85%, Вијетнамски рат-95%: Миливој Деспот, наведено дело, стр. 167.

једно са Резолуцијом 827 којом је основан Трибунал, дао је попис норми које су несумњиво постале обичајноправне норме. На том попису норми Међународног права које су постале обичајне нема Првог допунског протокола.[40] Такође, никад није било никавих суђења за кршење одредби тих Протокола. Што се тиче тумачење саме одредбе члана 86. већ смо се обавестили код званичних Коментара поменутих Протокола које је израдио Међународни комитет црвеног крста. Подсетићемо, у њима нема ни помена цивилног надређеног, а камоли врсте и степена овлашћења које он мора да има да би одговарао. Ми смо закључили да одредба Протокола није ни обухватала цивилне надређене када је писана. На доказ за тај наш став наишли смо у самој пресуди Првостепеног већа у случају Блашкић. У параграфу 78 судско веће заузима следећи став:

«Требало би истаћи да је доктрина командне одговорности била првобитно замишљена само за војне власти.»[41]

О тренутку у којем командна одговорност престаје да важи само за војне надређене, и почиње да важи и за цивилне надређене, пресуда Првостепеног већа не говори. Тај тренутак је изузетно важан јер уколико је тај тренутак дошао после завршетка рата у Босни, онда се овим тумачењем крши начело законитости, односно забрана ретроактивне примене права. На ратне злочине из рата у Босни примењивало би се право настало након самог рата. Наглашавамо да је мишљење Међународне правне комисије, на које се позивају Судска већа у случајевима Челебићи и Алексовски, како реч «superior» означава и цивилне надређене потиче из 1996. године.[42] Рат у Босни је окончан 1995. године.

Чини нам се ближе стварности да целокупна доктрина командне одговорности није била међународни обичај у време оснивања Трибунала.[43] Изгледа да су се судска већа Трибунала покушала сакрити иза тврдње да је командна одговорност добро утемељена у обичајном праву од приговора да крше начело законитости примењујући ретроактивно право.[44] У прилог

[40] *Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Counsil Resolution 808 (1993) (S/25704), Appendix B*, para. 35: www.un.org/icty/legaldoc/index.htm

[41] «...It should be stated that the doctrine of superior responsibility was originally intended only for the military authorities...»: „*Judgement*", *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, para. 78.

[42] Draft articles of the ILC, official document of the General Assembly, 51st session, UN DOC. A/51/10 (1996); наведено према: „*Judgement*", *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, footnote 99

[43] Мирјан Дамашка, *The Shadow side of Command Responsibility*, American Journal of Comaparative Law, Vol. 49, No 3, p. 493.

[44] Мирјан Дамашка, *The Shadow side of Command Responsibility*, American Journal of Comaparative Law, Vol. 49, No 3, p. 484.

овог закључка највише говори чињеница да саме пресуде Трибунала немају никакве претраге у примени међународног права или примени унутрашњег права која би потврдила обичајно правну утемељеност командне одговорности. Оне садрже једноставни закључак да командна одоговорност јесте обичај и ништа више. Слични су и ставови доктрине који се саглашавају са обичајно правним пореклом доктрине.

3.2.1. Доктрина правне науке као извор међународног права и њена улога у уобличавању ставова судских већа Трибунала

Првостепено веће, позивајући се на горе поменуто мишљење Међународне правне комисије из 1996. године[45], каже како је, наводно, баш то мишљење изабрано за Завршни извештај Комисије експерата из 1994. године.[46] Како је могуће да је мишљење из 1996. године изабрано за писање извештаја из 1994. године? Како је могуће да експерти који пишу Завршни

[45]«78. This approach is appealing but raises the question of the nature of the powers in fact and in law which an accused's functions confer on him. Hierarchical power constitutes the very foundation of responsibility under the terms of Article 7(3) of the Statute. In order to entail his responsibility under Article 7(3), whatever his status, the accused must first have superior authority. In this respect, the International Law Commission's conclusion that civilian authorities are superiors if they exercise a degree of control with respect to their subordinates similar to that of a military person in an analogous command position is a particularly relevant analytical aid. In the opinion of the Trial Chamber, a civilian must be characterised as a superior pursuant to Article 7(3) if he has the ability *de jure* or *de facto* to issue orders to prevent an offence and to sanction the perpetrators thereof. A civilian's sanctioning power must however be interpreted broadly. It should be stated that the doctrine of superior responsibility was originally intended only for the military authorities. Although the power to sanction is the indissociable corollary of the power to issue orders within the military hierarchy, it does not apply to the civilian authorities. It cannot be expected that a civilian authority will have disciplinary power over his subordinate equivalent to that of the military authorities in an analogous command position. To require a civilian authority to have sanctioning powers similar to those of a member of the military would so limit the scope of the doctrine of superior authority that it would hardly be applicable to civilian authorities. The Trial Chamber therefore considers that the superior's ability *de jure* or *de facto* to impose sanctions is not essential. The possibility of transmitting reports to the appropriate authorities suffices once the civilian authority, through its position in the hierarchy , is expected to report whenever crimes are committed, and that, in the light of this position, the likelihood that those reports will trigger an investigation or initiate disciplinary or even criminal measures is extant.»: „*Judgement*", *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, para. 78.

[46] Final report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council resolution 780 (1992), UN. Doc. S/1994/674 (27 May 1994), para. 57, p. 16: „Political leaders and public officials have also been held liable under this doctrine in certain circumstances"; наведено према: „*Judgement*", *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Case No.: IT-95-14, Trial Chamber, footnote 120

извештај 1994. године користе мишљење Комисије написано 1996. године, две године касније?

Такође, треба истаћи да ставови и доктрине правне науке и правних научника не могу бити извори међународног права:

«Њихова се мишљења могу само онда узети у обзир када излажу и колико излажу постојеће право.»[47]

Посебно наглашавамо речи «постојеће право». Мишљење Међународне правне комисије из 1996. године је донето уз нацрт «***Законика злочина против мира и безбедности човечанства***». У питању није постојеће право, већ нацрт законика који никад није ни постао право. Како је онда могуће да то мишљење буде наведено у пресуди као меродавно?

Исто важи и за мишљење наведено у Завршном извештају Комисије експерата из 1994. године. И оно се може сврстати у мишљење науке и није излагало постојеће право. Овлашћење Комисије није ни било да доноси мишљење о правним питањима. Она је имала овлашћење само да прикупи податке о кршењима Међународног хуманитарног права у рату на просторима бивше Југославије. Сама Комисија изричито ограничава значај и домет својих ставове око правних питања које је унела у Завршни извештај. Она наводи да је на Трибуналу да пронађе решења за поједине правне проблеме:

«Комисија је одабрала да образлаже изабрана правна питања због њиховог нарочитог значаја за разумевање правног окружења у вези са кршењима Међународног хуманитарног права учињеним у бившој Југославији. Комиисијино овлашћење је да обезбеди Генералном секретару своје закључке о доказима таквих кршења, а не да обезбеди претрагу правних проблема. На Трибуналу је да изнађе правна решења у вези са појединим случајевима.»[48]

Како је могуће да судско веће узме као меродавно мишљење Комисије о неком правном питању, која није имала овлашћење да решава правна питања, и која се сама оградила од значаја свог мишљења?

---

[47] Јурај Андраши, наведено дело, стр. 21.

[48] Final report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council resolution 780 (1992), UN. Doc. S/1994/674 (27 May 1994), Part II, *Applicable Law*: «The Commission has chosen to comment on selected legal issues because of their particular significance for understanding the legal context related to violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia. The Commission's mandate is to provide the Secretary-General with its conclusions on the evidence of such violations and not to provide an analysis of the legal issues. It will be for the International Tribunal to make legal findings in connection with particular cases.»

Ако се вратимо у време оснивања Трибунала сетићемо се да је он основан Резолуцијом Савета безбедности број 827 од 3. маја 1993. године, а на основу Извештаја Генералног секретара УН. Резолуцијом број 808 од 27. марта 1993. године Генерални секретар је добио задатак да изради Извештај чији је саставни део требао да буде Статут Трибунала. Генерални секретар је завршио Извештај у задатом времену од 60 дана и сачинио је Статут будућег Трибунала. Параграф 29 овог Извештаја каже:

«Треба истаћи да, у придавању Међународном трибуналу задатка гоњења особа одговорних за тешка кршења Међународног хумнитарног права, Савет безбедности не установљава нити намерава да «ствара» право. У ствари, задатак Међународног трибунала јесте да користи постојеће Међународно хуманитарно право.»[49]

3.2.2. Пресуде Трибунала и њихова улога у уобличавању међународног обичаја

Слично важи и за позивање на већ пресуђене Хашке случајеве као аргумент. Сви Хашки случајеви су пресуђени после завршетка рата у Босни и као такви не могу утицати на уобличавање међународног обичајноправног правила у годинама када је трајао рат у Босни. Наравно да оне могу да послуже за уобличавање обичаја за будућност. Међутим ако би послужиле на начин на који покушавају да се њима послуже на Трибуналу, постоји опасност да се прекораче границе начела законитости односно његовог подначела-забране ретроактивности.

Примедба да својим правним закључивањем често прелазе границу тумачења и прелазе у стварање права није једном упућена на рачун судских већа Трибунала.[50]

---

[49] *Report of the Secretary General Pursuant to Paragraph 2 of Security Counsil Resolution 808 (1993)*: 29. «It should be pointed out that, in assigning to the International Tribunal the task of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law, the Security Council would not be creating or purporting to „legislate" that law. Rather, the International Tribunal would have the task of applying existing international humanitarian law: www.un.org/icty/legaldoc/index.htm

[50] «Многи правни посматрачи, нарочито из континенталне правне традиције, би очекивали од кривичног трибунала, због начела законитости, да покаже одређену уздржаност у ширењу права, нарочито у одмеравању казне и примени правних теорија које нису постојале када је кривично дело извршено»: Sassoli, Marco and Laura M. Olson, *International Decisions: Prosecutor vs. Tadic*, American Journal of International Law, Vol 94, No. 3, 2000, p. 577-578.

Закључак

Ми не споримо ставове судских већа Трибунала и мишљења Међународне правне комисије и Комисија експерата. Она су сасвим јасна. Израз «superior» подразумева и војне и цивилне надређене. Оно што споримо, у првом реду, је исправност закључака судских већа обзиром на неутемељеност одговорности за радње потчињеног у обичајном праву пре оснивања Хашког трибунала. У другом реду споримо правну снагу ставова Комисије експерата и Међународне правне комисије.

Из претраге коју смо извели чини нам се ближи истини закључак да судска већа Трибунала у случајевима Алексовски и Челебићи греше када се безрезервно ослањају на став да је међународно обичајно право утврдило домашај значења речи «superior». Показали смо као настаје међународни обичај и утврдили да међународно обичајно право, не само да није утврдило наведено тумачење на начин који му приписију судска већа, већ није заузело никакав став у погледу ове правне недоумице.

Ставови судских већа не могу бити од значаја за утврђивање постојања међународног обичаја у време рата у Босни (1992-1995.) јер су све пресуде донете касније.

Пресуде Трибунала би могле бити значајне за утврђивање значења појма «superior» из одредбе члана 7(3) Статута Трибунала. Међутим ми нисмо усамљени у мишљењу да судска већа Трибунала, често, тумачећи право прелазе границе начела законитости и залазе у стварање права. Чини нам се да је то случај и са тумачењем одредбе члана 7(3) Статута у вези са врстом субјеката ове врсте одговорности.

Сасвим је јасно да би се та тумачења могла односити само на време након оснивања Трибунала односно после 1993. године. Будући да је временска надлежност Трибунала његовим Статутом одређена од 1. јануара 1991. године сасвим је јасно да би примена ових тумачења одредби Статута на време пре оснивања представљала ретроактивну примену права.

Доктрина (правна наука) међународног права, у коју сврставамо мишљења Међународне правне комисије и Комисије експерата, не може бити од значаја уопште у поступку уобличавања међународног обичаја као извора међународног права. Она може бити једино помоћно средство у изналажењу међународног права и то само уколико тумачи постојеће право, што овде није био случај. Прво је било мишљење дато уз предлог Законика злочина против мира и безбедности човечанства који никад није ступио на снагу, а друго је било чисто правно размишљање, које чак није дато ни уз образлагање или тумачење неког постојећег права.

Branislav Ristivojević, LL.M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Civilian Responsibility for the Acts of a Subordinate (Command Responsibility) Prior to the Adoption of The Statute of the International Criminal Court

Abstract

Civilian responsibility for the acts of a subordinate came about rather early, at the very time of origin of the command responsibility doctrine. It has since taken root during the time of codification of international law norms in the years that followed the Second World War.

The sole act on the international level that recognizes responsibility for acts of a subordinate prior to the establishment of the Tribunal, the First Additional Protocol, also did not encompass civilians as possible subjects of this type of responsibility.

The provision on responsibility for the acts of a subordinate in the Statute of the Hague Tribunal originates from 1993 and represents a mild adaptation of the provision of the First Additional Protocol. The problem of interpreting the word 'superior' as utilized by Article 7(3) of the Tribunal Statute was subsequently resolved by the trial chambers of this judicial body. By interpreting this provision they came to the conclusion that it encompasses civilian superiors, in addition to military persons, as subjects of command responsibility. While it is without contest that the trial chambers of the Tribunal have jurisdiction to interpret their own Statute, it has been demonstrated that such a position does not have a basis in international custom. Not only is this position unfounded in international custom, but no evidence to the contrary can be found either. Implementation, which is necessary for the formation of international custom, simply does not exist. Conclusions on the nature or content of command responsibility can hardly be based on international customs prior to 1998 and the establishment of the International Criminal Court.

Hence, it can be concluded, but not based on customary law, that the provision of the Hague Tribunal Statute entails civilian superiors as subjects of

command responsibility. This is because, quite possibly, the creators of the Statute wanted the provision to encompass civilian superiors as subjects of command responsibility. In that case it is unnecessary to cite customary law, but sufficient to have, for example, a simple authentic interpretation.

In this author's opinion, the citing of customary law in judgments has served the trial chambers in avoiding any possible complaints regarding the retroactive implementation of law. Being aware that this surely is not the actual meaning of the word 'superior' in Article 7(3) of the Statute and the range of subjects encompassed by this type of responsibility, the trial chambers moved to the more convenient and safe point of the most unspecific and unclear source of international law – custom. They moved from the distinctly written law to the ambiguous unwritten law.

A particular complaint had to do with the use of international law doctrinal grounds in conceiving solutions for this legal query. For a bulk of legal norms without a developed structure and all of the necessary institutes and concepts to be called a branch of law in the full sense of that word, and which is rather scarce in legal meanings of existing concepts, any utilization of positions taken by legal science which are not based on existing law can safely be designated as nomography.

343.852(497.11)

Мр Драгиша Дракић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

СВРХА МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ КАО КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА

- СВРХА МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ ПРЕМА ОСНОВНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНУ[1] -

Сажетак: *У раду се обрађује сврха мера безбедности као кривичних санкција према Основном кривичном закону.*

У првом делу рада аутор разматра нека општа питања која се односе на мере безбедности.

У централном делу аутор најпре набраја мере безбедности које постоје у нашем кривичном праву, а затим наводи неке њихове заједничке карактеристике које отежавају одређивање сврхе ових кривичних санкција.

У наставку се указује на оправданост постојања одредбе о сврси мера безбедности нашег Основног кривичног закона.

Најважнији део рада посвећен је разматрању односне законске одредбе. Након свестране анализе аутор предлаже другачију формулацију члана 60 ОКЗ.

На крају се наводе појединачне сврхе појединих мера безбедности које познаје наше кривично право.

[1] Текст је предат пре доношења новог Кривичног законика, који, међутим, садржи идентичну одредбу о сврси мера безбедности, тако да рад није ништа изгубио на својој актуелности.

***Кључне речи**: сврха мера безбедности, мере безбедности, Основни кривични закон.*

Мере безбедности као посебне врсте кривичних санкција, које су садржајно и терминолошки одвојене од казни, су тек почетком двадесетог века уведене у европска кривична законодавства. Њихово прихватање као посебних кривичних санкција везано је за научна сазнања и практична искуства, да се сузбијање криминалитета одређених криминолошких категорија не може остварити применом казне. То је указивало на потребу да се реагује новим, другачијим кривичним санкцијама које ће се и по садржају и по циљу разликовати од казне. Оне су замишљене као санкције којима се искључиво остварују специјално-превентивни циљеви - „поправљање“ учиниоца и заштита друштва од њега самог. Дакле, оне, нити претпостављају кривицу, нити њихова мера зависи од исте. Мере безбедности треба да делују против опасности од поновног извршења кривичних дела истог учиниоца која има своје извориште у његовој личности и да трају док се не отклони ова опасност. То је основ и заједнички услов изрицања свих мера безбедности, због којег су оне и унете у савремене системе кривичних санкција.[2]

Међутим, од њиховог увођења у савремена кривична законодавства десиле су се веома значајне промене. Мере безбедности су током времена изгубиле неке своје карактеристике које одговарају њиховој правној природи и попримиле поједине карактеристике казне. Тако, данас постоје и такве мере безбедности које су искључиво или претежно ретрибутивне. Но, не губе само мере безбедности своја изворна обележја, већ и казне попримају карактеристике мера безбедности. То је довело до великих разлика у одређивању положаја неких мера безбедности у системима кривичних санкција у појединим земљама. Стиче се утисак да је у одређеним случајевима препуштено законодавцу да по слободном нахођењу одлучује, да ли ће одређену санкцију сврстати у регистар казни, мера безбедности или посебних кривичноправних мера. То отежава дефинисање општег појма мера безбедности, као и њихове заједничке сврхе. С тим у вези, постоје такве мере безбедности које искључиво имају за циљ да обезбеде сигурност друштва лишавањем слободе учиниоца. Друге су усмерене на његово лечење, односно „поправљање“, а трећима се желе остварити и једни и други циљеви, с тим што је некада претежнији интерес да се заштити друштво, а некада је то лечење учиниоца. Када су у питању мере које нису повезане са лишењем слободе, ради се о ограничењима слободе делања,

[2] О функцији мера безбедности вид. детаљније, G.Stratenwerth, L.Kuhlen, *Strafrecht – Allgemeiner Teil* I, 5.Auflage, Köln – Berlin – München, 2004, s.20.

односно кретања учинилаца, да би се на тај начин спречило делинквентно понашање у будућности. Оне претежно имају сигурносни карактер, а мање „поправљајући".[3] Не улазећи у разматрање појединих мера безбедности, треба рећи да је за све њих заједничко, да се њиховим изрицањем одузимају или ограничавају слободе и права учинилаца, што је случај и са осталим кривичним санкцијама. Стога њихово изрицање мора бити легитимно, тј. неопходно је да су испуњене претпоставке које оправдавају упад у права и слободе појединца. За процену оправданости оваквих захвата битан је однос између опасности која прети од стране учиниоца и штете која се њему мора причинити да би се иста отклонила.[4]

Мере безбедности су први пут уведене у наше кривично право Кривичним закоником из 1929. године.[5] Од тада па до данас оне су задржале самостално место у регистру кривичних санкција. Током времена њихов број се мењао. Неке мере су укидане, неке од њих су накнадно пребачене у регистар казни, а поједине су накнадно унете у списак мера безбедности. Наше садашње кривично право познаје укупно седам мера безбедности. Према члану 61 ОКЗ[6] учиниоцима се могу изрећи следеће мере безбедности: обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, обавезно психијатријско лечење на слободи, обавезно лечење алкохоличара и наркомана, забрана вршења позива, делатности или дужности, забрана управљања моторним возилом, одузимање предмета и протеривање странца из земље.

Може се закључити, да су основне карактеристике нашег система мера безбедности – бројност и хетерогеност. Велики број мера безбедности представља специфичност нашег кривичног законодавства, јер се у већини страних законодавстава предвиђа мањи број мера безбедности.[7] Такође, мере безбедности у нашем кривичном праву су хетерогене, разноврсне по својој садржини и ситуацијама за које су намењене. Међутим, мишљења смо, да неке од њих по својој садржини и нису мере безбедности[8], док друге у себи садрже значајне ретрибутивне елементе, што је неспојиво са изворном природом мера безбедности као кривичних санк-

[3] Вид. о томе детаљније, G.Stratenwerth, L.Kuhlen, ibid, s.19.

[4] Nowakowski. Vid. u: G.Stratenwerth, L.Kuhlen, ibid, s.21.

[5] Овај Законик је познавао чак девет различитих мера безбедности.

[6] *Основни кривични закон*, „Службени лист СФРЈ" бр.44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 и 54/90; „Службени лист СРЈ" бр.35/92, 16/93, 37/93, 24/94, 61/2001 и „Службени гласник РС" бр.39/2003.

[7] Вид. о томе више, В. Камбовски, *Казнено-правната реформа пред предизвиците на XXI век*, Скопје, 2002.

[8] Таква мера је протеривање странца из земље, која је по свом карактеру казна.

ција.[9] С друге стране, мере безбедности које су повезане са лишавањем слободе учинилаца[10], иако поседују изворна обележја ових санкција, а нарочито је оправдана њихова примена према неурачунљивим социјално опасним учиниоцима, могу се трансформисати у најнехуманије кривичне санкције, уколико се изричу када за то нису испуњени законски услови, и обрнуто, не изричу, када за њихово изрицање постоје услови. Но, то се може рећи и за систем и карактеристике појединих мера безбедности у кривичним законодавствима других европских земаља. Због тога је, како смо већ поменули, веома тешко одредити њихову заједничку сврху. То је основни разлог што кривична законодавства углавном изричито не прописују сврху мера безбедности као кривичних санкција.

Један од ретких изузетака је наш Основни кривични закон који је у члану 60 одредио сврху и мера безбедности, остајући доследан у ставу, да је корисно и оправдано да кривични закон пропише сврху свих појединачних кривичних санкција које постоје у нашем кривичном праву. Према члану 60 ОКЗ, *сврха мера безбедности је да се, у оквиру опште сврхе кривичних санкција (члан 5 став 2), отклоне стања или услови који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дела.*

Оваква одредба има своје криминално-политичко оправдање, јер се на тај начин одређују непосредни циљеви ових кривичних санкција, њихово место и значај у сузбијању криминалитета.[11]

Поред тога, ова одредба садржи криминално-политички став о једном посебном начину сузбијања криминалне делатности, путем отклањања криминогених фактора који су везани за личност учиниоца, средину и околности у којима живи.[12]

Коначно, из ње се може извести закључак о заједничким условима за изрицање мера безбедности.

Из до сада реченог произилази, да прописивање сврхе мера безбедности има изузетан теоријски значај, јер се на тај начин даје теоријски основ за разумевање мера безбедности као посебне врсте кривичних санкција, али и практични значај, јер представља законску директиву за њихо-

[9] Такве мере су: забрана вршења позива, делатности или дужности, забрана управљања моторним возилом, па и одузимање предмета.

[10] Обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи и обавезно лечење алкохоличара и наркомана.

[11] Тако, Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право Југославије*, Београд, 1994, стр.364.

[12] Тако, Група аутора под редакцијом Н.Срзентића, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Београд, 1978, стр.263.

ву практичну примену. Због тога ова законска одредба није декларативног карактера, већ норма која се директно примењује на конкретне случајеве.[13]

Насупрот томе, постоје схватања која, или оспоравају значај такве одредбе, са образложењем да кривични закони не треба да дефинишу сврхе својих садржаја, јер исте произилазе из самог смисла правне норме,[14] или не негирају смисао и значај такве одредбе, али истичу, да су мере безбедности међусобно толико различите да је врло тешко одредити њихову заједничку сврху.[15]

Овакви и слични приговори су донекле оправдани. Међутим, напред поменути теоријски и практични разлози указују на потребу прописивања сврхе мера безбедности. Другим речима, мишљења смо, да наш кривични Закон, ипак, треба да садржи односну одредбу, јер је потреба за њеним постојањем очигледна. Ипак, спорна је сама садржина законске одредбе о сврси мера безбедности.

Из члана 60 ОКЗ произилази да је сврха мера безбедности, отклањање стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац и убудуће врши кривична дела. Другим речима, сврха мера безбедности је елиминација узрока вршења кривичних дела, који могу бити од утицаја да учинилац и убудуће врши кривична дела. Те узроке Закон означава речима „стање или услови".

У нашој теорији кривичног права заузет је став, да се под „стањем" подразумева посебно психичко стање у којем се налази учинилац кривичног дела, а које може да се испољи у различитим појавним облицима. То су: трајна или привремена душевна болест, привремена душевна поремећеност, заостали душевни развој, или стање зависности од сталне употребе алкохола или опојних дрога.[16]

По нашем мишљењу, законски израз „стање" није најпрецизнији. Наиме, душевна болест, привремена душевна поремећеност, као и зависност од сталне употребе алкохола или дрога не би се могли назвати „стањем". Тако, „стање" се карактерише трајношћу и непромењивошћу. С друге стране, „процес" се одликује својим настанком, током (са својим побољшањима и погоршањима), а евентуално и престанком[17], а само изузетно може прерасти у стање (нпр. код неких облика старачке деменције). Због тога су душевне болести и привремене душевне поремећености – процеси

[13] Група аутора под редакцијом Н. Срзентића, ibid.

[14] З. Шепаровић, *Систав кривичних санкција у новом кривичном законодавству Југославије*, Годишњак Правног факултета у Бања Луци, 1977, стр.204.

[15] Тако, Г. Томашевић, *Мјере сигурности у кривичном праву*, Сплит, 1986, стр. 58.

[16] Тако нпр. Група аутора под редакцијом Н. Срзентића, ibid, стр.263 и др.

[17] И када је процес трајан (нпр. код неизлечиве схизофреније), он није непромењив, јер у току процеса наступају фазе побољшања или погоршања душевне болести.

(психо-патолошки), док је зависност од сталне употребе алкохола или дрога – однос (тренутни, привремени). Једино је заостали душевни развој посебно психопатолошко стање, а као што смо напред истакли, под овај појам би се само изузетно могла подвести душевна болест, као што су нпр. тежи облици старачке деменције, који могу настати у позним годинама живота, а карактеришу се трајношћу и непромењивошћу. Међутим, како мере безбедности психијатријског карактера не би требало да се изричу душевно заосталим учиниоцима кривичних дела (јер се њиховим изрицањем не би постигла сврха мера безбедности), а лица која болују од старачке деменције или се налазе у сличним психопатолошким стањима нису способна да почине неко кривично дело[18], то би Закон о овоме морао да води рачуна.

Под „условима" се подразумева повезаност између личности учиниоца (његове психичке или патопсихичке структуре) и околине, средине и животних прилика.[19] То су ситуације различите природе које су стимулативно деловале на вршење дела и које могу да допринесу његовом поновном извршењу. Међутим, те ситуације (нпр. обављање одређене делатности, поседовање одређених предмета итд.) нису довољне да саме проузрокују вршење кривичног дела. Наиме, реч је о условима који у стицају са неким својствима личности делују криминогено.[20] Применом одговарајуће мере безбедности учинилац се онемогућава да се за одређено време налази у условима који могу бити од утицаја да убудуће врши кривична дела.[21]

Исто тако, и душевно болесни, неурачунљиви учинилац кривичног дела може бити опасан, у смислу понављања кривичних дела, у одређеној средини или у одређеним животним приликама или у односу на одређена лица, а у другим „условима" може бити потпуно безопасан.[22] Дакле, у неким случајевима и „психопатолошки процес" и „посебно стање" захтевају изрицање мере безбедности. Из овога се може закључити, да се околности везане за личност учиниоца и околности везане за његову средину, околину и животне прилике морају посматрати у својој међусобној повезаности.[23]

На основу напред реченог мишљења смо, да би законску одредбу о сврси мера безбедности требало изменити и да би она требало да гласи: *У*

[18] Тако и M. Kobal, *Psihopatologija za varnostno in pravno področje*, Visoka policijsko-varnostna šola, Ljubljana, 2000, str.218.

[19] Слично, Група аутора под редакцијом Н.Срзентића, ibid, стр. 264.

[20] Н.Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, ibid, стр.365.

[21] Ibid.

[22] Група аутора под редакцијом Н. Срзентића, ibid, стр.264.

[23] Тако и З. Стојановић, *Систем мера безбедности у југословенском кривичном праву*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр.4, Београд, 1978, стр. 174.

оквиру опште сврхе кривичних санкција (члан 5 став 2), сврха мера безбедности је да се отклоне процеси (патолошки), односи зависности или (и) услови, који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дела.

Посматрано појединачно по мерама безбедности, може се рећи следеће:

- Сврха мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи и обавезног психијатријског лечења на слободи је да се учинилац излечи или залечи, односно, да се отклоне психопатолошки процеси и на тај начин елиминише криминогено извориште, које представља узрок делинквентног понашања и вероватни узрок оваквог понашања у будућности;
- Сврха мере безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана је да се отклони зависност од сталне употребе алкохола или дрога, која представља извориште делинквентног понашања. Ова мера се изриче, јер постоји вероватноћа да ће учинилац наставити са вршењем кривичних дела уколико се не предузме третман одвикавања;
- Сврха мере безбедности забране вршења позива, делатности или дужности је да се учинилац спречи да за одређено време обавља свој позив, делатност или дужност, јер постоји основана бојазан да ће обављање ових послова стимулативно утицати на учиниоца да настави са вршењем кривичних дела;
- Сврха мере безбедности забране управљања моторним возилом је да се учинилац онемогући, одузимањем возачке дозволе или забраном њеног издавања, а ако је у питању странац, забраном њеног коришћења на нашој територији, да одређено време управља моторним возилом, јер постоји опасност да ће поновити исто или слично кривично дело у јавном саобраћају;
- Сврха мере безбедности одузимања предмета је да се од учиниоца трајно одузму предмети који су употребљени за извршење кривичног дела или су за то били намењени, односно предмети који су настали извршењем кривичног дела. Основни смисао примене мере је да се одузимањем предмета који се налазе у одређеној вези са кривичним делом отклоне услови који могу утицати на учиниоца да поново изврши дело;
- Коначно, сврха мере безбедности протеривања странца из земље је да се на тај начин он онемогући да у нашој земљи убудуће врши кривична дела.

Dragiša Drakić, L.L.M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Purpose of the Security Measures as Criminal Sanctions

Purpose of the Security Measures According to the Basic Criminal Law

Abstract

In the first part of the paper the author explains origin and several features of the security measures as criminal sanctions. After that the author enumerates security measures in our criminal law. He explains that the main features of the domestic security measures system are: numerous security measures and their heterogenity. The author points out, that because of these features it is hard to determine common purpose of security measures.

In the central part of the paper, the author quotes legal clause which defines purpose of security measures and points out to great theoretical and practical significance of this clause. He concludes that in our law exists need for this clause although she has problematic content.

In further explanation the author analizes and considers the legal clause which defines purpose of security measures. He concludes that formulation of this legal clause should be changed and proposes new one. At the end the author talks about individual purposes of the security measures that exist in our law. In such a way the author brings down general legal clause of common purpose of security measures to the field of individual measures.

Др Даница Попов
Редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОЈАМ ПРАВА СВОЈИНЕ

Сажетак: *Приликом одређивања појма права својине није могуће дефинисати овај појам који би важио за сва друштва и за сва времена без изузетка. У овом раду наведене су различите дефиниције права својине у правној теорији и законодавству од римског права до данашњих дана. Међу многобројним дефиницијама овог појма учињен је покушај одредређивања права својине на следећи начин. Право својине је стварно право на одређеној ствари које овлашћује титулара овог права, да са ствари и користима од ње поступа по свом нахођењу, као и да сваког другог из тога искључи ако се то не противи правима других нити законским ограничењима.*

Право својине је најпотпуније, искључиво и трајно стварно право на одређеној ствари (правна власт на ствари) које овлашћује титулара овог права да ствар по свом нахођењу користи на начин утврђен законом.

Основна карактеристика права својине је његова свеобухватност (потпуност), која власнику омогућава потпуну правну власт на ствари која је у одређеном правном поретку уопште могућа. Својина је најапсолутније право на једној ствари, а поједина овлашћења која представљају њену садржину, су само манифестације ове потпуности. Еластичност (рекадентност) права својине манифестује се у томе да се са престанком ограничења права својине која у већој или мањој мери сужавају могућност власника да користи ствар, ово право успоставља у пуном обиму. Својина не трпи ограничења, било да су она настала вољом власника или су установљена у јавном интересу, па се по њиховом престанку она поново успоставља у пуном обиму. Право својине је трајно право јер постоји све док постоји и ствар на коју се односи. Она је у временском смислу неограничено право јер се не може изгубити невршењем. Право

својине је јединствено право чији се садржај не може делити. Она не представља прост скуп појединачних овлашћења које га чине него јединствено право, sui generis.

***Кључне речи**: својина, власник, правна власт, овлашћења држања, коришћења, (употреба, прибирање плодова) и располагања, права других лица, законска ограничења.*

Приликом одређивања појма права својине поставља се питање да ли је уопште могуће дефинисати овај појам који би важио за сва друштва и за сва времена без изузетка. Тешко је одредити појам права својине, а да се не узму у обзир историјска компонента као и карактер производње у одређеним друштвима. „Форме својине и права својине условљене су карактером производње дате друштвене формације. Закони који регулишу својину изражавају вољу владајуће класе условљену карактером производње која одређује садржај института права својине, а самим тим и субјективног права својине у конкретним односима својине. Отуда право својине има различит садржај у различитим друштвеним формацијама у зависности од начина производње“.[1] Овакво мишљење о праву својине било је карактеристично и преовлађујуће за одређени период нетржишног, доминантно државног, социјалистичког начина производње. У дефинисању права својине, се поред карактера производње не може пренебрећи и историјска компонента.

Нејасноће око термина својине и њено појмовно одређење потичу још из римског права. Римски правници говорили су да је својина *plena in re potestas,* што је значило имати потпуну правну власт на стварима. Овлашћења сопственика према стварима су неограничена и могу се супротставити према свим трећим лицима, *erga omnes.* У Дигестама се наводи да је свако „*suae rei moderator atque orbiter*“ а садржина овог права означава се као „*dominium est ius utendi et abutendi quanenus iuris ratio patitur*“. Иако је апсолутност права својине била изражена и у максими „*nullus videtur dolo facere qui suo iure ititur“ (Digestae,* 50, 17, 55), не значи да су власници ствари могли да се понашају противно нормама утврђених законом. На пример у *Закону XII таблица* наводила су се многобројна ограничења установљена у општем интересу као и у интересу суседа. Иако је својина (*dominium ex iure quiritium* - квиритска својина), била казуистички до танчина регулисана, римски правници никада нису дали дефиницију права својине. За то нису ни имали практичне потребе. Само успут су

[1] D. M. Genkin, *Pravo sobstvenosti v SSSR*, Moskva, 1961. Str. 30.

говорили да је „својина потпуна власт на ствари“ (*plena in re potestas*), а међу овлашћењима сопственика детаљно су обрадили овлашћења која су чинила право својине *ususfructus* и *abusus*. Тек су средњевековни романисти и пандектисти изградили теорију према којој се овлашћења римског сопственика могу свести на три елемента: *usus, fructus* і *abusus*.[2] Овлашћење држања ствари (*ius possidendi*) се у римском праву није помињало као посебно овлашћење права својине јер се ово овлашћење сматрало претпоставком за вршење осталих својинских овлашћења: употребе (*ius utendi*), прибирања плодова (*ius fruendi*) и располагања (*ius disponendi*).

Да власник има потпуну правну власт на ствари наводио је и *Bartolus* који је у једној глоси забележио да је својина: *„ius in re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibetur“*.

Оригиналну дефиницију права својине изградио је *Christian Wolf* (1679-1754.) који описујући шта власник са својом ствари може да чини одступа од уобичајене формуле да власник према ствари може да се понаша према свом нахођењу, па чак и да је уништи, наводи следеће: „Пошто је власнику допуштено да са својом ствари ради шта му се допадне, то се не дешава са самом ствари или са њеном супстанцијом, већ са употребом и плодовима, тако да својина у себи садржи три права: а) на саму ствар, б) на њену употребу и в) на плодове са којима може поступати по свом нахођењу“.[3]

Афирмација индивидуалистичког концепта права својина долази нарочито до изражаја у Француском грађанском законику који је у чл. 544. предвиђа: *„La propriete est le jouir et disposer des choses de la maniere la plus absolute*“. Али иако власник има апсолутно право да ствар користи и њоме располаже, ово право трпи неке изузетке који су утврђени законом и уред-бама – *„pourvu qu on n en fasse pas un usage prohibire par les lois ou per les reglements*“. Овакво схватање појма права својине прихватили су и остали грађански кодекси донети током XIX и XX века.

Својину као облик слободе човека у својој Филозофији права образлаже *Хегел* на следећи начин.“Својина је материјал за испољавање индивидуалности човека Све ствари могу постати власништво човека и свако има право да своју вољу учини стварју или ствари својом вољом, што другим речима значи да укине ствари и да их претвори у своје. Само је воља оно бесконачно, према свему другом оно апсолутно. Приписати нешто себи као својину у основи значи манифестовати и показати узвишеност своје воље преме ствари, да она није по себи и за себе, да није самосврха. Ова манифестација догађа се тиме да појединац ствари поставља другачију

[2] Д. Стојчевић, *Римско пртиватно право*, Београд, 1985, стр. 148.
[3] Цитирано према, Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1991, стр. 55.

сврху него што је она непосредно имала. Сваки појединац мора имати неку спољашњу сверу у којој се манифестује као слободна личност, а то је својина."[4]

Хегелова идеја да је својина основа на којој се развија слободна морална воља његовог власника разрађена је детаљније у радовима његовог ученика *Јулиуса Стама* према коме је: „Својина материјал за испољавање индивидуалности човека. У зависности од врсте и мере како се својина стиче и користи испољава се и њена унутрашња суштина". Идеја о изједначавању својине и слободе је тако по узору на Хегела има своје следбенике и присталице и постала чак доминантна у фази либерализма.

Према *Јеринговом* учењу: „Израз за однос који одређује ствар за наше циљеве јесте право на ствар или својина у ширем смислу. Поменути израз казује да личност у некој ствари уочава средство подесно за њене циљеве. Циљеви ствари нису ништа друго до циљеви личности која помоћу њих гледа да их оствари."[5] У разматрању појма својине *Јеринг* ипак констатује: „Није тачно да својина по својој идеји представља апсолутну власт располагања са ствари. Својину у таквом облику не може друштво да трпи и никада је није трпело – „идеја" својине не може у себи да садржи нешто што би било у противречности са „идејом" друштва. Ова представа је последњи недостатак оне природноправне представе која индивидуу само по себи изолира. Куда би то могло да одведе ако би власник да се затвори у својој својини као у недоступној држави не треба доказивати. Противљење појединца би спречило изградњу једног јавног пута, железнице, утврђења, дела од којих зависи благостање хиљаде људи, успех читавих провинција, безбедност државе".[6] Ово учење о социјалној функцији својине своју пуну афирмацију имало је у радовима *Леона Дигија*. Теорије о социјалној функцији својине указују на многобројна јавноправна ограничења којима се својина као потпуна правна власт на ствари ограничава у корист неких ширих, друштвених, јавноправних интереса. О својини као социјалној функцији оригинално мишљење изнео је *Карл Ренер* у делу „Правни институти приватног права и њихова социјална функција". Према овом аутору:" Својина (*dominium*) је тотална правна власт једног лица на телесним стварина. Садржај права својине је право располагања на стварима и ова власт је тотална - свака врста располагања припада власнику као таквом, он може ствар да употребљава, да је потроши, уништи, дерелинквира итд. Располагање није само збир појединачних овлашћење употребе, коришћења, уништења већ бескрајних могућности рас-

[4] G. W. F. Hegel, *Основне црте филозофије права*, Сарајево, 1989. Стр. 94.
[5] R. Jering, Циљ у праву, ЛП, "Сл. лист СРЈ", Београд, CID Подгорица 1998, стр. 44.
[6] R. Jering, *op. cit*. стр. 223.

полагања. Међутим, слобода власника је ограничена од стране државе, кроз мноштво јавноправних ограничења и кроз усмеравање употребе својине, поготово на средствима за производњу у општем интересу заједнице".[7]

Aubry и *Rau* право својине дефинишу као: „Конкретно право на основу кога је једна ствар подвргнута на сталан и искључиви начин поступању и вољи једног лица."[8]

За *Deremburga*,"Право својине је конкретно право потпуне власти (*herschaft*) над телесним стварима. Њиме се обезбеђује, у складу са њеном дефиницијом, свако овлашћење поводом ствари које је у складу са природом и законом могуће.[9]

Англо америчка правно-теоријска мисао право својине посматра као више конкретних права у ужем смислу, као овлашћења, слободе и повластице, а не као једно свеобухватно право апсолутног уживања и овлашћење располагања подложно ограничењима која мамећу закон и поједина права призната другима. На пример, за *Garais-a,* својина је „законита власт на ствари у укупности њених веза".[10] *Holms:* „Власнику је допуштено да искључи све друге и он не одговара никоме."[11] Према схватању *Holenda*: „Суштина права својине не лежи толико у уживању ствари колико у законском овлашћењу да се искључе други из радњи ометања њеног уживања. Својина је однос између власника и свих других људи којима се они искључују из власти на ствари која је предмет права својине."[12] *Pollock* u *„Jurisprudence"* дефинише својину као потпуно и искључиво право употребе и располагања са ствари у границама закона.

Право својине представља доминантно субјективно грађанско право које његовом титулару пружа могућност да ствар држи, да је користи и њоме располаже. Дефинисање права својине навођењем овлашћења које га чине као апсолутно и неограничено право без изузетака тешко је замислити. Ограничења у општем интересу као и она у односу на другог власника присутна су у свим друштвима, и историјским периодима, а једина разлика је само у њиховом обиму. чак су и либералистичка схватања својине, по узору на римско право, коју карактерише наглашени индивидуалистички концепт права својине предвиђала ограничења у општем друштвеном интересу, у корист државе, при чему је држава требала да буде не само гарант него и „чувар" несметаног вршења права својине. Границе

[7] K. Rener; *Pravni instituti privatnog prava и њихова социјана функција*, стр. 77. Цитирано према Д Стојановић, *op. cit*, стр. 62.

[8] Aubry et Rau, *Cours de droit civil Francais*, 1897, § 190. Стр. 295.

[9] I. Deremburg, *Pandekten*, 1911, § 155, 2.

[10] Garies, *Science of Law*, 1911, 139.

[11] Holmes, *Common Law*, 1881, 246.

[12] Holland, *Jurisprudence*, 1924, 193.

у вршењу права својине померају се у корист друштва, али се при томе не негира својина као једно од права човека као један од постулата идеологије буржоаског друштва.

Својина као једно од права човека, које је апсолутно, у границама утврђених законом предвиђа *Декларација о правима човека и грађанина*, коју је француска Уставотворна скупштина усвојила непосредно по избијању француске револуције, 26. августа 1789. године. Према члану 4. Декларације „Слобода се састоји у могућности да се чини све оно што не шкоди другоме; тако вршење природних права сваког човека нема граница осим оних које обезбеђују другим члановима друштва уживање тих истих права. Те границе могу бити одређене само законом". У члану 17. наводи се:" Пошто је својина неприкосновено и свето право, нико не може бити лишен својине осим ако то очигледно захтева утврђена јавна потреба, и под условом правичног и претходног обештећења". Француски грађански законик из 1804. године, који прихвата римски, индивидуалистички појам својине, као неограниченог, апсолутног, права држања коришћење и располагања једном ствари, утврђује границе у вршењу права својине које предвиђа закон или други прописи (*decret-lois i reglements).* Према члану 537. *Code civil-a*: „Појединци имају слободу да располажу стварима које им припадају уз ограничења предвиђених законом". Немачки грађански законик, предвиђа да се право својине не може вршити у супротности са законом и правима трећих лица (§ 903.).

Појам права својине у грађанским законицима неких европских држава

Француски *Code civil*, најзначајнији кодекс са почетка XIX века дефинисао је право својине као неограничено, апсолутно, свето и неповредиво право. Она је представљала природно право човека. Према *Code civil*: „Својина је право које допушта коришћење и располагање стварима на неограничен начин, под условом да се не врши у сврхе који су у супротности са законом и уредбом".[13] Својина је најапсолутније стварно право које се може истицати према свима и за њеног титулара неограничена у погледу коришћења и располагања. Својина је за *Portalisa* једног од највећих правника Француске тога доба и аутора коментара *Code civil-a* представљала „тако драгоцено право као сам живот, пошто је својина средство

[13] *Code civil*. члан 544.

за одржавање живота.“[14] Према овој индивидуалистичкој концепцији права својине власнику ствари је допуштено све што му законом или уредбом није забрањено. Право на употребу ствари је најеминентније овлашћење које произлази из права својине јер омогућава сва остала овлашћења. Две основне карактеристике права својине, ексклузивност и трајност, одређене су непосредним утицајем власника на ствар.[15]

Према Аустријском грађанском законику „Својина је све што некоме припада, све његове телесне и нетелесне ствари. Посматрана као право, својина је овлашћење: да се суштином и користима неке ствари по својој вољи располаже, и сваки други од тога искључи. Право својине може се вршити дотле, докле се тиме не вређају права трећих лица или док се не преступе законска ограничења, прописана ради одржавања и потпомагања општег благостања“.[16]

Немачки грађански законик право својине дефинише на следећи начин. „Сопственик једне ствари може, уколико то није у супротности са законом или правом трећег лица располагати са ствари по свом нахођењу и да искључи сва друга лица од било каквог утицаја на ствар „.[17]

Ограничење права својине формулисано у параграфу 904, познато као *Notselbsthulfe*, представља право трећих лица да у случају нужде повреде нечије право својине, под условом да је штета, коју би та трећа лица иначе претрпела, несразмерно већа од штете коју претрпи сопственик. О домашају овог прописа постоје различита мишљења у немачкој правној теорији, али се сви слажу да је ово значајно ограничење индивидуалне својине у корист целог друштва које треба изузетно примењивати само када то изискују посебне околности.

Апсолутни карактер својине долази до изражаја и у Швајцарском грађанском законику према којем: „Власник једне ствари може у границама правног поретка њоме располагати по свом нахођењу. Он има право да је захтева од сваког ко је незаконито држи и да отклони свако бесправно утицање на ствар“.[18]

Неповредивост права својине у ужем смислу, као појединачно субјективно право подудара се са појмом неповредивости права својине у институционалном смислу. Уопште узев, држава се мора уздржавати од аката којима се власнику ствари ограничава вршење права својине или аката којима се укида или ограничава ово право осим у изузетно ретким случајевима предвиђеним законом.

---

[14] Цитирано према, Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1991. стр. 53.
[15] G.Ripert, J.Boulanger, *Traite de droit civil*, tome II, Paris, 1957. стр.789.
[16] Аустријски грађански законик, параграф 353, 354 И 364. .
[17] Немачки грађански законик, параграф, 903.
[18] Швајцарски грађански законик, члан 641.

Иако у грађанском праву важи начело аутономије воље, које се у овом случају манифестује у праву титулара права својине да сам утврди начин коришћења и располагања са ствари, ни ово право не важи без ограничења. Држава путем закона може на различите начине утицати на вршење права својине. Тај утицај може се састојати у забрани да се право својине врши на одређен начин. На пример, према Закону о основама својинско-правних односа,"Забрањено је вршење права својине противно циљу због кога је законом установљено или признато."[19] Поред ове генералне клаузале законом се може за поједине случајеве предвидети различита ограничења или забране вршења права својине.

Разлике између дефиниција у законицима осамнаестог и деветнаестог века и оних донетих у двадесетом веку су у томе што у оним првим нема никаквих ограда у погледу овлашћења и власти власника поводом ствари коју поседује, док се у овим другим признају као значајна законска ограничења власникових овлашћења и права других лица који нису власници.[20]

Право својине је поред грађанских законика такође и предмет уставног регулисања. Уставима се право својине изричито гарантује, а остваривање права која проистичу из права својине штити држава, на основу уставних норми. Према Уставу Европе (Уговор о уставу за Европу), у члану II¸77 (право власништва) „Свако лице има право да буде власник средстава које је легално стекло, да их користи, да са њима располаже и да их другима предаје. Нико не може бити лишен својег власништва, осим када се ради о потреби његовог јавног коришћења, у случајевима и под условима који су законом предвиђени и уз правичну надокнаду за свој губитак. Употреба средстава може се регулисати законом у мери која је неопходна за очување општег интереса".

Појам права својине у нашем предратном праву

Грађански законик за Кнежевину Србију из 1844. године дефинише својину на следећу начин: „Ко је господар од ствари какве, тај има право и употребљавати је и уживати је и сваку корист од ње вући; а по својој вољи не употребити, не уживати, са свим или од части на другог пренети".[21] Ова

[19] Закон о основама својинско-правних односа, члан 4. став 2.
[20] R. Paund, *Jurisprudencija*, књига III, Београд,, Подгорица, 2000. стр. 64.
[21] Грађански Законик за Кнежевину Србију из 1844. пар. 216.

дефиниција права својине представља парафразу дефиниције која је важила у римском праву: *Dominium est ius utendi, fruendi, et abutendi quatenus iuris ratio patitur.* Што се тиче начина вршења права својине или уживања ствари, Грађански законик нема ближих одредба, нарочито нема општих ограничења, која би се односила на свако право својине. Ту се примењује опште правило о слободном вршењу права (пар. 806). Према томе, власнику стоји на вољу, да уради са ствари све што хоће. Он има *ius utendi, fruendi, abutendi.* Слободно и неограничено вршење права својине важи дотле док се њиме не вређају права трећих лица. У неким посебним случајевима право својине је ограничено у погледу вршења на известан начин, и то ограничење постоји или на основу закона у општем интересу, или такође на основу закона али у интересу одређених лица, нарочито суседа

Својину као апсолутно стварно право дефинисао је и Валтазар Богишић у Општем имовинском Законку за Црну Гору, „Кажеш ли о каквој ствари моја је, то је највише што казати можеш".[22] У члану 831. који се односи на садржину права својине наводи се: „Влаштина је, по свом садржају право најраспрострањеније власти коју закон над неком стварју признаје. Ко год има влаштину какве ствари, било покретне, било непокретне, има право: да је држи, да се њоме служи и да је ужива, да од ње узимље све плодове и дохотке, да брани да се њоме неко преко његове воље не би служио, из његове му је држине узео, или му држину на било који начин пријечио. Власник може стварју располагати по вољи: на њу дати другоме какво стварно или дуговинско право, или је сасвим другоме уступити, може урадити са њоме што га је год воља: све то, разумије се, уколико тиме туђа права не вријеђа или нарочито закон не преступа. Осим стега које су самим законом постављене, узимље се да је свачија влаштина потпуна и слободна".[23]

У предратној правној теорији било је различитих покушаја дефинисања права својине. Према проф.др Л. Марковићу: „Обично се под својином разуме потпуна правна власт на одређеној ствари. За појам својине потребно је да се остваре три елемента: а) власт на једном одређеном ствари; б) правна власт и в) потпуна власт."[24]

Проф. др М. Бартош, својину дефинише на следећи начин: „Својина је право употребе, плодоуживања и располагања ствари у границама како је то законом одређено. Пошто сваки од ова три изражаја, својине можемо схватити као посебно право, које може чак и само за себе постојати (на пр.

[22] Општи имовински законик за Црну Гору из 1889, члан 1015.
[23] Општи имовински законик за Црну Гору, члан 93. и 94.
[24] Л. Марковић, *Грађанско право*, општи део и стварно право, Београд, 1912, стр. 315.

uis utendi, код *usus-a* и код појединих права на држање по тражбеном основу; само *uis abutendi* код голе својине) то својина *није недељиво већ сложено* стварно право. Оно је сложеница (резултанта) њених трију компонената:права употребе, права плодоуживања и права располагања.“[25]

Проф. др Ж. Перић, истиче да су дефиниције права својине дате у Србијанском и Аустријском грађанском законику дескриптивне и зато неодговарајуће. По њему, најбоља је дефиниција права својине на коју је указивао *Ранда.* Суштина права својине „оснива се на томе што је дотична ствар у свим односима својим (сем оних који су регулисани позитивним правом и евентуално правима трећих лица) потчињена вољи дотичног лица“.[26]

Појам права својине у нашем законодавству и правној теорији

Према Закону о основама својинско-правних односа: „Власник има право да своју ствар држи, да је користи и да њоме располаже у границама одређеним законом. Свако је дужан да се уздржава од повреде права својине другог лица.“[27] Из дефиниције Закона може се закључити да се садржај права својине састоји из две компоненте: а) позитивне, која се односи на објект права својине, а подразумева право власника да своју ствар држи, користи и њоме располаже, и б) негативне, која се односи на сва трећа лица, а састоји се у обавези свих лица (*erga omnes)* да се уздржавају од радњи којима се повређује нечије право својине. Право својине је апсолутно, искључиво (*ius excludendi tertii*) и у односу на сва трећа лица заштићено право (*actio rei vindicatio, actio Publiciana i actio negatoria*)

Позитивна компонента права својине састоји се из три права које чине садржину права својине. То су: а) право држања (*ius possidendi*), под којим се подразумева могућност да се врши фактичка власт на ствари.

Право држања (*ius possidendi)* је претпоставка и услов да би се реализовала друга два овлашћења која чине право својине, а то су овлашћења коришћења и располагања својом ствари. *Ius possidendi* власника ствари треба разликовати од државине која је дефинисана у члану 70. Закона, јер власник за разлику од других држалаца који немају право својине на ствари, ствар држи *cum animo dominii-* са вољом да ствар држи као своју и *cum*

[25] М. Бартош, *Табаци из стварног права*; Београд 1932, стр. 177.
[26] Ж. Перић, *Стварно право*, Београд, 1922, стр. 17.
[27] Закон о основама својинско-правних односа, "Сл. лист СРЈ", бр. 29/1996. члан 3.

opinio dominii - са уверењем да је ствар коју држи припада њему, да је његово власништво.

Право коришћења (*ius utendi et fruendi*) означава могућност власника да предузима материјалне акте у односу на ствар (да се служи својом ствари) са циљем да извлачи користи из ње. Ово право се јавља у два облика: а) право употребе (*ius utendi*) и право прибирања плодова и других прихода које ствар даје (*ius fruendi*).

Право располагања (*ius disponendi)* састоји се у могућности: а) фактичког располагања које значи да власник ствари може да предузима радње којима се утиче на супстанцију ствари (на пример, да се промени намена ствари, уништење ствари и сл.), и б) правног располагања које означава могућност власника да ствар отуђи (продаја, поклон, размена), оптерети или конституише неко уже право (на пример: залога, службеност, послуга, закуп) или да се одрекне свог права (дереликција).

Овлашћења *ius possidendi u ius utendi et fruendi* постоје у унутрашњем односу власника према својој ствари, док се овлашћење *ius disponendi*, односи и има значење спољњег правног односа власника поводом те његове ствари јер се односи на могућност правног располагања својом ствари у односу на трећа лица.

Сва три наведена права која чине садржину права својине не важе без изузетка. Иако се за својину често каже да је нај апсолутније стварно право, могао би се извести погрешан закључак да је она потпуно неограничено право. Садржина права својине је одувек у већој или мањој мери у свим друштвима законом или другим правним актима била ограничавана, превасходно у друштвеном интересу.[28] Друштвени интереси добијају превагу над индивидуалним интересима појединаца. У извесним случајевима законом се изричито наводе нека ограничења права својине. Сва та ограничења могу се поделити на јавноправна ограничења која произлазе из прописа јавног права и приватноправна ограничења која произлазе из суседског права. „Сва јавноправна и приватноправна ограничења деле се на непосредна и посредна. Непосредна законска ограничења постављају границе у оквиру којих власник право својине може да врши по свом нахођењу. Њима се одређује садржина права својине. Ова ограничења у јавном интересу много дубље погађају власника него границе постављене суседским правом, којима се суседи узајамно ограничавају. Њима се одређује социјална садржина права својине. Посредна ограничења не настају по сили закона. На основу закона настаје само обавеза да се под одре-

[28] Ограничења права својине у друштвеном интересу можда је најупечатљивије била формулисана у члану 153 Вајмарског устава према коме:“ Својина обавезује. Њена употреба треба истовремено да служи општем добру“.

ђеним фактичким претпоставкама (постојање нужде) заснују у корист једног или више суседа (право нужног пролаза)".[29]

Закон о основама својинско-правних односа, наводи да се право својине може вршити у границама које су утврђене законом. „Законска ограничења могу се односити на квалитет, квантитет и функционалност објеката на којима може постојати право власништва."[30]

Једно од таквих ограничења у погледу начина реализације, односно остваривања права својине, поменути Закон предвидео је у члану 4. „Власник остварује право својине у складу са природом и наменом ствари. Забрањено је вршење права својине противно циљу због кога је законом установљено или признато".[31]

У нашој правној теорији право својине се мање више једнако дефинише. Према проф.др О. Станковићу: „Право својине је најшире у границама закона, право држања, коришћења и располагања једном ствари, које се може истицати према свим трећим лицима".[32]

Према проф.др Д. Стојановићу: „Право својине се састоји из овлашћења њеног титулара да држи, користи и располаже стварима које му припадају. Садржај тих овлашћења непосредно је одређен законом, у зависности од врсте и форме права својине. Титулар права својине користи своја овлашћења самостално и независно од права других лица на тој ствари".[33]

„Право својине је најшира правна власт држања, коришћења и располагања са ствари која делује према свима (*erga omnes*). Као субјективно право својина свом титулару омогућује непосредну и директну правну власт на ствари. Два односа чине право својине: један правни који настаје између власника и свих трећих лица која су дужна да се уздржавају од повреде својинских овлашћења, други фактички, који настаје између власника и ствари и који материјализује правни однос. Право својине претпоставља материјални однос (државину ствари) али он није услов за њено постојање. Право својине је апсолутно, искључиво и трајно право".[34]

Имајући у виду напред наведено покушаћемо да одредимо појам права својине. Право својине је најпотпуније, искључиво и трајно стварно право на одређеној ствари (правна власт на ствари) које овлашћује титу-

[29] Лексикон грађанског права, одредница, „Ограничење права својине", Београд, 1996, стр. 426.

[30] Б. Визнер, Коментар *Закона о основним власничко-правним односима*, Загреб, 1980. Стр. 61.

[31] Закон о основама својинско-правних односа, члан 4. Став 1 и 2.

[32] О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1993. стр. 85.

[33] Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1991. стр. 52.

[34] Р. Ковачевић, Куштримовић, М. Лазић; *Стварно право,* Ниш, 2004. стр. 71.

лара овог права да ствар по свом нахођењу користи на начин утврђен законом.[35]

Основна карактеристика права својине је његова *свеобухватност* (потпуност), која власнику омогућава потпуну правну власт на ствари која је у одређеном правном поретку уопште могућа. Својина је најапсолутније право на једној ствари, а поједина овлашћења која представљају њену садржину, су само манифестације ове потпуности.[36] Из овог разлога се својина поистовећује са самом ствари (материјализовање права својине). Ова карактеристика права својине најсликовитије је изражена у максими Општег имовинског законика за Црну Гору „Кажеш ли о каквој ствари моја је, то је највише што казати можеш" (члан 1015). Свеобухватност прва својине није доведена у питање чак ни у случају постојања одређених ограничења јавног и приватног права јер она „само сужавају сферу права која је, ипак одређена на општи начин".[37] Власнику је дозвољено све што му није забрањено законом. Да би се истакла свеобухватност права својине у правној литератури се користи квалификатив „најапсолутније стварно право" да би се истакло, да је за разлику од свих осталих стварних права, једино својина такво апсолутно право у којем је концентрисана сва правна власт која се може имати на једној ствари.[38]

Неки аутори наводе да је право својине безгранична приватна правна власт власника на својој ствари. Власник је овлашћен да са својом ствари чини све што није противправно. Потпуност власникове правне власти произлази управо одатле што право власништва није субјективно право са тачно унапред одређеним садржајем, које би своме титулару давало нека тачно наведена овлашћења, него је власник овлашћен да са својом ствари и користима од ње чини „што га је воља", ако то „није противно туђим правима ни законским ограничењима".[39]

Право својине је *искључиво* (ексклузивно) стварно право, које његовом титулару даје могућност да искључи сва друга лица у погледу уживања ствари. Својина је стога *ius excludendi omnes alios*. Искључивост права својине, је њена негативна страна, а састоји се у нечињењу свих

---

[35] Закон о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске („Народне новине", бр. 91/96. у члану 30. став 1. дефинише право својине на следећи начин: „Право власништва је стварно право на одређеној ствари које овлашћује својег носитеља да с том ствари и користима од ње чини што га је воља те да свакога другога од тога искључи, ако то није противно туђим правима ни законским ограничењима".

[36] B.Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Aufl. in 2 Banden, Sciencia Verlag Aalen 1963. стр. 821.

[37] З. Рашовић, *Стварно право*, Подгорица, 2002. стр. 90.

[38] О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, *op.cit*. стр. 87.

[39] Н. Гавела, *Стварно право*, Загреб, 1998. стр. 280.

других лица у односу на власникову ствар. Власник има право да тражи да се сва трећа лица уздрже од радњи којима се омета његово право употребе ствари.

Иако се о искључивости говори као о негативној страни права својине, она има и позитивно значење јер власник може са својом ствари чинити све што хоће управо захваљујући томе што сваког другог од овог права може искључити. Трећа лица морају да се уздржавају од самовољних захвата на ствар која припада власнику као што су одузимање или сметање ствари. Ко власника омета у вршењу свога права он има право да се обрати суду у захтева заштиту у петиторном спору, али и посесорном спору као држалац ствари. Уколико се власник ствари не послужи могућношћу да искључи претензију других лица на његову ствар, може се догодити да његова правна власт буде потиснута туђом фактичком влашћу, која уколико буде квалификована за одржај може прерасти у право својине у корист узукапионог држаоца. Како право својине свом титулару омогућава потпуну правну власт у овом случају је немогуће да на истој ствари постоје два искључива права својине у пуном обиму, па ће дотадашње право својине престати и на истој ствари настати право својине за новог власника.

Искључивост произлази из појмовне безграничности власникових овлашћења, али је уједно и омогућује - то се двоје међусобно условљава и употпуњује, обоје заједно чини да је власникова правна власт на ствари потпуна.[40]

За својину се каже да је искључива по својој природи у том смислу, „што једна иста ствар не може двојици или неколицини лица тако припадати, да сваки од њих једновремено има пуну правну власт над целом том ствари. Другим речима: једна те иста ствар не може у својој целини у исто време бити предмет двају или више самосталних права својине. *Duorum in solidum dominium esse non potest*“[41].

Еластичност (рекадентност) права својине манифестује се у томе да се са престанком ограничења права својине која у већој или мањој мери сужавају могућност власника да користи ствар, ово право успоставља у пуном обиму. Својина не трпи ограничења, било да су она настала вољом власника или су установљена у јавном интересу, па се по њиховом престанку она поново успоставља у пуном обиму.

Право својине је *трајно* право јер постоји све док постоји и ствар на коју се односи. Она је у временском смислу неограничено право јер се не може изгубити невршењем.

---

[40] Н. Гавела, *op. cit*. стр.282.

[41] Живојин Перић, *Стварно право*, Београд, 1922. стр. 180.

Право својине је *јединствено* право чији се садржај не може делити.[42] Иако из права својине произлазе за власника различита овлашћења, она нису део садржаја права својине, нити се могу издвојити из права својине у самостална субјективна права. Ниједно од власникових овлашћења не може да се осамостали, па зато и није добро да се она називају правима. Доктрина по којој би право својине било скуп својинских овлашћења тих тзв. „власникових права", је у савременим правним порецима континенталне Европе, скоро сасвим напуштена. Називи за уобичајена овлашћења која чине садржину права својине задржали су се у употреби наводећи нас на погрешан закључак да се ради о ентитетима који би могли бити самостална права. То нису никаква права, него су само еманације јединственог власниковог права својине.[43]

У покушају резимирања претходног излагања право својине би могло да се дефинише као стварно право на одређеној ствари које овлашћује титулара овог права да са ствари и користима од ње поступа по свом нахођењу, као и да сваког другог из тога искључи ако се то не противи правима других лица нити законским ограничењима.

[42] Супротно мишљење имао је проф. др М Бартош, *op. cit.* стр. 177.
[43] Н. Гавела. *Стварно право*, *op. cit.* стр. 285.

Danica Popov, Ph.D., Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

Legal doctrine of property

Abstract

Property is socially contigent. Its meaning varies across cultures and over time, within cultures. At bottom, proterty is whatever interest in a thing that the legal system protect against invasion by others. But the definition merely describes a result; it does not explain how we get there. Morever, property rights is not apsolute. Property is relative- it describes the relationship between people with respect to things, not the relatonship between persons and things. The principal theoretical explanations of property are, the utilitarians, economic efficiency, custom etc. In legal doctrine property may be broken up in to constituent elements: the right of *use*, the right of *exclusive possession*, and the right to *dispose or transfer*. These elements are important, but not possible to say, for example, that the combination of any two makes property.Two elements are essential here. 1. The corpus possessionis, which means the execise of control over the things by direct or indirect means. 2. The animus possidendi, which means the intention to exclude others. Ownwrship may be described as the entirety of powers of use and disposal allowed by law.

347.2(4)

Др Раденка Цветић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

СТВАРНО ПРАВО СРБИЈЕ У ЕВРОПСКИМ ОКВИРИМА

Сажетак: *Иницијатива Европског парламента за доношење Европског грађанског законика из 1989. године није имала адекватан ехо у нашој правној књижевности и струци, док је, с друге стране, узбуркала стручну и научну јавност западне Европе. Идеја је донела различите реакције, изазвала чак поларизацију, при чему је разликовање националних правних система врло често навођено, управо, као главни аргумент за, односно против таквог законика. Од опредељења за или против Европског грађанског законика, у овом моменту за политичке носиоце и припаднике правне науке и струке у Србији, много је важније изналажење начина за испуњавање услова за придруживање Европској унији уз што мање штетних последица. Многа лутања и странпутице у развоју правног система Србије током двестотине година од обнављања државности и недовољна развијеност појединих сегмената правног система, додатно усложњавају и отежавају процес хармонизације нашег права са важећим правним стандардима у Европи. Имајући то у виду, у овом раду је, уз кратак пресек развоја стварног права Србије од обнављања њене државности, више пажње посвећено томе шта треба учинити у циљу превазилажења постојећег стања. У том смислу, акценат је стављен на денационализацију, евиденцију непокретности и кодификацију стварног права. Проблем недовољно регулисаног стварног права треба решити попуњавањем бројних законских празнина, али и изменама и знатним допунама постојеће стварноправне регулативе. Постојеће стање је резултирало знатном правном несигурношћу, будући да је недовољна регулатива увек идеална подлога за (пре)широко тумачење и тиме неједнако поступање у једнаким*

случајевима. Отклањање таквог стања већ је, само по себи, корак ближе ка Европи и њеним правним стандардима.

Кључне речи: *Европски грађански законик, развој стварног права, денационализација, евиденција непокретности, кодификација стварног права.*

Идеја европског грађанског законика

1. Када се јавила и питања која она отвара - Почетком последње деценије XX века, суочени са деструктивним процесима у свим сегментима наших живота, слутећи неминовну маргинализацију и изопштавање из „европског друштва", пропустили смо прилику да равноправно учествујемо у елаборацији идеје доношења Европског грађанског законика. Захтев Европског парламента за спровођење припремних радова у циљу израде Европског грађанског законика, постављен 1989. године,[1] представљао је, с друге стране, за европску академску правничку јавност, велики изазов да се одреди пожељан и могућ садржај таквог законика уз преиспитивање изводљивости унификације тих области приватног права на европском нивоу.[2]

У академским круговима Европе мање или више постоји сагласност да европско грађанско право треба развијати, међутим, нема сагласности у погледу правца и оквира развоја. Полазиште да би оквир развоја могао бити Европски грађански законик тражи одговоре на неколико питања:

[1] Такав захтев постављен је у *Resolution on action to bring into line the private law of the Mamber States (Резолуција о раду на изједначавању приватног права држава чланица)*, Official Journal of the European Communities, No. C 158, 26.6.1989, p. 400. Подаци о документима који су следили ову Резолуцију, као иницијативну, видети http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/en/index.htm.

[2] Резултат таквог подухвата је зборник радова *Towards a European Civil Code,* (ed. A Hartkamp i dr.), друго измењено и проширено издање Nijmegen/ The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998. Како је истакнуто у првом поглављу (видети: Ewoud Hondius, *Towards a European Civil Code, General Introduction,* стр. 7), то је зборник о развоју европског грађанског права. Наиме, истиче се да је имплементација директива Европске заједнице (којима се регулишу поједина питања приватног права, пре свега облигационог), у правне системе држава чланица Европске уније (али и неких других) означила увод у унификовано или барем хармонизовано грађанско право на европском нивоу. Следећи корак у том смислу био је постављање питања (Уговором из Мастрихта) да ли је грађанско право нешто што треба оставити државама чланицама по принципу супсидијарности (да се питање регулише комунитарним правом само онда када га није могуће разрешити на националном нивоу).

постоји ли уставни основ за такав законик у Римском уговору;[3] затим, да ли је уопште вредна размишљања идеја кодификације права, а посебно грађанског или приватног права, и на крају да ли је то могуће на европском нивоу, а ако јесте, шта би требало да буде садржина таквог законика.[4]

2. За или против Европског грађанског законика - Факат да се исте чињенице наводе као један од главних разлога и за и против доношења тзв. Европског грађанског законика, недвосмислено говори о прворазредном значају полазишта: јесмо ли за или смо против, а све остало је питање, не мање важне, тактике и технике. Тако, на пример, чињеница да између система приватног права европских земаља постоје велике разлике,[5] за једне представља аргумент против доношења таквог законика, док је за друге то управо кључни разлог у прилог његовог доношења. Противници тврде да су разлике „последица различитог културног и историјског идентитета конкретних држава и сваки покушај да се оне самање једино стварањем јединствених правних правила је штетно и непродуктивно позитивистичко упрошћавање."[6] С друге стране, заговорници истичу да несумњиве разлике представљају разлог за стандардизацију, а не оправдање њиховог задржавања, јер те разлике „онемогућавају правно окруже-

[3] Сумњу о постојању уставног основа отклонили су Јединствени европски акт (SEA) и Уговори из Мастрихта и Амстердама. Видети: Ewoud Hondius, *op. cit.,* стр. 7 i 8.

[4] *Ibidem.* Сам зборник радова *Towards a European Civil Code,* по речима Ewoud Hondius-a, усмерен је на давање одговора само на последње питање: да ли различити домаћи (национални) правни системи у Европи нису међусобно толико удаљени (различити) да би се чак могла очекивати и намеравати унификација или хармонизација и који правац прописи (одредбе) треба да узму.

[5] О врсти правних система и дисхармонији грађанског права у свету видети: Душан Николић, *Хармонизација и унификација грађанског права,* Нови Сад, 2004, стр. 16-26.

[6] Видети више о томе у: Радован Вукадиновић, *Начела уговорног права у процесу европеизације приватног права,* и тамо наведеној литератури, напомене 7, 8 и 9, у: *Начела европског уговорног права и југословенско право,* Крагујевац, 2001, стр. 30-32. Говори се о значајним, па чак и непремостивим разликама не само између *common law* и *civil law* система, него и у оквиру *civil law* система. Истиче се да „када је реч о разликама између енглеског и континенталног права разлике нису само у структури система, већ и у вредносним стандардима којима се тумаче норме, као и у правцима кодификације и правној политици." На пример, као доказ разлика које постоје у вредносним стандардима наводи се да енглеско право због економских интереса толерише одређену моралну неосетљивост у погледу вођења преговора и обавезе откривања информација, док француско право даје предност солидарности у односу на индивидуализам (стр. 31). Дакле, није проблем само у чињеници да је у европскоконтиненталним правним системима основни извор (грађанског) права закон и други општи акти, а да су нормотворци законодовани и извршни органи власти, док се у англосаксонским правним системима говори о прецедентном праву и судовима као креаторима правила понашања. Разлике су много суптилније, што отежава њихово превазилажење.

ње које је у оквиру Европске уније неопходно за слободан промет робе, слободно вршење услуга, слободан промет капитала и слободу кретања лица, на чему се у економском смислу заснива Унија и њено заједничко и унутрашње тржиште."[7]

3. Какав је значај овог питања у Србији – Од идеје Европског парламента да се приватно право европских земаља регулише јединственим закоником протекло је већ шеснаест година. Да ли се дефинитивно одустало од таквог начина унификације ове веома важне правне области, те да ли су покушаји изналажења могућности хармонизације грађанског права дефинитиван циљ или само прелазна фаза ка његовој унификацији, показаће време.[8] Због тога је од опредељења за или против Европског грађанског законика, у овом моменту за политичке носиоце и припаднике правне науке и струке у Србији, много важније изналажење начина за испуњавање услова за придруживање Европској унији уз што мање штетних последица. Многа лутања и странпутице у развоју правног система Србије током двестотине година од обнављања државности и недовољна развијеност појединих сегмената правног система, додатно усложњавају и отежавају процес хармонизације нашег права са важећим правним стандардима у Европи.

Озбиљност проблема је већ прецизно уочена у нашој правној књижевности. Ту више нема богзна шта ново да се дода; међутим, корисно је поновити да „... треба донети кључне стратешке одлуке и утврдити тактику и методологију хармонизације. Веома је важно да знамо шта, зашто, када и како треба чинити, *а нарочито какве последице из тих поступака могу проистећи,* (подвукла Р. Ц.),"[9] као и констатовати да се у Србији

[7] Радован Вукадиновић, *op. cit.,* стр. 32. Такође, истиче се да се „у Западној Европи постепено консолидују 'заједничке правне вредности' чији се основ налази у основним правима која су идентична у свим државама Европске уније и на основу којих је у Европској унији формулисана и Повеља о основним правима, као преамбула будућег устава Европске уније. Све то говори да се разлике које традиционално постоје између *civil law* и *common law* не увећавају већ се постепено смањују или губе; делимично због чланства Велике Британије и Ирске у Европској унији, али и због тога што и у овим традиционалним државама неписаног права све више продире схватање о рационалности кодификације појединих питања приватног права."

[8] О пројекту Европског грађанског законика и пројектима који треба да превазиђу његов неуспех видети: Душан Николић, *Хармонизација и унификација...,* стр. 119-120; о видовима унификације и хармонизације грађанског и трговачког права видети: Маја Станивуковић, *Инструменти унификације и хармонизације права и њихов однос према колизионим нормама, с посебним осврtом на начела европског уговорног права,* у *Начела европског уговорног права и југословенско право,* Крагујевац, 2001, стр. 60-64.

[9] Душан Николић, *Хармонизација и унификација...*, стр. 12.

„правна регулатива развија стихијски, под различитим страним утицајима. На правним факултетима је кадровска ситуација прилично лоша. Слично је и са правосуђем. Недостају нам стручњаци који познају европско право, а Србија се определила за укључивање у панервопску интеграцију.“[10]

Полазећи од наведеног проблема у овом раду ће, уз кратак пресек развоја стварног права Србије од обнављања њене државности, више пажње бити посвећено томе шта треба учинити у циљу превазилажења постојећег стања, ради његове хармонизације са европским правним стандардима.[11]

Развој стварног права Србије

4. Етапе у развоју: успони и падови - Стварно право у Србији, од почетка изградње модерне српске државе и правног система, имало је успоне и падове у свом развоју, посматрано у целини, а нарочито у погледу појединих института. Сваки период у развоју обележен је специфичностима које су га јасно разликовале од претходне етапе. То је донекле разумљиво, будући да су друштвени односи који су предмет регулативе стварног права од изузетног значаја како за државу, као организацију власти, али и учесника стварноправних односа, тако и за саме грађане.

4.1. Период од доношења Српског грађанског законика 1844. године[12] - Доношењем Српског грађанског законика извршена је рецепција аустријског грађанског права. Тиме је Србија, по општем мишљењу, ступила у германски правни круг, у коме је по преовлађујућим карактеристикама, упркос значајним одступањима у време социјалистичког друштвеног уре-

[10] Душан Николић, *Хармонизација и унификација...,* стр. 174. Аутор је ненаметљиво, кроз приказ швајцарског и јапанског искуства, те кроз пресек развоја грађанског права код нас у последњих двестотине година до данашњих дана, ствари назвао правим именом и дао могуће смернице на путу хармонизације нашег права са европским правним стандардима. Елементарна озбиљност у формулисању државне политике и стратегије развоја правне регулативе у области грађанског права не дозвољава њихово пренебегавање.

[11] Маја Станивуковић, *op. cit.,* стр. 60: „У новије време, све више се, уместо о унификацији, говори о хармонизацији права, како би се нагласило да се не тежи апсолутној једнообразности, већ конвергенцији правних система. Хармонизација се састоји у смањивању разлика и одступања између националних правних система, одређивањем резултата које регулатива у одређеној области треба да постигне, без наметања средстава којима ће се то конкретно и остварити, и без наметања самог законског текста.“

[12] О околностима које су претходиле доношењу Законика и о одликама стварног права Србије у овом периоду, видети више: Раденка Цветић, *Развој стварног права у Србији – Институт стицања права својине налазом туђе изгубљене ствари,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVIII, 2, (2004), том I, Нови Сад, 2004, стр. 341-346.

ђења и доминантног положаја друштвене својине, остала до данашњих дана.

Овај Законик, са својих 950 параграфа практично представља скраћени превод 1502 параграфа Аустријског грађанског законика. Одступања од оригинала се не огледају само у скраћењу или изостављању појединих одредаба, већ и у постојању одређених правила која су изражавала специфичности друштвених односа Србије тог времена и представљала уступак обичајном праву (нпр. правила о праву наслеђивања женске деце, о праву прече куповине или о породичним задругама).

О Српском грађанском законику је од његовог доношња до данашњих дана изговорено много речи и исписано пуно страна; истина, много више оних које га приказују у лошем светлу. Колико год да је, међутим, разлога за такав став у односу на Законик и приступ кодификаторском послу од стране његовог редактора,[13] не може се оспорити правно-цивилизацијски значај Српског грађанског законика за време у којем је донет.[14]

4.2. Период од настанка Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, 1918. године, и касније Краљевине Југославије, 1929. године – Овај период карактерише правни партикуларизам, будући да се у новој држави, која је настала од до тада самосталних држава и делова територија других држава, као природна наметнула примена начела правног континуитета, односно примена затечене регулативе на појединим територијама, до њене

[13] По мишљењу Михаила Константиновића »Хаџић је своју дужност схватио врло просто. Он је сматрао да има да преведе Аустријски грађански законик. При преводу је, без икаквог критеријума, много што шта изостављао, неке прописе скраћивао, неке објашњавао, од једног параграфа правио је више ... или је више сливао у један... Многе ствари није разумео, нпр. државину, а нарочито њену заштиту... Исто је и са брачним уговорима и са многим другим стварима. Законик који је Хаџић тако 'сочинио' је један од најгорих законика и по својој садржини, и по својој техници и по својој форми« (М. Константиновић, *Југословенски грађански законик,* Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4/1982, напомена која почиње на стр. 387-388). На сличан начин, у негативном суперлативу изјаснио се о Српском грађанском законику и Драгољуб Аранђеловић у: *Расправе из приватног права,* Београд, 1913, стр. 145, а, такође, и многи други.

[14] Видети један од ретких радова са потпуно афирмативним односом према СГЗ: Владимир В. Водинелић, *Сто педесет година касније: шта је још живо у Српском грађанском законику,* у: Српска академија наука и уметности, зборник радова Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994), Београд, 1996. („Одговор није потврдан само на питање: има ли у СГЗ-у нечег што још поседује способност за живот. У њему има, шта више, правних решења која би у ствари тек ваљало да почну да живе. Надишавши неким таквим и АБГЂ и друге овдашње кодексе, СГЗ садржи 1) поједина решења која пре могу да се бране но нека важећа, 2) поједина решења која ваљано могу да попуне правне празнине важећег права, и 3) поједина која корисно могу да послуже при примени важећег права.“ – стр. 396).

измене или замене новим прописима. Дакле, упркос унитарном уређењу нове државе, уочљиво је постојање самосталних правних подручја на којима су примењивани, у мањој или већој мери, различити правни прописи.[15]

Правни партикуларизам је отежавао правни саобраћај и успоравао развој правног система. Упркос непрестаним напорима да се изврши кодификација и унификација права, тај посао, започет одмах након уједињења, није завршен до почетка Другог светског рата, који доводи до распада Краљевине Југославије. Постојање шест различитих правних подручја и велике разлике у степену правне развијености појединих делова државе, веома су отежавали рад. Само полазиште било је спорно (од ког законика кренути при кодификацији), да би убрзо преовладао став да је, због широке примене, најподеснији Аустријски грађански законик. Упркос противљењу једног дела стручне јавности, Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију завршена је 1934. године, и мада су неке нове идеје и решења били прихваћени, у основи целог пројекта био је Аустријски грађански законик. Нацрт је био упућен научној и стручној јавности. Чињеница да је уследила жестока расправа о појединим решењима, али, пре свега, значајни друштвени догађаји, онемогућили су усвајање законика. Ипак, неке области грађанског права, као што су менично, чековно, стечајно и земљишнокњижно право, унифициране су.

Примена затечене правне регулативе кроз све време постојања Краљевине Југославије, резултирала је својеврсном стагнацијом у развоју грађанског права у целини, а, такође, и стварног права. Начело континуитета у примени приватноправних прописа, међутим, није само по себи довело до тога. Његова примена била је, посматрано са ове временске дистанце, мање штетна за развој основних стварноправних института него примена начела правног дисконтинуитета која ће уследити након Другог светског рата.

4.3. Период након завршетка Другог светског рата, 1945. године, и доношења Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, 1946. године – Доношењем овог Закона озваничен је прекид правног континуитета са правним поретком Краљевине Југославије. Сви прописи који су били на снази 6. априла 1941. године изгубили су правну снагу, док су прописи донети за

[15] Према важности правних прописа који су у њима примењивани и према судско-административној надлежности, разликовало се шест правних подручја: српско, црногорско, војвођанско, хрватско-славонско, далматинско-словеначко и босанско-херцеговачко. Видети више о томе: Љ. Ркљуш, *Правна историја српског народа,* Нови Сад, 2002, стр. 534-536 и Д. Николић, *Закон о основама својинско-правних односа (пречишћен текст са предговором),* Нови Сад, 2003, стр. 10-12.

време непријатељске окупације оглашени непостојећим. Свесни чињенице да се потпуно нов правни систем не може створити преко ноћи, законодавци су овај револуционарни корак ублажили предвиђањем могућности примене правила садржаних у прописима Краљевине Југославије под прописаним условима.

Нова власт је већ првим прописима наговестила битне промене у области стварног права. Прво су донети закони класног карактера, којима је извршена национализација најзначајнијих добара.[16] Тако утврђена доминантност друштвене својине као основног и привилегованог својинског облика, довела је до маргинализације приватне својине, путем бројних ограничења, како по обиму, тако и по садржини.

Доношење грађанског законика у новој држави припремано је парцијалном кодификациојом појединих делова грађанског права.[17] Што се тиче кодификације стварног права, она је у овом периоду остала у фази предоснове за нацрт Закона о правима на ствари, која је израђена 1964. године. Међутим, уставни основ за доношење јединственог законика нестао је изменама Устава СФРЈ из 1963. године. Наиме, након извршене прерасподеле законодавне надлежности између тадашње Савезне скупштине и скупштина социјалистичких република, 1971. године, у надлежности Федерације су били *основни својинскоправни односи,* што значи да су *остали* својинскоправни односи требали бити регулисани законима република. У реализацији своје надлежности Савезна скупштина је донела *Закон о основним својинско-правним односима,* 1980, а републике, међу њима и Србија, нису реализовале своју законодавну надлежност из ове области ни до краја постојања Социјалистичке Федеративне Републике Југославије. У Србији је, истина, још пре доношења наведеног Савезног закона урађен значајан посао у правцу кодификације стварног права.[18] Међутим, утврђени Нацрт није прошао прописану законодавну процедуру, односно није никада постао закон, тако да су у Србији и даље присутне бројне законске празнине из области стварног права.

---

[16] То су закони којима је извршена национализација приватних привредних предузећа, пољопривредног земљишта најамних зграда и грађевинског земљишта. Детаљније видети у: Д. Николић, *Закон о основама...,* стр. 17.

[17] *Ibidem.*

[18] Наиме, још 1978. године израђена је радна верзија *Нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима*, који је врло брзо допуњен и правилима о стварним правима на покретним стварима. Последња верзија *Нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на стварима* утврђена је 1989. године и достављена Скупштини Социјалистичке Републике Србије. Нацрт је садржао правила која би заједно са правилима Закона о основним својинскоправним односима представљала скоро свеобухватну регулативу стварноправних односа.

4.4. Период након настанка Савезне Републике Југославије, 1992. године – За овај период значајне су измене и допуне Закона о основним својинско-правним односима извршене 1996. године, када је Закону, у складу с Уставом СРЈ из 1992. године, измењен назив у *Закон о основама својинско-правних односа*, али су извршене и неке промене у правцу неутралисања повлашћеног положаја друштвене својине.[19] Измене и допуне су биле од великог значаја за даљи развој стварног права и враћање решењима традиционално усвојеним у европскоконтиненталним правним системима. Међутим, ништа није учињено да би се употпунила стварноправна регулатива и у том смислу ситуација је остала иста у односу на претходни период.

4.5. Период након настанка Државне заједнице Србија и Црна Гора 2003. године - Од ступања на снагу Уставне повеље стварноправни односи су у потпуности прешли у надлежност република (тачније речено, то се десило са целокупном материјом грађанског права), тако да Србија има могућност да самостално измени постојећу ситуацију. У том правцу Министарство финансија и економије Републике Србије (Имовинско-прав-ни сектор) започело је у јесен 2003. године припреме на изради новог закона који регулише својинскоправне односе чији је циљ регулисање целокупне материје стварног права. Сматрамо да је то сигурнији пут постизања једног заокруженог и складног система стварног права. Парцијална кодификација појединих важних питања из ове области,[20] могућа је као бржа варијанта решавања горућих проблема, али она, кад-тад, захтева један целовит приступ датој правној материји и међусобно усклађивање.

[19] Закон је први пут измењен и допуњен 1990. године, још за време постојања СФРЈ, након што су амандманима на Устав из 1974. године извршене промене у политичком и привредном систему. У складу са извршеним системским променама, укинути су својински максимуми на непокретним стварима и омогућено стрним физичким и правним лицима стицање права својине на непокретностима које су им потребне за обављање дозвољене делатности, под условом реципроцитета (видети чл. 5, 82а и 83б Закона о изменама и допунама, „Сл. лист СФРЈ“ бр. 36/1990).

[20] Тако је у мају 2003. године донет Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, „Сл. гласник РС“ бр. 57/2003, а примена је предвиђена од 1. јануара 2004. године. Предлог закона којим би била регулисана хипотека упућен је у скупштинску процедуру у новембру 2005. године и очекује се да ускоро буде усвојен.

Шта је неопходно учинити ради превазилажења постојећег стања

5. Последице припадања тзв. кругу социјалистичких правних поредака - Иако се наш правни систем традиционално сврстава у континенталноевропски и то германски правни круг,[21] неоспорно је да је дугогодишње припадање тзв. кругу социјалистичких правних поредака проузроковало низ деформација које се могу отклонити само ако се ствари принципијелно поставе и консеквентно спроведу у правцу враћања Србије тамо где јој је по културној и правној традицији место.[22]

У постсоцијалистичкој правној литератури бивших социјалистичких земаља истиче се да је за социјалистичке правне поретке, генерално, карактеристична екстремна маргинализација грађанског права у корист јавног права, насупрот његовој средишњој позицији у правним порецима европскоконтиненталног правног круга. Због тога је нужно, пре свега, враћање грађанском праву средишњег места, док би улога јавног права као заштитника општих интереса била да штити, подржава, али и, када је потребно, ограничава грађанскоправне садржаје. При таквом курсу реформе правног система, са грађанским правом у средишту, неопходна је коренита реформа стварног права, које је у свим социјалистичким земљама претрпело највеће деформације.[23]

---

[21] Видети више о томе у: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права,* Нови Сад, 2005, стр. 42-43. Иако сврставање по сродности националних правних система у поједине правне кругове има велики значај, не сме се губити из вида запажање да у последњих 200 година (период великих кодификација и национализације грађанског права, те напуштања идеје о европском правном јединству) у Европи постоји онолико различитих правних система колико и држава, те да су, политичке границе одредиле границе правне учености (правне науке и образовања). О томе видети више: Reinhard Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity*, у *Towards a European Civil Code,* стр. 24 и даље.

[22] О искуству Републике Хрватске, која је већ постигла значајне резултате у реформи свог правног система у циљу интеграције у Европску унију видети више у: Раденка Цветић, *Реформа грађанског права у Републици Хрватској,* Грађанска кодификација, зборник радова, свеска 2, Ниш, 2003, стр. 95-105.

[23] Видети реферат који је на Симпозијуму о стварном праву, одржаном у Будимпешти (30. октобар – 3. новембар 2002. године, у организацији Канцеларија за правну реформу из Београда и Сарајева) поднео Никола Гавела, професор Правног факултета у Загребу, који је са групом својих колега, такође универзитетских наставника Правних факултета у Загребу и Осијеку, осмислио и извршио реформу стварног права Хрватске. Назив рада је: *Ново хрватско стварно право у функцији прилагодбе правног поретка Републике Хрватске Европскоме,* Будимпештански симпозијум – допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Edition Temmen, 2003, стр. 20-47. Како изгледа реформисано хрватско стварно право може се сазнати из Закона о власништву и другим стварним правима из

6. Како отклонити наведене последице? – У реформи грађанског права у Републици Србији неопходно је у потпуности сагледати који су то делови нашег позитивног права претрпели највеће деформације током припадања тзв. социјалистичком правном кругу,[24] а затим адекватним предлозима довести до њиховог отклањања. Враћање традиционалним вредностима, институтима и садржајима (тзв. правилима трајне вредности, каквих је у грађанском праву пуно), имајући при томе у виду постојеће европске правне стандарде, и коришћење позитивних искустава других, прави је пут за постизање таквог циља. Ради правне сигурности, такође је веома важно обезбедити доследну примену општих правила грађанског права и специјална правила установљавати само онда када су заиста неопходна.[25]

Јасно је да би било погрешно пренебећи постојећу реалност и тежити ка правно-логички савршеним правилима чија примена не би била могућа. Међутим, посезање за прагматичним краткотрајним решењима није пут изградње савременог правног система компатибилног са европским правним стандардима. Као и увек, питање је мере у избору адекватних решења која спречавају једну од наведених крајности.

За даљи развој стварног права у Републици Србији, неопходно је извршити денационализацију и приватизацију, евидентирати на поуздан начин шта је чије, уз претходно прецизирање које непокретности и под којим условима могу бити самостални правни објекти, регулисати све оне

1996. године (Народне новине, бр. 91/1996, 73/2000.), који садржи 396 чланова, и универзитетског уџбеника: Никола Гавела, Татјана Јосиповић, Игор Глиха, Владо Белај, Златан Стипковић, *Стварно право,* Информатор, Загреб, 1998.

[24] При томе, ипак, треба имати у виду да је „... у погледу многих својинскоправних промена (рецимо, могућност да се немаксимирано има својина на средствима за производњу, становима и др.; да је експропријација условљена јавним интересом и тржишном накнадом, и др.), Југославија раније *предњачила* у односу на друге бивше социјалистичке земље, као и у погледу основне ствари – преласка на тржишну привреду, да би у новије време Србија *заостајала* у односу на њих што се тиче неких других промена: на пример, у погледу денационализације, ремуниципализације, у погледу промене режима грађевинског земљишта, ... у погледу правне неуређености земљишне књиге, у погледу нерегулисаности модерних средстава обезбеђења кредита и др. Укратко, као што смо и некада били, и сада представљамо 'засебан случај' у односу на чланице сада бивше породице социјалистичких држава.“ Цитат из: Владимир В. Водинелић, *Кодификовање стварног права у Србији,* у студији *Промена својинског законодавства у Србији,* Београд, 2004, стр. 18.

[25] Видети: Никола Гавела у реферату наведеном у напомени 23: „Понекад је тешко отети се утиску да се посебна уређења стварају, не као нужни изузеци од општих правила, него без обзира на општа правила – као да та уопште не постоје. Без довољног разлога, не барата се с појмовима истог обима и садржине као што су они општег стварноправног уређења, или се уводе неки нови, а понекад се чак и 'пресађују' правне установе јавног права на подручје приватног, грађанског права.“ (стр. 21)

грађанскоправне институте који током целог периода припадања тзв. социјалистичком правном кругу нису били регулисани, те потпуније регулисати многе који су само у основи уређени. Све то се мора учинити на најбољи могући начин полазећи од постојећег стања и пројектованих циљева. Искуства других, као и сопствена, треба да нам указују како треба, али и како не треба.

7. Денационализација и приватизација – Можда је исправније говорити о тзв. денационализацији јер је у питању општепознат термин који, међутим, не одговара појави која се њиме означава. Ради се, наиме, о процесу враћања (обештећењу) имовине која је због идеолошке неподобности одузета дотадашњим власницима и претворена у општенародну, државну, друштвену или задружну својину не само по основу национализације, већ по било ком правном основу (аграрна реформа, конфискација, секвестрација, експропријација, испитивање порекла имовине) или без правног основа. При томе, као предмет враћања најчешће се утврђује право својине на непокретности и право својине на уметничким делима, као покретним стварима, а обештећује се ранији власник односно његов правни следбеник, када није могуће враћање, за својину на непокретној ствари, оснивачки улог у предузећу и одређене покретне ствари (оне које, на пример, за корисника обештећења имају посебну вредност).

Да би се тзв. денационализацијом исправила неправда учињена ранијим власницима и њиховим наследницима, неопходно је извршити враћање где год је то фактички и правно могуће, уз велики опрез да се исправљањем једне неправде не проузрокује друга. То значи да је неопходно заштитити правно ваљано и савесно стицање таквих ствари од стране физичких и правних лица.[26] Експропријација (извлашћење уз исплату накнаде у висини тржишне цене) таквих непокретности ради враћања лицима од којих су некада одузете или њиховим наследницима, иако не би довела до оштећења садашњих власника у материјалном смислу, могла би проузроковати проблеме друге врсте (масовније селидбе, изненадна велика потражња стамбених објеката, правна несигурност грађана). С друге стране, сва одузета имовина која се налази у државној својини, а да се при томе не ради о стварима које су од значаја за безбедност или функционисање друштва,[27] треба да буде враћена. Док се то не учини, неопходно је заус-

[26] Ако је право својине, на пример, стечено теретним правним послом при чему је накнада достигла бар једну половину вредности или је, пак, стечена одржајем или по другом основу стицања који не зависи од права својине ранијег власника.

[27] На пример, да се не ради о земљишту које служи објектима који су намењени одбрани земље, објектима или уређајима за обављање комуналне делатности, добрима у општој употреби.

тавити процес приватизације и забранити отуђење објеката на којима је спорно право својине односно располагања. Јер, процес денационализације губи смисао након спроведене приватизације и зато њихово логично следовање треба испоштовати. Потреба да се сачувају од отуђења све непокретне и покретне ствари предвиђене за враћање, а да се, при томе, спрече већи потреси, па чак и могућа блокада привредног система, захтевају изузетан опрез. То стога што би представљање могућих решења пре њиховог коначног уобличавања могло довести до бројних друштвено штетних калкулација ради антиципирања користи од будућих законских решења.

Битно је да денационализација не сме бити схваћена само као морални чин и демонстрација добре воље да се учињена неправда исправи, без истовременог предузимања конкретних мера да се тај циљ постигне. При томе, треба наћи одговарајућу меру при давању обећања и доношењу одговарајућег законодавног решења. Наиме, усвајање нереалних решења која звуче изузетно примамљиво и обећавају безусловно враћање свих одузетих ствари и потпуно обештећење, може проузроковати још већу неправду када време покаже да их је немогуће спровести. Због тога је неопходно добро проценити објективне околности, те обећати и озаконити оно што је реално могуће извршити, без обзира колико то у први мах изгледало недовољно правично и изазивало оправдан револт. И на крају, без обзира на тежину свих наведених процена и компликованост помирења свих супротстављених интереса, неопходно је што пре донети закон о денационализацији. Његово доношење након спроведне приватизације није добро решење[28] као што није добро ни неограничено одлагање приватизације због трагања за што бољим решењима за обештећење власника којима је имовина одузета.

У овом моменту, Србија још увек нема закон о денационализацији (или реституцији или повраћају одузете имовине). Средином 2005. године донет је Закон о пријављивању и евидентирању одузете имовине[29] Нео-

[28] Процес претварања друштвене својине у приватну, започет је у Републици Србији својинском трансформацијом предузећа на основу Закона о својинској трансформацији из 1997. године („Сл. гласник РС", бр. 32/1997). Тај Закон је престао да важи ступањем на сна-гу Закона о приватизацији из 2001. године („Сл. гласник РС", бр. 38/2001; бројне измене и допуне у бр. 18/2003 и 45/2005). Процес приватизације је и даље у току, уочљиво је насто-јање да се недовољно добра решења исправе опсежним изменама и допунама важећег за-кона, а при свему томе још увек није извршена денационализација.

[29] „Сл. гласник РС", бр. 45/2005 од 31. јуна 2005. Овим Законом уређује се поступак пријављивања и евидентирања имовине (право својине на непокретним и покретним стварима и друга имовинска права) која је на територији Републике Србије одузета без накнаде тржишне вредности или правичне накнаде, применом прописа и аката о национализацији, аграрној реформи, конфискацији, секвестрацији, експропријацији и других прописа донетих и примењиваних после 9. марта 1945. године.

бично је да се након вишегодишње расправе о доношењу закона на основу којег би било извршено враћање одузете имовине, сада доноси закон који предвиђа само подношење пријаве у том смислу,[30] уз остављање рок од чак годину дана (до 30. јуна 2006. године) за пријављивање. Пропуштање да се поднесе пријава у том року доводи до престанка права на подношење захтева за остваривање права на повраћај одузете имовине. Истеком овог рока показаће се да ли је у основи доношења овог Закона искрена намера да се питање денационализације оконча (па макар и у не тако блиској будућности) или се њиме само добија на времену.

При евентуалном будућем доношењу закона којим ће се регулисати ово питање, треба водити рачуна о томе да је неопходно, када год је то друштвено оправдано и могуће, извршити враћање одузете ствари, уз могућност корисника обештећења (власника, односно његових наследника) да уместо тога захтева одговарајућу накнаду у новцу. Приоритетни циљ овог закона треба да буде исправљање учињене неправде у могућој мери. То, дакле, никако не може бити обештећење у смислу успостављања стања које би постојало да повреде грађанског субјективног права својине путем одузимања није било. Потпуна накнада штете је могућа онда када постоји одговарајућа имовина на којој се она може извршити. Штету коју штетник односно друго одговорно лице не може да надоканади, дефинитивно трпи оштећени. Исто тако, држава не може преузети оне обавезе које не може реализовати. Држава не може прописати предузимање свих неопходних мера да се лица која су оштећена извршеним одузимањем приватне имовине доведу у ситуацију у којој би била да тако нешто није извршено. Та лица, односно њихови наследници ће дефинитивно сносити највећи део штете проузроковане одузимањем имовине. Али, држава, исто тако, не може игнорисати реалне могућности враћања одузетих непокретних и покретних ствари и одлагањем доношења потребног закона те могућности смањивати.

Негативне последице кашњења у свим неопходним променама, треба ублажити упознавањем туђих искустава у истим или сличним ситуацијама. Многе земље су већ донеле, а неке у одређеној мери и спровеле законе о денационализацији (Немачка, Пољска, Хрватска, Мађарска, Црна Горе). Полазећи од њихових искустава и сопствених могућности надлежни органи Србије морају што пре регулисати ову материју ризикујући да не могу и неће сви бити задовољни.

[30] Члановима 8 и 9 датог Закона прописано је да подношење пријаве одузете имовине у смислу овог закона не представља захтев за остваривање права на повраћај одузете имовине или обештећење за ту имовину, већ услов да се такав захтев поднесе у складу са посебним законом, којим ће се уредити правни основ и права у погледу враћања и поступак по захтеву за остваривање таквог права.

8. Евиденција непокретности и стврних права на непокретностима - У Србији, већ више од деценију, постоје три паралелна, међусобно изузетно различита, система правне евиденције непокретности (систем земљишних књига, тапијски систем, систем тзв. јединствене евиденције непокретности у виду катастра непокретности), при чему је њихово стање више него незадовољавајуће.[31]

8.1. - Систем земљишних књига постоји у Војводини (у којој је, као делу Аустро-Угарске Монархије, уведен још 1855. године) и на приближно једној трећини ужег подручја Србије, где је увођење земљишних књига почело после доношења земљишно-књижних закона у Краљевини Југославији 1930. и 1931. године, и то почев од севера од Саве и Дунава према југу и посебно за Град Ниш. Пошто је 1946. године, ступањем на снагу Закона о неважности..., како је већ истакнуто, дошло до прекида правног континуитета с правним поретком Краљевине Југославије, и наведени земљишно-књижни закони су изгубили правну снагу. На основу чл. 4 Закона о неважности ... примењивана су правна правила садржана у земљишно-књижним законима из 1930. и 1931. године, а примењују се још увек у недостатку позитивних прописа у овој области. Дакле, земљишне књиге никада нису биле уведене у целој Србији, а и на оним подручјима где јесу, нису биле уредно вођене, негде су запуштене, а негде где су уништене још у току Другог светског рата никада нису до краја обновљене. Поврх свега, у великом броју случајева подаци који су евидентирани у земљишним књигама се разликују од података у катастру земљишта, а и земљишнокњижно и катастарско стање разликују се од стварног (фактичког) стања непокретности.[32]

8.2. Тапијски систем - У осталим деловима ужег подручја Србије (јужна Србија) и на Косову земљишне књиге нису уведене, већ и даље постоји тапијски систем као наслеђе из турског времена, иако је још Српским грађанским закоником из 1844. године (§ 292) предвиђено да се пренос својине на непокретним добрима врши једино уписом прибавиоца у баштинске тј. земљишне књиге. До увођења баштинских књига, као привремено решење, а на основу законодавног решења из 1850. године, наређено је да се упис у књиге замени судским преносом тапије, а да за тај пренос важе прописи који се односе на упис у баштинске књиге, под условом

[31] Видети више о томе Раденка Цветић, *Евиденција непокретности,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, књ. XXXVII, 1-3 (2002), 2003, стр. 297-312.

[32] Ажурна земљишна књига подразумева постојање свести приватноправних субјеката да је упис неопходан за легалан промет непокретности, да је недостатак уписа нешто што умањује тржишну вредност непокретности и од ње чини тзв. мртав капитал који не може да се оптерети хипотеком у циљу добијања (повољних) кредита.

да се могу применити.[33] Тај „привремени систем" је остао у апсолутној важности у целој ондашњој Србији све до 1930. године (80 година), тј. до доношења већ споменутих земљишно-књижних закона, а у њеном великом делу постоји и данас и то и даљ као „привремено решење". На известан начин, оно што је деценијама било „привремено решење" до увођења земљишних књига, сада је већ годинама „привремено" до увођења катастра непокретности.

8.3. Јединствена евиденција - Катастар непокретности у смислу јединствене (фактичке и правне) евиденције непокретности као позитивноправно решење постоји у Србији више од деценију ипо, а сада важећи Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима[34] ступио је на снагу пре више од десет година. Иако је планирано да катастар непокретности буде не само јединствена већ и једина (да се њоме замене постојеће земљишне књиге и тапијски систем) евиденција непокретности, у једном дугом периоду након ступања закона на снагу, до марта 2000. године катастар непокретности је устројен на око 4% укупне територије.

8.4. Шта је преовладало? - Један период затишја у расправама за и против постојеће или нове евиденције непокретности, обзиром на претежност аргумената у корист земљишних књига, могао је навести на помисао да се врше припреме у правцу осавремењавања и унификовања земљишно-књижне евиденције непокретности. Чини нам се, међутим, да има неколико показатеља да је у Србији дефинитивно преовладао став у прилог јединствене евиденције непокретности. То су, пре свега последње измене Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима извршене маја 2002. године, а такође, и интензивирање рада на увођењу катастра непокретности,[35] те пристизање иностране помоћи у

[33] Видети: Лазар Марковић, *Грађанско право, Општи део и Стварно право,* Београд, 1912, стр. 353: »Тако је комбинован систем тапија са системом баштинских књига и створен је један нови систем, који слободно може да се назове српским системом.«

[34] Службени гласник Републике Србије, бр. 83/1992; измене и допуне у бр. 53/1993, 67/1993, 48/1994,12/1996, 15/1996, 34/2001 и 25/2002.

[35] Од 1992. године, када је на снагу ступио важећи Закон из ове области до марта 2000. године у Србији је у 252 катастарске општине (од укупно 4591 к.о. без Косова и Метохије) устројен катастар непокретности, почетком 2002. године тај број се повећао на 510 катастарских општина, а до почетка 2003. године, према плану Републичког геодетског завода, планиран је завршетак израде катастра непокретности за укупно 1050 катастарских општина. На крају 2003. године очекивани број катастарских општина у којима ће бити израђен катастар непокретности је 2039 (35%, односно 45% катастарских општина без територије Косава и Метохије). Очекује се да ће ангажовањем приватног сектора у још 5% катастар-

виду донација, повољних кредита и стручњака у циљу устројства, односно реформе катастра непокретности. Међународна конференција о реформи катастра непокретности у Србији,[36] такође потврђује такво опредељење.

Императив стварања потпуне и прецизне евиденције непокретности, као предуслова легалног промета непокретности и искоришћавања њене вредности ради добијања што повољнијих кредита њеним хипотековањем, требало је, међутим, задовољити доношењем одговарајућих позитивних прописа о земљишним књигама, успостављањем земљишно-књижне евиденције на оним подручјима Србије где постоји тапијски систем, те ажурирањем постојећих земљишних књига (довођењем у склад правних података убележених у земљишне књиге са фактичким стањем које је у међувремену знатно измењено). Уместо тога, дошло је до опредељења за увођење система јединствене евиденције устројством тзв. катастра непокретности. Коментари су били бројни и разноврсни, али би се могли свести на следећу констатацију: „Увођење јединствене катастарске евиденције је особен покушај да се напусти најсавршенији систем земљишнокњижне евиденције који је доживео своју потпуну афирмацију у најразвијенијим државама Европе и да се проблем настао услед недовршеног регистра реши покушајем увођења 'нове' евиденције."[37]

Као главни разлог опредељења за увођење овакве евиденције непокретности наводи се потреба да се, обзиром на постојеће стање, што пре дође до иоле поуздане фактичке и правне слике територије Србије, која се касније може усавршавати, па и мењати (што много више личи на оправдање него аргументацију извршеног избора). Овакав став је још један доказ да се у Србији још увек није приступило реформи правног система и његових појединих сегмената (а нарочито оног најважнијег - грађанскоправног) на принципијелно утемељен начин, што никако не може да се

ских општина бити израђен катастар непокретности, што би укупно представљало 50% катастарских општина са израђеним катастром непокретности до краја 2003. године. Средњорочним програмом радова Републичког геодетског завода, за период од 1. јануара 2004. до 31. децембра 2008. године, предвиђено је интензивирање радова на изради катастра непокретности, тако да се планира да до краја 2008. године буде образован катастар непокретности на скоро целој територији Србије (од укупно 4591 катастарских општина, до тада би у 4217 требао да постоји катастарски операт). Видети више о томе: Раденка Цветић, *Евиденција непокретности,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVIII - 3, (2004), Нови Сад, 2004, стр. 327-344

[36] Одржана је 14. и 15. новембра 2002. године у Београду, уз подршку GTZ (Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit) – Немачке организације за техничку сарадњу, која по позиву своје владе пружа правну помоћ Србији, између осталог, по питању раформе катастра непокретности.

[37] Мирослав Лазић, *Значај јавног регистра за хипотеку,* Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2000/2001, стр. 85.

надомести прагматичним приступом и краткотрајним решавањем постојећих проблема.

Напор који је учињен да се коначно дође до униформне евиденције непокретности, разумљив је имајући у виду спознају њеног вишеструког значаја. Чињеница је, међутим, да није изабран прави пут. Јасно је да је земљишнокњижни систем, међу постојећим, најсигурнији и најефикаснији систем регистровања права на непокретностима. Полазећи од тог опредељења и чињенице да представља правну традицију у једном делу Србије, разумљивије би било да је преовладао став у прилог тог система евиденције непокретности. Уз осавремењен поступак вођења земљишних књига, ажурирање података са катастром земљишта и стварним стањем, те покривање читаве територије државе овим системом имали бисмо, сходно нашој правној традицији и пројектованим циљевима, трајно и квалитетно решено питање регистровања права на непокретностима. Опредељујући се за систем јединствене евиденције непокретности путем катастра непокретности у надлежности управне власти, изабрали смо нешто ново, прилично оригинално, дакле, непроверено. Бројне тешкоће у реализацији ове идеје, перманентно трагање за адекватним правилима у протеклом периоду, предзнак су проблема који ће неминовно пратити систем јединствене евиденције непокретности.

9. Кодификација стварног права – Из приказа појединих периода у развоју стварног права Србије (Југославије) види се да на овом простору није било кодификације грађанског права у једном дугом периоду. Од када је нестао уставни основ за доношење јединственог грађанског законика за некадашњу Југославију (1971), поједини делови грађанског права добили су своју потпуну регулативу (породично и наследно), неки скоро потпуну (облигационо), док су општи део и стварно право имали другачију судбину. Практично, од престанка важења Српског грађанског законика, 1946. године, материја општег дела грађанског права фрагментарно је регулисана низом прописа, док је стварно право само делимично регулисано.

Недостатак стварног права Србије није, међутим, само у постојању низа законских празнина (личне службености, право грађења, реални терети, суседска права, а од 1996. године и етажна својина), већ и чињеница да ни институти који су регулисани нису довољно и на адекватан начин уређени (пре свега, заложно право, а нарочито хипотека, затим и државина). Стога се намеће потреба не само попуњавања законских празнина у стварном праву, проузрокованих још доношењем Закона о неважности...

из 1946. године, већ и измена и знатна допуна постојеће стварноправне регулативе. Постојеће стање је резултирало знатном правном несигурношћу, будући да је недовољна регулатива увек идеална подлога за (пре)широко тумачење и тиме неједнако поступање у једнаким случајевима.

Проблем недовољне регулисаности ове области могао би се решити било доношењем новог јединственог грађанског законика, или рекодификовањем Српског грађанског законика,[38] или изменом и допуном Закона о основама својинскоправних односа, или доношењем низа посебних закона који би регулисали нерегулисане или подрегулисане институте стварног права, или, пак, доношењем новог закона који би свеобухватно регулисао стварно право и заменио сву до сада постојећу парцијалну регулативу ове области.[39]

Доношење новог закона који би свеобухватно регулисао стварно право и заменио сву до сада постојећу парцијалну регулативу ове области било би од великог значаја за прекид дугог периода правне несигурности. Комисија формирана у јесен 2003. године, при Министарству финансија и економије, израдила је нацрт Закона о својини и другим стварним правима.[40] Због значаја закона, јавна расправа о предложеним решењима треба да буде неизоставна фаза на путу добијања законског текста подједнако прихватљивог и правној науци и правној пракси. Дуготрајна подрегулисаност стварног права, природно, може да произведе реакцију детаљне и

[38] Владимир В. Водинелић, *Кодификовање стварног права* ...(у студији цитираној у напомени 24), стр. 11: „Већина одредаба српског Грађанског законика и сада би могла да важи када је реч о стварноправним регулама – под условом да се подржи одговарајућим тумачењем и попуњавањем законских и правних празнина (на који начин и до данас живе кодификације које су и старије од српске). Али да би се српски Грађански законик (тј. његов стварноправни део) поново увео у правну снагу, пре самог поновног увођења, истовремено с увођењем или потом, биле би потребне и *бројне интервенције* на његовим (стварноправним) одредбама, у смислу укидања одредби, измена и допуна. Укратко, било би потребно сада постићи све оно чега је он (за разлику од, на пример, аустријског Грађанског законика) био лишен у дугом периоду његовог важења, током безмало сто година. С обзиром на то, српски Грађански законик морао би се допуњавати и мењати у својој стварноправној деоници у толикој мери да је несумњиво пробитачније израдити нови стварноправни Законик/Закон, интегришући у њега хвале вредна решења Српског грађанског законика."

[39] „... има и оних који сматрају да ће се сви проблеми решити уласком у Европску унију и рецепцијом будућег Европског грађанског законика." (Душан Николић, *Хармонизација...*, стр. 175). Чини се да многи поступци, управо, имају карактер олаког чекања оваквог решења, иако се у овом моменту не зна шта је неизвесније, да ли ступање Србије у Европску унију или доношење Европског грађанског законика.

[40] Будући да нацрт још увек није упућен јавности, у овом раду неће бити говора о његовим решењима.

(пре)опширне регулативе.[41] Како-год, отклањање постојећег стања стварног права је императив, и, ако се то учини како треба, биће већ само по себи корак ближе ка Европи и њеним правним стандардима.

[41] Слична ситуација била је у Републици Хрватској након кодификовања стварног права Законом о власништву и другим стварним правима из 1996. године. Видети: Никола Гавела у реферату цитираном у напомени 23: „Могло би се чак и приговорити извесној сувише детаљној и опширној нормираности, ако би се испустило из вида чињеницу да је тако детаљно нормирање преко потребно након раздобља у којем је приватно право уопште, а стварно право нарочито, било закржљало и деформисано. Без детаљног нормирања претила би већа опасност да би судска и друга правна пракса могле наставити ићи путем којим су ишле у протеклом раздобљу." (стр. 8-10)

Radenka Cvetić, Ph.D. Associate Professor
Novi Sad Faculty of Law

Serbian Property Law in European framework

Abstract

The 1989 European Parliament initiative to adopt a European Civil Code did not have the desired effect in our legal literature and profession, while it did, on the contrary, stir up the professional and scientific public of Western Europe. The idea brought about different reactions, even resulting in polarization, while the divergence, whether small or great, between the national legal systems has often been cited as the main argument for and against such a code.

Sixteen years have passed since this idea of the European Parliament to regulate private law of European countries in a uniform code. Only time will tell whether such a form of unification of a highly important field of law has been abandoned, as well as whether the exploration of possibilities for the harmonization of civil law is a goal in itself or just a passing phase leading to its unification. For this reason, as of this moment, more important than the choice for or against a European Civil Code, is for the political leaders and members of the legal science and profession in Serbia to find a way to meet the conditions for accession to the European Union with as few negative consequences as possible. Much searching and many deviations in the development of the Serbian legal system during the two hundred years since the re-establishment of statehood and the insufficient development of certain segments of the legal system have further complicated and encumbered the process of harmonization of Serbian law with the current legal standards in Europe. Having this in mind, this paper, in addition to a short overview on the development of property law in Serbia, focuses more on what should be done in order to overcome the present situation, for its harmonization with European legal standards.

Since the very beginning of the building of a modern Serbian state and legal system, property law has had its ups and downs with respect to its development in general, and particularly so regarding the development of certain institutes. Each period of development is specific and subsequently different from the previous one. Using these specificities as a starting point, the periods

can be grouped as follows: Period from the adoption of the Serbian Civil Code in 1844 (1); period from the establishment of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes in 1918, and later, the Kingdom of Yugoslavia in 1929 (2); period following the end of the Second World War from 1945, and the adoption of the Law on Nullity of Regulations adopted prior to 6 April 1941 and During Enemy Occupation (3); period following the creation of the Federal Republic of Yugoslavia in 1992 (4); and the period following the creation of the State Union of Serbia and Montenegro in 2003 (5). This dynamic is understandable to an extent, being that social relations which are the subject of property law regulations are of equally great importance to the state, as the organization of government, and also the actors in property law relations, the citizens themselves. For this reason, *every government* is interested in this segment of civil law.

The many years during which this country was a member of the so-called circle of socialist legal orders have caused a series of deformations. In the reform of property law in the Republic of Serbia, it is necessary to bring about the removal of these deformations with adequate proposals. The right way to achieve this goal is to return to traditional values, institutes and content (so-called rules of permanent value, of which there are plenty in civil law), while keeping in mind the existing European legal standards, and using the positive experiences of others. With that said, the existing reality should not be overlooked in striving towards legal logically perfect rules whose implementation would not be possible. However, opting for pragmatic and short-term solutions is not the way to develop a modern legal system which is compatible with European legal standards. As always, the issue is a measured choice of adequate solutions which ought to prevent the mentioned extremes.

For the further development of property law in the Republic of Serbia, it is necessary for denationalization and privatization to be carried out, to record in a reliable manner of what belongs to whom, while beforehand, precisely defining what immovables and under what conditions may be independent legal objects, to regulate all civil law institutes which were not regulated following the derogation of the Serbian Civil Code, and to more thoroughly and differently regulate those that were only partially or insufficiently regulated. All of this has to be done in the best way possible, starting from the situation and the projected goals. The experiences of others, as well our own, should serve as indicators as to what should be done and what should not.

In Serbia, therefore, there exists the problem of insufficiently regulated (sub-regulated) property law due to the numerous statutory lacunae, significantly contributed by the fact that institutions that are actually regulated have not been done so sufficiently or in an adequate manner. Therefore, it is necessary not only to fill in the statutory lacunae in property law, caused by the

adoption of the Law on Nullity ... of 1946, but also the significant amendments to the property law regulations. The existing situation has resulted in notable legal insecurity, being that insufficient regulations is always an ideal ground for (overly) broad interpretations and disparate handling of equal cases. Moving away from such a state is, in itself, a step closer towards Europe and its legal standards.

Мр Сања Радовановић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

МУЛТИМЕДИЈАЛНА ДЕЛА

- појам и правна заштита -

Сажетак: *О мултимедији данас се говори у најразличитијим контекстима: као о тржишном производу, услузи, начину комуникације или, пак, о форми изражавања ауторског дела. С обзиром на то да је појава мултимедије тесно повезана са техничко-технолошким напретком, у вези са њом јављају се бројне недоумице које је са собом донела дигитална револуција. Једна од њих је свакако питање заштите. Наиме, мултимедија у себи обједињује већ постојеће форме изражавања, али уз примену потпуно нових технолошких концепата. Другим речима, мултимедија представља својеврсну компилацију различитих традиционалних врста ауторских дела која су смештена у дигитално окружење и тиме стављена у функцију интерактивности. Стога је, у вези са заштитом мултимедијалног дела, неопходно сагледати да ли је могуће применити већ постојећа правила ауторског права или мултимедија као таква изискује заштиту sui generis. Но, одговор на ово питање захтева да се претходно одреди појам мултимедијалног дела, о чему ће бити речи у овом раду.*

Кључне речи*: информација, мултимедија, интерактивност, дигитализација, компилација, on-line дистрибуција, off-line дистрибуција, интернет, компјутери, аутори, творац, девелопер.*

Увод

Распрострањена употреба израза мултимедија данас условљена је, с једне стране, честом употребом мултимедијалних дела, а с друге стране њиховом разноврсношћу. Но, иако је сам термин прихваћен, његова суштина, у језичком и правном смислу, остаје недовољно разјашњена. Разлог томе донекле лежи у чињеници да је реч «мултимедија», као и други појмови који су повезани са њом страног порекла, али потпуно одомаћени у нашем језику. Стога ће у овом раду, пре свега, бити речи о појму мултимедијалног дела, али и о основним правним питањима која се са њим у вези постављају.

Наиме, мултимедија означава почетак нове ере комуникација јер уводи нове форме изражавања које се састоје у комбиновању традиционалних форми са техничко-технолошким иновацијама. На тај начин се, заправо, креира нови концепт стваралаштва, који се превасходно одликује великом количином информација садржаним у једном мултимедијалном делу и интерактивношћу. Примарна одлика, заправо, јесте информација с обзиром на значај који заузима на међународном тржишту. Интерактивност, пак, доприноси њиховом протоку чиме се у великој мери утиче на финансијски успех у тржишној утакмици. Стога спој ова два елемента даје мултимедијалном делу посебну вредност, не само у погледу његове креативности, већ и као тржишном производу. У том контексту, разумљиво, од великог значаја је и питање заштите мултимедијалног.

Појам мултимедијалног дела

Мултимедија, као што је већ раније наведено, обухвата више различитих значења у разноврсним сферама свакодневног живота. Једни се са мултимедијом упознају кроз забаву, другима, пак, представља један од начина продаје односно куповине производа, трећима начин представљања музеја, тј. водич кроз музеј и сл.

Ипак, мултимедија не може бити сврстана ни у једну од већ постојећих категорија медија јер превасходно служи као описна реч за производ добијен уз помоћ компјутера (у којем су комбиноване многе технологије) и медије који су се раније користили одвојено.[1] Другим речима, мултимедија представља хибрид хетерогених технологија које су раније кориш-

[1] В: R. Raysman, P. Brown, J. Neuburger: *Multimedia law: forms and analysis*, Law Journal Seminars-Press, New York, 1996; Loewenheim; Multimedia (IIC), стр. 42.

ћене одвојено и које сада дозвољавају експлоатацију постојећих или нових форми у различитим форматима и медијима. То је, заправо, конвергенција видео, аудио и телефонске технологије.

С обзиром на то да између мултимедије и динамичног технолошког прогреса постоји нераскидива веза, сам појам се врло брзо развија и носи са собом карактеристике сваког новог термина: ширину и непрецизност.[2]

Због разноврсности појавних облика које обухвата, врло је тешко дати једну прецизну дефиницију мултимедијалног дела. Стога, у одређивању појма мултимедијалног дела, довољно је задржати се на елементима који се јављају у сваком виду изражавања. Тако, *мултимедија представља производ или услугу који комбинује или интегрише у једном медијуму, у дигиталној форми, најмање два следећа елемента: текст, звук, слику (фиксирану или покретну), компјутерски програм и остале податке*.[3]

Дакле, суштинско обележје мултимедије јесте комбинација, уз помоћ развијене технологије, различитих типова дела или информација на једном медијуму.[4] Да би ово било могуће, потребна је дигитализација која подразумева да су информације дигитално обрађене, сачуване и доступне корисницима путем рачунара. Уз то, конверзија података у дигитални формат у смислу мултимедијалног дела захтева и могућност интерактивности односно комуникације између корисника и система.

Мултимедијална дела са примитивним формама интерактивности (као што су електронске енциклопедије) још увек могу бити ефикасно заштићене постојећим ауторскоправним законодавством. То је тзв. прва генерација мултимедијалних дела. Но, мултимедијална дела са унапређеним нивоом интерактивности (и задовољавајућим нивоом интеграције

[2] У покушају дефинисања мултимедијалног дела, Комисија Европске Уније третира мултимедијална дела као комбинацију података и дела различите природе, као што су слике, текст, музика и софтвер. Они су повезани међусобно заједничким фактором: концептом интерактивности који омогућава промену садржаја. Међутим, степен интерактивности мора бити детерминисан. Комисија додаје да ће многи од ових сервиса зависити од базе података. Друга карактеристика ових нових услуга јесте да ће се потрошачу односно кориснику вероватно морати наплаћивати коришћење ових услуга. Види: Green Paper о ауторском и сродним правима у информатичком друштву; COM (95), 382 final, као и Европску Конвенцију о ауторском и сродним правима у информатичком друштву (бр. 2001/29).

[3] Цитирано према: I. Stamatoudi; *Copyright and Multimedia Works;* The Press Syndicate of the University of Cambridge, Cambridge, 2002, стр. 20.

[4] С обзиром на то да се на једном медијуму налазе различита дела, сам термин је у теорији често критикован. Мултимедија као термин означава више средстава комуникације, а не један медиј са више различитих дела. Сматра се, са ове тачке гледишта, да би много прикладнији израз био *unimedium multiwork* или једноставно унимедијум. Наведено према: G. Koumantos; *Les aspects de droit international privé en matière d'infrastrukture mondiale d'information*; 1996, Koindikion 2.B, 241; стр. 243

њених различитих елемената) означавају почетак друге генерације мултимедије. Стога ће овом приликом бити речи о проблемима које је проузроковала потоња категорија мултимедијалних дела.

Дистинктивна обележја мулитимедијалног дела

1. Дигитализација

Значај мултимедије управо произлази из дигиталне технологије наглашавања подвлачењем која представља неопходан реквизит за било коју неспојиву комбинацију материјала (тзв. *hypertext*). На тај начин се постиже повезаност између различитих елемената информације, а корисници им приступају редоследом који сами изаберу следећи понуђене смернице (*pathways*). Хипертекст прави овај несеквентни приступ информацијама могућим нудећи корисницима конекције које су потребне да би се одмах дошло на другу локацију у бази података или на неки други веб-сајт где се могу наћи сличне информације. Мултимедијална верзија овог концепта је хипермедија. У овом случају информација може бити садржана од текста, слике, звука или комбинације ових елемената.

Да би се потпуније разумела дигитализација, потребно ју је разграничити од њеног традиционалног парњака, аналогне технологије.

Аналогна технологија чува информације у форми трајног сигнала, који препознаје промене у информацији променом амплитуде (AM) или фреквенцијом сигнала.[5] Дигитална технологија, пак, чува било коју врсту информације у компјутерској меморији, након што је претходно претвори у бинарни код (који се састоји од 1 и 0) уз помоћ компјутера. Зато што је дигитална информација сачувана на једном формату, са само два могућа средства изражавања (1 и 0), квалитет информације је мање подложан грешкама или губљењу на квалитету у поређењу са аналогним парњаком.

Дистрибуција дигитализоване информације може ићи у два смера: путем физичког записа медија или независно од физичког записа медија. Први је познат као off-line и укључује CD-rom, CD-i, DVD, data discman, flopy-disk, итд. Други, тзв. on-line, подразумева дистрибуцију информације путем оптичких каблова, телефонских линија или бежичних персоналних комуникационих система, као што су сателитске емисионе станице или интегрисана дигитална мрежа (нпр. Интернет).

[5] B: A. Williams, D. Calow, A. Lee: *Multimedia: contracts, rights and licensing*; FT Law and Tax, London, 1996, стр. 5-6

У on-line сервису било која информација постаје потпуно независна од медијума на којем је претходно била сачувана (CD, DVD, итд.). Материјална подршка је одвојена од података које она садржи. Подацима је сада дата нова сврха[6] и смештени су на on-line сервис. У ствари, реч је о дематеријализацији информације. У овом контексту, информација као таква је веома важна, без обзира на њено постојање на било којем носачу, и она такође постаје објект регулације. То је индиција да изражавање или шта више, трајна материјализација дела као неопходни елемент за остваривање права на заштиту губи на свом значају. У том смислу, појава мултимедијалних дела не указује само на немогућност примене постојеће регулативе на сва питања заштите мултимедије, већ открива несавршености појединих аспеката заштите чак и традиционалних врста ауторских дела.

Једна од најсавршенијих форми мултимедијалног дела до које је довела управо on-line дистрибуција јесте виртуелна стварност која, заправо, представља тродимензионални мултимедијални производ односно услугу.[7] Тродимензионално изражавање омогућава кориснику да комуницира у одређено време са компјутерски симулованим окружењем улазећи у такво окружење својим чулима уз помоћ специјалне опреме (рукавице, шлем, итд.). Компјутером се лоцира његово тело и чула директно у дигитални свет, а стварање тродимензионалног компјутерски створеног окружења ограничено је једино мултимедијалним софтвером дизајнираним да га произведе, с једне стране, и с друге стране, способношћу компјутерског процесора да тако створено окружење доведе у живот.

Иако још увек на примитивним степенима развоја, виртуелна стварност има разнолику примену мултимедијалног дела (како у сврхе забаве, тако и у сврхе здравља и науке).

2. Различите врсте дела

Друго динстиктивно обележје мултимедијалних дела јесте чињеница да се она састоје од различитих врста изражавања, нпр. слика, звук, текст. Сви подаци садржани у овим делима пребачени су у дигитални формат због чега је могуће да она, иако различита, буду сачувана на једном медијуму.[8]

[6] Тај вид преноса података заправо је карактеристичан за Интернет.

[7] В: I. Stamatoudi, *op.cit*, стр. 14.

[8] В: T. Feldman; *Multimedia in the 1990s. BNB Research Fund Report*, British Library, 1991, стр. 9.

3. Интерактивност

Премда дигитализација дозвољава комбинације различитих форми изражавања, оно што чини мултимедијална дела другачијим од конвенционалних медија и традиционалних дела интелектуалне својине јесте интерактивност као техника «читања» таквог производа.

Интерактивност не може постојати изоловано од прве две карактеристике: дигиталне форме и разноврсног садржаја. Нема интерактивности без дигитализације, иако дигитализација може постојати без интерактивности. Компјутерска технологија омогућава кориснику да комуницира са информацијом садржаном у мултимедијалном производу бирајући, уз помоћ смерница (*pathways*), пут ка тачно одређеној информацији која ће му задовољити посебне потребе. Корисник је, такође, у могућности да организује информације по слободном нахођењу, да сам ради аранжман, реаранжман, избор, комбинације, улазе (*input*) и излазе (*output*) на свом екрану.

Међутим, иако интерактивност даје мултимедијалном делу посебност, она има два ограничења која произлазе из саме суштине ствари. Прво, избор корисника ограничен је избором који је претходно извршио аутор мултимедијалног дела. Стога, корисник може бирати само оне смернице и само оне информације које су већ садржане у мултимедијалном делу. Друго, конструктивни и оперативни компјутерски софтвер самог мултимедијалног дела може имати ограничене могућности комуникације корисника са делом односно информацијама садржаним у њему. Наиме, постоје четири нивоа интерактивности: *мануелна* (команде попут оних које се уобичајено налазе на видео-плејерима, нпр. премотавање, пауза, итд.); *ограничена интерактивност* (пре-програмирање или download-овање упутстава на микропроцесору у видео-плејеру); *истинска и повратна интерактивност* (повезивање видео-плејера са екстерним компјутером чиме се дозвољава кориснику да контролише графике, анимације и видео-слике) и *потпуна интерактивност* (креирање и располагање комплетним хардвер и софтвер пакетом).[9]

Интерактивност као таква заправо и не представља новост. Оно што је чини иновативнијом тиче се управо ова два последња нивоа односно директне комуникације између корисника и мноштва информација садржаних у делу. Стога је за постојање мултимедијалног дела неопходно постојање последња два нивоа интерактивности. У том смислу, начин претраживања и опције које се у ту сврху креирају морају поседовати најмање две

[9] Наведено према: I. Stamatoudi, *op.cit*, стр. 26. Међутим, аутор у вези са нивоима интерактивности наводи и још један, ниво без интерактивности, на којем заправо интерактивност и не постоји. Стога је изузет из овог текста.

суштинске карактеристике: 1) комплексност на нивоу који је неопходан да би се представили сви саставни елементи на ефикасан и компетентан начин и 2) једноставност којом се производ приближава корисницима и тиме обезбеђује успешан пласман и опстанак на тржишту.[10]

Нивои заштите у мултимедијалном делу

Чињеница да се мултимедијално дело састоји од неколико врста дела која су изражена у једном медијуму и којим се може користити искључиво путем компјутера, говори и о његовој сложености која се одражава и на питање заштите. У том смислу, можемо говорити о неколико нивоа и то о: 1) заштити садржаја мултимедијалног дела; 2) заштити мултимедијалног дела као таквог (као спој различитих дела, са различитом заштитом која је као таква недовољна или неадекватна мултимедијалном делу); 3) заштита технолошке базе.[11]

Први ниво заштите који се тиче садржаја мултимедијалног дела односи се на заштиту претходно постојећих дела односно дела која су одабрана да уђу у састав посебног, мултимедијалног дела.

Дела која улазе у садржину мултимедијалног дела већ представљају предмет заштите ауторског права и самим уврштавањем у мултимедијално дело она не губе ту своју посебност и одвојеност од целине коју сачињавају. Другим речима, права која већ постоје на тим делима се не мењају. Стога, сваком уврштавању дела на један медијум претходи сагласност титулара права да се на тај начин делом располаже.

Други ниво заштите је мултимедијално дело као такво. Сврставајући различита дела на један медијум у дигиталној форми са могућношћу интеракције таквим делима не асимилује постојећа права поводом дела, већ ствара сасвим нова права поводом такве једне творевине која сада има одвојене и другачије функције од оних која су имала дела унета у мултимедијалну компилацију.

Трећи сегмент заштите посвећен је техничко-технолошкој основи односно платформи на којој мултимедијално дело почива. Њу чине *хардвер* (IBM, Macintosh) који подржава цео систем *и оперативни софтвер*,

[10] I. Stamatoudi, *op.cit*, стр. 26

[11] В: T. Hoeren; *An assessment of long-term solution in the context of copyright and electronic delivery services and multimedia products*; European Commission, Brussels, Luxembourg, 1995 (vol. 4, Copyright on electronic delivery services and multimedia products series, EUR 16069), стр. 53

који омогућава примену мултимедије на посебним деловима хардвера (нпр. Windows 2000). Хардвер и софтвер морају бити компатибилни да би примена уопште била могућа. Поред тога, технолошку основу чини и компјутерски програм који омогућава, с једне стране, стварање мултимедијалног дела, а с друге стране, његово коришћење од стране корисника. Наиме, корисник уз помоћ тзв. софтверских алатки приступа делу, издваја на екран рачунара информације које су у њему садржане и њима манипулише. Као такав, компјутерски програм (софтвер) не чини саставни део примарне платформе, али је неопходан у настанку мултимедије.

Надаље, операционализацији дела доприносе и различите рачунарске опције односно команде, pathvvaus, улази, индексација система, синоними (thesaurus), раскрснице, пречице и друга средства претраживања, аранжирања и избора информација у мултимедијалном делу.

На крају, иако изван наведених нивоа заштите мултимедијалног дела, неизоставни техничко-технолошки елемент представљају и дистрибутивни медији на којима се мултимедијално дело чува.[12] Они имају форму физичког или нефизичког медијума. Најпопуларнији дистрибутивни медији у првој категорији (тзв. off-line дистрибуција) су cd-rom, flopy disk, cd-is, dvd, итд. Другу, пак, чини on-line дистрибуција односно трансмисија која се остварује путем технологије преноса великог броја података. Иако дистрибутивни медији садрже мултимедијално дело, они представљају предмет посебне заштите. Технологија производње ових медија је битно другачија од технологије производње мултимедијалног дела. Посматрано са аспекта мултимедијалног дела, дистрибутивни медији не представљају никакву додатну вредност. Једина њихова сврха је очување података садржаних у мултимедијалном делу и олакшавање приступа јавности том садржају.

Лица која учествују у стварању мултимедијалног дела

Као једно од најважнијих питања у вези са заштитом мултимедијалног дела поставља се питање титулара права. Међутим, из сложености мултимедијалног дела произлази да ни на ово питање није једноставно дати одговор.

[12] В: S. Chalton; *The amended database Directive proposal: a commentary and synopsis*; European Intellectual Property Review, 1994; стр. 96

Наиме, у стварању мултимедијалног дела учествује велики број лица који на различите начине доприносе настанку дела. Стога се и права која они уживају међусобно разликују.[13]

Имајући у виду комбинацију различитих ауторских дела као дистинктивно обележје мултимедије, у првом реду међу титуларе права свакако спадају *аутори* дела која улазе у састав мултимедијалног дела. То су, дакле, аутори постојећих дела који су се сагласили са тим да њихова творевина буде искоришћена на тај начин, или, пак, аутори који су дело створили управо са циљем да оно буде саставни део мултимедијалног дела, било по основу радног односа, било по основу уговора о наруџби. Уз то, у мултимедијално дело могу бити укључена и творевине које су предмет патентне заштите, жига, дизајна и слично. Право релевантно за њихову заштиту се примењује и у овим случајевима.

Поред аутора изворних дела, титулари права могу бити и физичка односно правна лица на која је аутор пренео овлашћења. При том, ова лица не располажу правом у целини већ само овлашћењима која су на њих пренета.

У стварању самог мултимедијалног дела учествује, пак, више лица са различитим доприносима.

Тако, *творац* мултимедијалног дела је лице које одабира која ће дела бити уврштена у мултимедију и на који начин ће бити комбинована у јединственом делу. У потоњем сегменту стварања дела може учествовати и посебно одређено лице, тзв. *уредник*. Но, творац је носилац концепта читаве компилације, те је неопходно да управо он буде овлашћен на дигитално искоришћавање ауторских дела садржаних у мултимедијалном делу.

Иако мултимедијално дело представља интелектуалну творевину са ниским степеном оригиналности, оно ипак захтева извесну креативност.[14] Стога печат делу даје управо творац тиме што обједињује различите врсте дела, након извршене селекције, и ставља их у посебну структуру и аранжман. Уз то, његова важна улога огледа се и у чињеници да већ постојећим делима додаје економску вредност кроз нови производ. Наиме, дајући им нову форму искоришћавања омогућава им да буду коришћени више него што им је то дозвољавао традиционални начин. У ту сврху је дизајнирано много начина које кориснику дозвољавају да претражује садржај у складу са његовим потребама. Стога се не ретко констатује да мултимедијално дело као целина вреди више него збир њених делова.[15]

[13] B: M. Turner; Do the old legal categories fit the new multimedia products? A multimedia CD-rom as a film; European Intellectual Property Review, 1995/3, стр. 107.

[14] Ibidem.

[15] I. Stamatoudi, *op.cit.*, стр. 35

Техничка организација односно физичка реализација и унапређење производа поверена је тзв. *девелоперу*.[16] Он није ни на који начин укључен у планирање и структуирање производа, већ се његов допринос огледа у дизајнирању оперативног компјутерског прогама (дривер), изгледа екрана (избор функција и њихов распоред на екрану рачунара)[17] и дигитализацији односно чувању информација. Такође, девелопер најчешће дизајнира изглед мултимедије као производа, његов облик, паковање, итд.

Мултимедијално дело се најчешће производи и дистрибуира под заштитним знаком девелопера. Но, сем самих техничких захтева за које је девелопер одговоран, у највећем броју случајева творац или уредник (едитор) и девелопер деле одговорност за креативне аспекте производа. У зависности од доприноса који су дали делу као целини односно од међусобног односа тих доприноса, они могу бити третирани као коаутори.

На крају, на известан начин у стварање мултимедијалног дела укључени су и *корисници*. Наиме, уз помоћ интерактивности, корисници су преобраћени од пасивних у активне кориснике дела јер им мултимедија омогућава да уређују информације у њој садржане. Они имају контролу над производом, манипулишу приказом информација на екрану компјутера, врше избор или реаранжирање информација које су већ доступне у производу кроз смернице које су доступне.

Ипак, иако корисници мултимедијалних дела нису само пасивни посматрачи (као филмски или тв гледаоци), они још увек не могу бити посматрани као креатори, а тиме ни као титулари права која настају поводом мултимедијалног дела.

[16] Developer је енглеска реч и означава лице које нешто унапређује. У компјутерском свету се користи без превода, те је стога и на овом месту задржан термин, али у српској транскрипцији.

[17] R. Rausman, P. Brown, J. Neuburger; *Multimedia law; forms and analysis*, Law Journal Seminars-Press; New York, 1996, 1-10

Закључак

Појава мултимедијалних дела означила је почетак нове ере у сфери комуникација, али и у сфери интелектуалног стваралаштва. Комбинација традиционалних форми изражавања ауторског дела са новим технологијама отворила је низ питања. Једно од најзначајнијих је, свакако, питање заштите новог облика стваралаштва односно комуникација. С тим у вези, у центру расправа на тему мултимедије је дилема да ли је постојећа заштита адекватна, или је потребно установити нову, sui generis заштиту.

Овај рад је, управо у претходно наведеном контексту, имао за циљ да истакне специфичности мултимедијалног дела с обзиром на његову сложеност која се огледа како у погледу садржаја самог мултимедијалног дела, тако и у погледу лица која учествују у његовом стварању.

Sanja Radovanović, LL.M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Intoduction to the multimedia works

Abstract

Multimedia is very popular and widely used word, which describes many different things, but like all newly evolved terms, it brings broadness and ambiguity with itself. For that reason, it is not that simple to give a definition of multimedia products.

Generally speaking, multimedia products have introduced new forms of expression by combining the existing ones with new technologies. However, multimedia as such cannot be categorised in one of the existing categories of media or works.

The main distinctive characteristic of multimedia products is the fact that different types of traditional works or information are combined in a single medium, using the results of technological development. In order to make that specific compilation, it is necessary to digitalize those information or works. Hence, digitalization is the second distinctive characteristic. Third one is interactivity, in other words the possibility of a communication between the system and the user.

Complexivity of multimedia products indicates that many different elements are incorporated and they are not under the same category of protection. In that meaning, there are three layers of protection: 1) the protection of the contents of multimedia products. The first layer consider either the contents of existing works involved in multimedia or the work commissioned for the creation of a particular product. 2) The protection of multimedia products itself, since the compilation serves a separate and distinctive function; and 3) protection of its technological base.

Taking into account the nature of multimedia product, it is obvious that many people are involved in this creation and for that reason could be the right holders regarding the multimedia products. Hence, it is very important to mention who are those persons: 1) the authors of the works which form the "content" of multimedia; 2) the rightholders of the works of the authors mentioned

above; 3) the producer of multimedia product (or editor); 4) the maker or developer of multimedia product and 5) users. Depending on importance of their participation, those persons (except the last one) could be treated as co-authors of multimedia products.

Attempt to give a definition of multimedia and highlighting its comlexivity in respect of many layers of protection and many persons that are right holders, was an introduction in the problem of protection of multimedia, complex as well.

347.65(4)

Мр Јелена Видић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

ЗАКОНСКО НАСЛЕЂИВАЊЕ У СРПСКОМ И ЕВРОПСКОМ ПРАВУ

Сажетак: *У раду се најпре указује на значај закона као основа позивања на наслеђивање, те се даје приказ појединих чињеница које у наследном праву Србије, као и у наследним правима појединих европских земаља имају важан утицај у заснивању законских наследних редова. Посматрано кроз историју, број ових чињеница био је много већи у односу на данашње време, у којем се, својим значајем нарочито истичу чињеница сродства и брачне везе, као општеусвојене чињенице на којима савремена европска права конструишу законске наследне редове, с тим што поред њих у појединим правима и неке друге чињенице могу имати значаја, попут чињеница неспособности за рад, издржавања од стране оставиоца, заједнице живота са оставиоцем, као и ванбрачне заједнице. Међутим, акценат у раду стављен је управо на утицај најчешћих чињеница у заснивању законских наследних редова у земљама Европе, односно на крвно сродство, као врсту сродства и брачну везу, као и на њихов међусобни однос у оквиру сваког појединог правног поретка. Ово с обзиром да се у законодавствима Европе наведене чињенице на различит начин користе, односно да постоје разлике између појединих права у погледу ширине круга сродника који се могу позивати на наслеђивање, положаја појединих сродника као законских наследника, као и величине њихових наследних делова, при чему се разлике између законодавстава Европе испољавају и по питању наследно-правног положаја брачног друга, но ипак уз уочавање тенденције јачања његовог положаја као законског наследника, присутне у свим земљама Европе, која тенденција у свакој од посматраних земаља кроз појединa законска решења добија своју потврду.*

Кључне речи: *законско наслеђивање, законски наследни редови, сродство, брачна веза, неспособност за рад, издржавање, заједница живота, ванбрачна заједница.*

1. О значају законског наслеђивања

„На половима наследног права стоје супротстављени, с једне стране, тестамент као израз слободе тестирања и с друге стране, нужни део – као његова граница, редуктор и у извесном смислу његова негација." Између њих је постављен законски наследни ред као некаква „златна средина", помиритељ, чије диспозитивне норме омогућавају постојање слободе тестирања, али и постављају потребу за увођењем нужног дела.[1]

Слобода тестирања као резултат цивилизацијске тековине, данас постоји у свим правима. Она представља право које одређеним тестаментарно способним физичким лицима пружа јавни поредак једне државе у погледу садржине њиховог једностраног и непосредног располагања заоставштином за случај смрти, као и у погледу других његових изјава у наредби у вези са сопственом смрћу, коју ова лица могу једнострано изменити и укинути све до тренутка смрти или губитка тестаментарне способности. Из самог постојања слободе тестирања произилази да нужну особину позитивно-правних норми о законском наследном реду представља њихов диспозитиван карактер, што значи да ће до примене законског наследног реда доћи само онда када не постоји тестамент којим је оставилац учинио распоред своје заоставштине, односно када не постоји други основ позивања на наслеђивање.[2]

И поред неспорног значаја тестамента као основа позивања на наслеђе, односно чињенице да је законско наслеђивање, како то произилази из претходно наведеног, слабији основ позивања на наслеђивање од тестамента, његов практични значај у земљама европско-континенталног система права, по правилу је већи, с обзиром да је у овим земљама законско

[1] В. Оливер Б. Антић: *Слобода завештања и нужни део*, докторска дисертација, Београд, 1983., стр. 5. Нужни део представља непосредно ограничење слободе тестирања и подразумева право одређеног круга лица, која увек улазе у круг законских наследника, да по сили закона, дакле, независно од воље тестатора наследе један део заоставштине. Из овога се може закључити да нужно наслеђивање представља такође вид наслеђивања по основу закона, али такав вид наслеђивања који је регулисан императивним нормама.

[2] Поред закона и тестамента у појединим правима постоји и уговор о наслеђивању као основ позивања на наслеђе. Међутим, овај уговор је забрањен и у нашем и у већини других права.

наслеђивање правило.[3] Наиме, законско наслеђивање је пре свега основно, јер се примењује увек када није искључено, у погледу целе заоставштине или само једног њеног дела, постојањем пуноважног тестамента као основа позивања на наслеђе, а осим тога оно је и најчешће, јер највећи број људи не чини, путем тестамента распоред своје имовине за случај смрти, већ оставља да то буде учињено по прописима законског наслеђивања.[4]

Разлози претходно наведени указују на несумњив значај законског наслеђивања, те појединих питања која се могу поставити у вези са законом као основом позивања на наслеђе, међу којима се нарочито истиче питање значаја који савремена европска законодавства придају појединим чињеницама у конструисању законског наслеђивања. Ово с обзиром да основни задатак законодавца у регулисању законског наслеђивања представља управо одређивање наследника, приликом чијег одређивања се законодавства држава морају користити одређеним чињеницама. У данас постојећим позитивним законодавствима правни пореци узимају у обзир различите елементе, односно чињенице приликом формулисања законског наследног реда. Њихов број, посматрано кроз историју био је велики – сродство разних врста, брачна веза, сталешка и верска припадност оставиоца, врста, порекло и квалитет добара која су предмет наслеђивања, ред рођења лица која долазе у обзир да буду наследници, пол наследника и неке друге чињенице. Поједине од ових чињеница, односно елемената служиле су, а поједине од њих служе и данас, али у различитом обиму и разним комбинацијама као елементи на којима појединa европска права заснивају своје законске наследне редове. Од чињеница које изражавају везу извесног лица са оставиоцем, с обзиром на њихов историјски значај, као и узимајући у обзир њихово коришћење у данас постојећим европским правима, посебно се истичу сродство и брачна веза. Несумњиво је да су у данашње време чињеница сродства и брачне везе општеусвојене у свим позитивним правима, али то не значи да споменуте чињенице имају подједнак утицај на законско наслеђивање у свим земљама, с обзиром на постојеће разлике, пре свега у погледу примене сваке од ових чињеница појединачно, а потом и у погледу њиховог међусобног односа унутар сваког појединог правног поретка. Тако, разликују се врсте сродства које могу доћи у обзир приликом формулисања законских наследних редова, обим сродства, односно ширина круга сродника као потенцијалних законских наследника, распоред сродника при законском наслеђивању, те положај појединих сродника

[3] „По правилу оставиоци не сачињавају наредбе за случај смрти.“ B. Bartholomeyczik – Schluter. Erbrecht, Munchen, 1980., str. 203., наведено према: Оливер Б. Антић: *Наследно право*, Београд, 2004., стр. 65.

[4] В. Борислав Благојевић: *Наследно право СФРЈ*, Београд, 1964., стр. 61.

као законских наследника, као и величина њиховог законског наследног дела. Исто тако, ма како било неспорно да чињеница брачне везе представља другу најбитнију чињеницу у конструисању правила законског наслеђивања у свим европским законодавствима, ни положај брачног друга није исти, односно нема подједнак значај у свим правима, пре свега узимајући у обзир круг сродника са којима брачни друг може истовремено конкурисати на наслеђе, те круг оних сродника које брачни друг може искључити из могућности позивања на наслеђивање, као и величину његовог наследног дела у појединим законским наследним редовима.

Осим наведеног, у појединим позитивним правима и чињеница неспособности за рад и издржавања неког лица од стране оставиоца, као и заједнице живота са оставиоцем такође се употребљава при конструисању законског наследног реда. Међутим, наведена чињеница, у малобројним правима у којима постоји нема исти значај, с обзиром да иста може имати самостални или пак само допунски карактер.

Напоменућемо да је у данашње време у правима појединих европских земаља присутна и тенденција признавања наследно-правног значаја, односно утицаја на законско наслеђивање и чињеници ванбрачне заједнице са оставиоцем. Ово с обзиром на то да је правима одређеног броја земаља признато право на законски део и ванбрачном другу различитог пола, под претпоставком испуњења одређених услова, док у другим опет постоји могућност и остваривања права на законски део партнера из хомосексуалне заједнице.

У погледу напред наведеног питања, односно утицаја који имају на правила законског наслеђивања наведене чињенице у законодавствима Европе, посебна пажња је посвећена најпре стању легислативе у Аустрији, Немачкој и Швајцарској, као класичним земљама правне културе и карактеристичним представницима германског правног круга земаља, у Француској, као карактеристичној представници другог начина мишљења и правне културе, односно земљи представници романског правног круга, у Русији, као највећој држави насталој након пада социјализма и државноправних промена у сада бившем СССР-у, као и у земљама које се налазе у нашем окружењу, попут Грчке, Републике Словеније, Републике Хрватске и БЈР Македоније, при чему у прилог последње наведених земаља говори дуг период заједничког развијања наследног права, као и потреба да се јасно уоче сличности и евентуалне разлике у овим земљама након распада СФРЈ.

2. Сродство и брачна веза као одлучујуће чињенице у формулисању законског наследног реда у српском и европском праву

Сродство представља најстарији, притом и данас још увек најважнији, основни вид везе између оставиоца и лица која долазе у обзир да буду његови законски наследници. Поред крвног и грађанског (адоптивног) сродства, које врсте сродства се у данашње време примењују у позитивним правима европских држава, споменућемо да поједина европска права користе и тазбинско сродство као чињеницу по основу које одређена лица могу полагати право на законско наслеђивање. Међутим, с обзиром да крвно сродство представља основну врсту сродства, коју савремена европска права користе при формулисању законског наследног реда, при чему се у позитивно-правним порецима европских земаља у случају постојања адоптивног сродства наследно-правни положај ових сродника уређује управо полазећи од крвног сродства, те у односу на крвно сродство, то је и акценат у раду стављен првенствено на крвно сродство, као дакле, основну чињеницу уз помоћ које савремени правни пореци конструишу своје законске наследне редове, при чему је учињен и кратак осврт на значај адоптивног сродства у законском наслеђивању у нашем праву и у појединим правима Европе, и то претежно у правима земаља нашег непосредног окружења.

Историјски посматрано, чињеница брачне везе имала је много мањи утицај на формирање законског наследног реда него чињеница крвног сродства. Временом, у даљем развоју права, с општом променом положаја жене у друштву и с променом гледања на њен положај у браку, дошло је до промена и у наследно-правном положају брачног друга. У данашње време са сигурношћу се може рећи да је у правима европских држава квалитативно дејство чињенице брачне везе у области законског наслеђивања изједначено са дејством чињенице крвног сродства, с обзиром да се по основу обе чињенице наслеђује у својину, уз приметну тенденцију све јачег положаја брачног друга у европским правима.

2.1. Сродници и брачни друг као законски наследници првог законског наследног реда

Према позитивним правима Аустрије (односно према Аустријском грађанском законику)[5], Швајцарске (односно према Швајцарском грађанском законику)[6] и Немачке (односно према Немачком грађанском законику)[7] основне чињенице на којима је засновано законско наслеђивање представљају чињенице брачне везе и крвног сродства, које чињенице, како ћемо то видети исти такав значај имају и у осталим земљама Европе.

У напред наведеним земљама, законска правила у погледу наслеђивања потомака као наследника првог законског наследног реда (парентеле, односно колена у Аустрији) су истоветна, с обзиром да је њима предвиђено да се између оставиочеве деце, која се према законодавствима ових земаља прва позивају на наслеђивање, цела заоставштина (односно остатак заоставштине, када им на наслеђе конкурише и брачни друг) дели на једнаке делове. Даље потомство деце наслеђује по праву представљања,[8] чија је примена у овом наследном реду неограничена. Међутим, без обзира што су законска правила о наслеђивању деце, односно потомака у наведеним земљама иста, то не мора истовремено значити и да је њихов

[5] В. http://www.ibiblio.org/ais/abgb2.htm. Аустријски грађански законик донет је 1811. године (у даљем тексту АГЗ). Реформа у области законског наслеђивања извршена је Савезним законом од 1. јула 1978. године.

[6] В. http://admin.ch/ch/d/sr/c210.html. Швајцарски грађански законик (у даљем тексту ШГЗ) донет је 1907. године, а ступио је на снагу 1912. године. До реформе у области законског наслеђивања дошло је 1988. године.

[7] В. http://recht-in.de/gesetze/. Немачки грађански законик (у даљем тексту НГЗ) донет је 1896. године.

[8] Право представљања (ius representationis) у правну цивилизацију уведено је 118. Јустинијановом новелом из 543. године и представља једно од основних правила наследног права које је као такво усвојено у свим савременим правима. Принципом представљања као основним принципом законског наслеђивања омогућава се да се у оквиру исте линије у једном наследном реду позову на наслеђе потомци оставиочевог сродника ближег степена сродства, који из одређеног разлога није постао наследник (уколико сродник оставиоца не може да наследи услед смрти пре оставиоца, неспособности, недостојности или искључења из наслеђа или уколико да негативну наследничку изјаву). Овим правом се могу користити сви оставиочеви потомци, као и његови побочни сродници до границе круга законских наследника у конкретном праву. Тек уколико принцип представљања из неких разлога не може да се примени, примениће се други принцип законског наслеђивања – принцип прираштаја (ius accrescendi), који дакле значи да када је право представљања у једној линији неприменљиво, наследни део, који би припао сродницима линије унутар тог наследног реда, прираста наследним деловима осталих сродника тог наследног реда који су у најближем степену сродства са оставиоцем, при чему се мора водити рачуна и о квалитету сродства наследника. Више о праву представљања и прираштаја видети: Оливер Б. Антић: *op. cit.*, стр. 70-76.

наследно-правни положај у свим овим земљама идентичан, с обзиром да он директно зависи од положаја брачног друга, који у споменутим земљама германског правног круга такође улази у први законски наследни ред, те се истовремено са децом оставиоца (односно са њиховим даљим потомцима, уколико има места примени права представљања) позива на наслеђе. Тако, у овом законском наследном реду према правилима АГЗ-а брачни друг уколико конкурише деци, односно њиховим даљим потомцима може наследити 1/3 заоставштине (деца оставиоца, услед тога деле преостале 2/3 заоставштине), према НГЗ-у 1/4 заоставштине (деца у овој земљи деле преостале 3/4 заоставштине), док према ШГЗ-у брачни друг као законски наследник у првом наследном реду може наследити чак 1/2 заоставштине (тако да деци као законским наследницима првог наследног реда преостаје 1/2 заоставштина коју они деле на једнаке делове). У свим овим земљама цела заоставштина ће се делити између првостепених потомака оставиоца само у ситуацији када им брачни друг оставиоца не конкурише на наслеђе.[9] Поред наведених законодавстава фиксно одређивање законског наследног дела брачног друга у првом законском наследном реду познаје и Грађански законик Грчке,[10] према којем законски део брачног друга у овом наследном реду износи као и према НГЗ-у - 1/4 заоставштине, при чему су законска правила о наслеђивању деце, те евентуално даљих потомака идентична правилима о наслеђивању деце, односно потомака у напред наведеним правима.[11]

Према Француском грађанском законику (Code Civilu)[12] у први законски наследни ред улази сво потомство оставиоца. Између деце се за-

[9] В. пар. 731. ст. 1., пар. 732-734 и пар. 757. ст. 1. АГЗ-а, пар. 1924. НГЗ-а и пар. 1931. ст. 1. НГЗ-а, као и чл. 457. и чл. 462. ст. 1. ШГЗ-а. У појединим од ових земљама приметна је тенденција побољшања наследно-правног положаја брачног друга. Измене у његовом наследно-правном положају директно су утицале и на измене у наследно-правном положају оставиочевих сродника. Тако, према старом, неновелираном тексту АГЗ-а брачни друг оставиоца је у првом наследном колену имао само право доживотног уживања и то на ¼ заоставштине ако је оставилац имао мање од троје деце, или, ако је имао више од троје деце, на делу наследства који одговара наследном делу који добија оставиочево дете. Касније, у новелираном тексту АГЗ-а његов положај је побољшан, с обзиром да је њиме било предвиђено да брачном другу у ситуацији када наслеђује са припадницима првог колена припада ¼ заоставштине у својину. У Швајцарској, ранијим законским решењима је било предвиђено да је брачни друг када је наслеђивао са припадницима првог наследног реда имао право избора: или да наследи ¼ заоставштине у својину, или да добије ½ заоставштине на доживотно уживање.

[10] Грађански законик Грчке донет је 1940. године. До измена у области законског наслеђивања дошло је 1983. године.

[11] В. чл. 1813. и чл. 1820. Грађанског законика Грчке

[12] В. http://www. legifrance.gouv.fr/Waspad/ListeCodes. Француски грађански законик (у даљем тексту ФГЗ) донет је 1804. године. До измена у ФГЗ-у у погледу законског наслеђивања је дошло 2001. године.

оставштина дели на једнаке делове, док даље потомство наследни део добија уз примену начела представљања чија је примена неограничена. Преживели брачни друг такође улази у први наследни ред, а његов положај у оквиру овог наследног реда према најновијим изменама и допунама ФГЗ-а из 2001. године је такав да када брачни друг конкурише на наслеђе деци оставиоца, односно потомству оставиочевом, а које потомство је истовремено и његово потомство, има право да изабере или право на плодоуживање на целој заоставштини (у ком случају ће цела заоставштина припасти у својину деци оставиоца, односно њиховим потомцима по праву представљања) или да наследи у својину 1/4 заоставштине (у том случају ће се преостале 3/4 заоставштине делити између деце, односно потомака). Наведено право избора брачни друг нема у случају када конкурише на наслеђе деци оставиоца, која нису истовремено и његова деца, с обзиром да у том случају увек наслеђује у својину 1/4 заоставштине.[13]

За Грађански кодекс Русије[14] у односу на већину других европских земаља својствена су специфична правила законског наслеђивања. Наиме, и према руском наследном праву, као што је то случај и са осталим европским правима, у законске наследнике првог законског наследног реда улазе оставиочев брачни друг и оставиочева деца, с тим што у овај наследни ред улазе и унуци оставиоца, као и сво оставиочево даље потомство неограничено, које наслеђује по праву представљања. Међутим, оно што представља специфичност и може се рећи одступање од правила усвојеног у осталим европским земљама је чињеница да према ГКР оставиочевој деци и брачном другу у првом законском наследном реду потпуно равноправно конкуришу родитељи оставиоца, што значи да се заоставштина између оставиочевог брачног друга, његове деце и његових родитеља дели на једнаке делове.[15]

Напослетку, ни закони о наслеђивању земаља нашег непосредног окружења - Закон о наслеђивању Републике Хрватске[16], Закон о изменама

[13] В. чл. 734-735. и чл. 757. ФГЗ-а. Наследно-правни прописи француског права из 1972. године предвиђали су другачији положај брачног друга оставиоца, посебно у првом наследном реду. Брачни друг оставиоца у оквиру првог наследног реда наслеђивао је ¼ заоставштине када је конкурисао са оставиочевом децом, при чему је имао право плодоуживања на ½ заоставштине када је на наслеђе конкурисао са оставиочевом ванбрачном децом.

[14] В. http://www.jura.uni-passau.de/fakultaet/lehrstuehle/Fincke/ostrecht/zgbrus03.htm. Трећи део Грађанског кодекса Русије (наследно право) ступио је на снагу 2002. године (у даљем тексту ГКР).

[15] В. чл. 1141. тач. 2., чл. 1142. ГКР и чл. 1146. тач. 1. ГКР.

[16] В. http://www.poslovniforum.hr/zakoni/. Закон о наслеђивању Републике Хрватске донет је 11. маја 2003. године, „Народне новине“, бр. 48/2003 (у даљем тексту ЗОН Републике Хрватске).

и допунама Закона о наслеђивању Словеније из 1976. године (донет 2001. године)[17], као ни Закон о наслеђивању бивше југословенске Републике Македоније[18], попут нашег позитивног права, односно Закона о наслеђивању Србије[19] не праве изузетак од општеусвојеног правила у осталим европским законодавствима према којем се као законски наследници првог наследног реда позивају оставиочеви првостепени потомци и његов брачни друг. Заједничку карактеристику ове групе законодавстава представља чињеница да наведени закони предвиђају потпуно једнак положај наведених наследника, с обзиром да се заоставштина дели на једнаке делове између оставиочевог брачног друга и његове деце, под којом се подразумевају и усвојена деца[20] (даље потомство деце наслеђује по праву

[17] В. http://www.zakonodaja.gov.si/ Закон о изменама и допунама Закона о наслеђивању СР Словеније из 1976. донет је 2001. године, „Уредни лист РС“, бр, 67/2001 (у даљем тексту ЗОН Републике Словеније).

[18] В. http://www.mlrc.org.mk/cd.htm. Закон о наслеђивању бивше југословенске Републике Македоније донет је 1996. године, „Службени весник на Република Македонија“, бр. 47/96 (у даљем тексту ЗОН БЈР Македоније).

[19] Закон о наслеђивању Србије донет је 04. 11. 1995. године (ступио на снагу 05. 05. 1996. године), „Службени гласник Републике Србије“, бр. 46/95.

[20] Тако, према чл. 22. ЗОН-а Републике Хрватске постоји разлика у наследно-правним дејствима између сродничког усвојења и родитељског усвојења. Сродничким усвојењем (потпуним усвојењем) настају међусобна наследна права између усвојиоца и свих његових сродника, с једне стране, и усвојеника и свих његових потомака, с друге стране, при чему престаје међусобно право законског наслеђивања између усвојеника и његових крвних сродника, осим уколико дете усвоји маћеха или очух, у ком случају не престаје наследно право између усвојеника и родитеља који је у браку са усвојиоцем, као и крвних сродника тих родитеља. У чл. 23. ст. 1. ЗОН-а Републике Хрватске предвиђено је да заснивањем родитељског усвојења (непотпуног усвојења) између усвојиоца и усвојеника настаје узајамно право наслеђивања крвних сродника у правој линији. (Споменућемо да је у овој земљи, након доношења Закона о наслеђивању уследило доношење Обитељског закона из 2003. године, који међутим предвиђа само потпуно усвојење као врсту усвојења) У чл. 21. ЗОН-а Републике Словеније регулисане су наследно-правне последице потпуног усвојења. Овим чланом предвиђено је да усвојеник и сви његови потомци имају законска наследна према према усвојиоцу и свим његовим сродницима, и обрнуто, при чему престају престају узајамна наследна права између усвојеника и свих његових потомака, као и крвних сродника усвојеника. Иста наследно-правна дејства предвиђена су, када је реч о потпуном усвојењу и у ЗОН-у БЈР Македоније, при чему је овим законом предвиђено да када се ради о непотпуном усвојењу усвојеник и његови потомци стичу наследна права само према усвојиоцу из оваквог усвојења, не и према његовим крвним и другим грађанским сродницима, под условом да наследна права усвојеника из непотпуног усвојења нису искључена или ограничена. Под тим условом и усвојилац из овог усвојења, не и његови сродници, може законски наследити усвојеника из непотпуног усвојења и његове потомке. Без обзира на извршено усвојење и даље се могу наслеђивати усвојеник и његови крвни сродници. (чл. 4. и чл. 23. ЗОН-а БЈР Македоније). Према чл. 34. и чл. 37. ЗОН-у Србије у погледу наследно-правних дејстава потпуног усвојења важи правило по којем су усвојеник

представљања чија је примена у овом наследном реду неограничена).[21] Међутим, за разлику од већине горе набројаних законодавстава Европе, специфичност нашег права, као и појединих права земаља нашег непосредног окружења огледа се у законској могућности одступања од овако постављених редовних правила законског наслеђивања. Према ЗОН-у Србије и ЗОН-у БЈР Македоније ова одступања у првом законском наследном реду су једносмерна, с обзиром да иста могу довести само до повећања наследног дела деце, односно истовременог смањења наследног дела брачног друга, не и обрнуто, за разлику од ЗОН-а Републике Словеније према којем може доћи, како до увећања наследног дела деце, тако и до увећања наследног дела брачног друга и томе одговарајућег смањења наследног дела других наследника из првог наследног реда. Наиме, у ЗОН-у Србије и ЗОН-у БЈР Македоније предвиђено је да у оквиру првог наследног реда може доћи до смањења наследног дела брачног друга, уз испуњење одређених услова који се односе на постојање оставиочевог детета чији други родитељ није оставиочев брачни друг, укупну имовину брачног друга за коју је потребно да је већа од дела који би му припао при подели заоставштине на једнаке делове, и напослетку, оцене суда о оправданости смањења наследног дела брачног друга. Под оваквим условима наследни део сваког оставиочевог детета може бити увећан до два пута (у БЈР Македонији и без оцене суда о оправданости оваквог увећања, при чему је овим законом предвиђена могућност увећања два пута, не у распону до два пута, као према ЗОН-у Србије).[22] Према позитивном наследном праву Републике Словеније у оквиру првог наследног реда може доћи до повећања наследног дела како брачног друга, тако и било ког другог наслед-

и његови потомци законски наследници усвојиоца и свих његових сродника, и обрнуто, при чему престају законска наследна права између усвојеника и његових потомака и усвојеникових крвних сродника, док је у погледу наследно-правних дејстава непотпуног усвојења (која ће, с обзиром на нови Породични закон Србије из 2005. године који више не предвиђа овај вид усвојења, имати значај само у погледу непотпуних усвојења заснованих до почетка примене новог Породичног закона) у чл. 35. ЗОН-а Србије предвиђено да су усвојеник из овог усвојења и његови потомци законски наследници само усвојиоца, не и његових сродника, али само онда када при усвојењу нису била искључена усвојеникова наследна права, а уколико су та права ограничена, они су законски наследници у оквиру ограничења наследног дела, при чему непотпуно усвојење не смета наслеђивању између усвојеника и његових крвних сродника. У чл. 38. ЗОН-а Србије предвиђено је да усвојилац из овог усвојења и његови сродници не наслеђују усвојеника. Изузетно, ако усвојилац нема нужних средстава за живот, а усвојеник нема наследника из првог наследног реда, усвојилац може у року од једне године од смрти усвојеникове захтевати доживотно уживање на делу заоставштине, ако при усвојењу нису била искључена усвојеникова наследна права.

[21] В. чл. 9-10. ЗОН-а Републике Хрватске, чл. 11-12. ЗОН-а Републике Словеније, чл. 13-14. ЗОН-а БЈР Македоније, чл. 9. ст.1. и 2. и чл. 10. ЗОН-а Србије.

[22] В. чл. 9. ст. 3. ЗОН-а Србије и чл. 15. ЗОН-а БЈР Македоније.

ника првог наследног реда који конкурише брачном другу на наслеђивање, при чему је услов за ово увећање немање нужних средстава за живот на страни оног ко поставља захтев за увећањем. О увећању наследног дела одлучује суд на захтев онога ко тражи такво увећање, при чему у зависности од начина на који је брачни друг поставио захтев за увећањем може доћи до смањења наследног дела свих осталих наследника, или само неких од наследника првог наследног реда који су у конкретном случају позвани на наслеђивање. Исто тако, и захтев за увећање наследног дела који могу да поставе сви остали наследници овог наследног реда или само неки од њих, може довести до смањења наследног дела брачног друга, али и до смањења наследног дела осталих наследника првог наследног реда, све у зависности од тога како је постављен захтев од стране наследника. Осим тога, суд може одлучити да онај ко је поставио захтев за увећањем наследи целу заоставштину, у случају да је вредност заоставштине тако мала да би услед њене поделе дошло до западања у оскудицу оног ко је поставио захтев, па било да се ради о захтеву брачног друга или о захтеву постављеном од стране неког другог наследника првог наследног реда.[23]

2.2. Сродници и брачни друг као законски наследници другог законског наследног реда

Генерално посматрано, на основу анализе наследно-правног положаја наследника другог наследног реда у нашем праву и правима других европских земаља, може се приметити да почев од овог наследног реда, са слабљењем близине сродничке везе између оставиоца и његових сродника, истовремено долази и до слабљења њиховог наследно-правног положаја, те сходно томе јачања наследно-правног положаја брачног друга оставиоца, тако да брачни друг оставиоца у већини земаља има бољи положај од сродника оставиоца као законских наследника другог наследног реда.

Тако, према праву Аустрије наследни део брачног друга у овом законском наследном реду износи 2/3 заоставштине, па се само преостала 1/3 заоставштина дели између оставиочевих родитеља, односно њихових потомака по праву представљања које се примењује неограничено, док у Швајцарској наследни део брачног друга износи 3/4 заоставштине, а преосталу 1/4 заоставштине деле родитељи, односно њихово потомство по праву представљања које се и у овој земљи у овом наследном реду примењује неограничено. Уколико умрли родитељ (или родитељ који из неког другог

[23] В. чл. 5. Закона о изменама и допунама ЗОН-а СР Словеније из 2001. године

разлога не наслеђује) нема свог потомства, његов део ће припасти другом родитељу, а уколико ни он није жив, наследиће његови потомци по праву представљања. Према наведеним законодавствима родитељи могу наследити целу заоставштину коју између себе деле на једнаке делове (док потомство родитеља наслеђује по праву представљања неограничено) само у случају када им у овом наследном реду брачни друг оставиоца не конкурише на наслеђе. Осим тога, у Швајцарској, брачни друг већ у овом законском наследном реду може наследити целу заоставштину, уколико су оба родитеља оставиоца умрла пре оставиоца (или из других разлога не наслеђују), а нису иза себе оставили потомке.[24]

С друге стране, у Немачкој, Републици Словенији, БЈР Македонији, као и у Србији законски наследни део брачног друга у другом наследном реду износи 1/2 заоставштине, док се преостала половина заоставштине дели између оставиочевих родитеља, односно њихових потомака по праву представљања, чија је примена у овом наследном реду неограничена. У ситуацији да умрли родитељ (или родитељ који из неког другог разлога не наслеђује) нема свог потомства, његов део припашће другом родитељу, а уколико ни он није жив, наследиће његови потомци по праву представљања. Тек у случају када иза оставиоца није остао брачни друг, оставиочеви родитељи поделиће целу заоставштину на једнаке делове, при чему и овде важи правило према којем се и њихови потомци могу позивати на наслеђе по праву представљања неограничено. Важно је истаћи да према свим овим правима, осим према праву Немачке, брачни друг (као и у Швајцарској) већ у овом наследном реду може наследити целу заоставштину уколико су оба родитеља оставиоца умрла пре оставиоца (или из других разлога не наслеђују), а нису иза себе оставили потомке.[25] Слично законско решење, али само у погледу величине наследног дела брачног друга познаје и Грађански законик Грчке, којим је предвиђено да брачном другу у овом наследном реду на име наследног дела припада 1/2 заоставштине,

[24] В. пар. 735-738. и пар. 757. ст. 1. АГЗ-а. и чл. 458. и чл. 462. ст. 2. и 3. ШГЗ-а. Напоменућемо да је према ранијим решењима споменутих законодавстава положај брачног друга и као наследника другог наследног реда био другачији. Према неновелираном тексту АГЗ-а брачни друг је уколико иза оставиоца нису остали потомци, дакле, у другом наследном реду наслеђивао ¼ заоставштине у својину, а већ у новелираном тексту АГЗ-а је дошло до побољшања његовог наследно-правног положаја и истовременог слабљења наследно-правног положаја оставиочевих сродника, с обзиром да је овим текстом било предвиђено да брачни друг у другом наследном реду може наследити ½ заоставштине. У Швајцарској, према ранијим законским решењима, брачни друг је у другом наследном реду могао наследити или ¼ заоставштине у својину или пак ¾ на име доживотног уживања.

[25] В. пар. 1925. и пар. 1931. ст. 1. НГЗ-а, чл. 14-17. ЗОН-а Републике Словеније, чл. 16-19. ЗОН-а БЈР Македоније и чл. 12-15 ЗОН-а Србије.

док се преостала 1/2 дели не само између родитеља оставиоца, као што је то случај са претходно наведеним правима, већ и између његових браћа и сестара. Осим тога, у овој земљи право представљања, почев од овог наследног реда не примењује се неограничено, с обзиром да се примењује закључно са унуцима браће и сестара.[26]

Могућност одступања од овако постављених редовних правила законског наслеђивања и у другом законском наследном реду, предвиђена је само у појединим земљама, прецизније, у истим оним земљама у којима постоји могућност таквих одступања и у оквиру првог наследног реда (у Републици Словенији, БЈР Македонији, као и у Србији). Наведена одступања у оквиру овог наследног реда по правилу су иста у свим овим правима и своде се на могућност повећања наследног дела како брачног друга, тако и повећања наследног дела родитеља, а у наследном праву Србије и осталих наследника другог наследног реда. Повећање наследног дела брачног друга и родитеља могуће је под потпуно истим условима, а тај услов се односи на немање нужних средстава за живот на страни оног ко поставља захтев за повећањем, било да је реч о захтеву брачног друга на терет наследног дела родитеља, односно осталих наследника другог наследног реда, или да је реч о захтеву за повећањем наследног дела родитеља оставиоца на терет наследног дела брачног друга, при чему је за разлику од осталих права која дозвољавају овакав вид одступања од редовних правила законског наслеђивања, у праву Србије, за разлику од досадашњих законских решења која су предвиђала само својинско повећање наследног дела (које решење представља и данас правило у осталим земљама у којима постоји могућност одступања од редовних правила законског наслеђивања), сада то, по правилу могуће путем личне службености плодоуживања. У случају незнатне, односно мале вредности заоставштине (и некорисности доживотног уживања на истој – према наследном праву Србије) брачни друг, односно родитељи, могу добити чак целу заоставштину у својину. Притом, околности које суд цени у случају постављања оваквих захтева своде се на трајање заједнице живота оставиоца и брачног друга, имовно стање и способност за привређивање брачног друга и осталих наследника, као и вредност заоставштине.[27] Осим наведеног, постојећа законска правила наслеђивања која одступају од редовних правила наслеђивања у Србији, дозвољавају и могућност да у другом наследном реду на захтев осталих наследника другог наследног реда дође до смањења наследног дела брачног друга до четвртине заоставштине, уколико вредност

[26] В. чл. 1814. и чл. 1820. Грађанског законика Грчке

[27] В. чл. 23. и чл. 31. ст. 1. и 4. и чл. 32. ЗОН-а Србије, чл. 23. и чл. 24. ст. 1. и 4. ЗОН-а Републике Словеније, чл. 27. и чл. 28. ст. 1. и 4. ЗОН-а БЈР Македоније.

оставиочевих наслеђених добара чини више од половине његове посебне имовине, а под условом да заједница живота оставиоца и брачног друга није трајала дуже времена. Брачни друг може уместо наслеђивања у својину изабрати доживотно уживање на половини заоставштине.[28]

Споменућемо да у БЈР Македонији поред чињенице сродства и брачне везе као основа позивања на наслеђе и трајна заједница живота између одређених лица представља самосталну чињеницу по основу које се они могу међусобно наслеђивати. То су храњеник и хранилац, пасторак и пасторка и очух и маћеха, снаја и свекар и свекрва, зет и таст и ташта, као и лица која су крвни сродници. Трајна заједница живота, по основу које наведена лица могу стећи право да међусобно буду законски наследници, треба да је трајала најмање пет година, и то непрекидно од заснивања наведених односа између тих лица и оставиоца, па до смрти оставиоца. Све ово само под условом да иза оставиоца нису остали брачни друг и други наследници првог наследног реда, као и родитељи и браћа и сестре. У овом случају наведена лица ће имати право да наследе целу заоставштину, искључујући из наслеђивања све даље сроднике оставиоца (све потомке браће и сестара оставиоца и све претке и побочне сроднике трећег наследног реда). Међутим, уколико се на наслеђе у другом наследном реду позива брачни друг оставиоца, лица која имају право законског наслеђивања по основу трајне заједнице живота са оставиоцем наследиће половину заоставштине (ону коју би наследили родитељи, односно браћа и сестре оставиоца) на једнаке делове, а другу половину ће наследити брачни друг оставиоца.[29]

Законско решење према коме брачном другу у другом законском наследном реду на име наследног дела припада 1/2 заоставштине, примењује се и у француском и хрватском праву. Међутим, док за разлику од већине претходно споменутих земаља у којима потомци родитеља, дакле, браћа и сестре, односно и сви њихови даљи потомци (или само неки потомци у Грчкој) могу конкурисати брачном другу – сви по праву представљања, дотле споменуте земље имају другачија законска решења. Ово стога што према ФГЗ-у и ЗОН-у Републике Хрватске конкурисање осталих наследника другог законског наследног реда брачном другу значи заправо могућност конкурисања само сродника првог степена праве линије крвног сродства, односно оца и мајке, којима припада 1/2 заоставштине на једнаке делове, док другу половину наслеђује брачни друг. У француском наследном праву важи и правило према којем у случају када су отац или мајка умрли пре оставиоца, део који би том родитељу припао, припашће брач-

[28] В. чл. 26. ст. 1. и чл. 28. ст. 1. ЗОН-а Србије
[29] В. чл. 29. ЗОН-а БЈР Македоније

ном другу (у Републици Хрватској у истој ситуацији тај део ће припасти другом родитељу), при чему према оба права важи правило према коме ће у случају непостојања наследника првог наследног реда, као ни оца и мајке оставиоца брачном другу припасти цела заоставштина.[30] Заправо, према ФГЗ-у само у ситуацији када не постоји конкурисање брачног друга сродницима, као наследницима другог законског наследног реда, родитељи оставиоца имају право на 1/2 заоставштине (тако да отац и мајка добијају по 1/4 заоставштине), док друга половина заоставштине припада оставиочевој браћи и сестрама, односно њиховим потомцима по праву представљања неограничено. Уколико је жив само један родитељ, онда ће њему на име наследног дела припасти 1/4 заоставштине, док ће преостале 3/4 заоставштине припасти браћи и сестрама оставиоца, односно њиховом потомству по праву представљања. За случај да иза оставиоца нису остали његова браћа и сестре, нити њихово потомство, заоставштина ће се на једнаке делове делити између родитеља оставиоца. У обрнутом случају, односно уколико су и отац и мајка умрли пре оставиоца, целу заоставштину ће наследити оставиочева браћа и сестре, односно њихово потомство по праву представљања.[31] У Републици Хрватској законска решења предвиђају да у случају када иза оставиоца није остао брачни друг, оставиочеви родитељи наслеђују целу заоставштину на једнаке делове, те да се у ситуацији када је један или су пак оба родитеља умрла пре оставиоца иза којег није остао брачни друг, на наслеђивање позивају потомци родитеља по праву представљања чија је примена неограничена.[32]

Немогућност (барем по правилу) истовременог законског позивања на наслеђивање брачног друга и побочних сродница оставиоца долази до изражаја и према руском наследном праву. Према ГКР, као што је то већ наведено, наследници првог законског наследног реда су како потомци и брачни друг оставиоца, тако и родитељи оставиоца. Сходно важећем принципу следореда, постојање макар једног наследника из овог наследног реда искључује могућност позивања на наслеђивање потенцијалних законских наследника другог наследног реда, тако да према овом праву брачни друг оставиоца, уколико остане као једини наследник у првом наследном реду може наследити целу заоставштину. Тек уколико то није случај, од-

[30] В. чл. 757-1. и 757-2. ФГЗ-а. И према наследно-правним прописима француског права из 1972. године била је предвиђена иста величина наследног дела брачног друга у оквиру другог наследног реда, односно брачни друг је наслеђивао ½ заоставштине у својину, а наследнике трећег наследног реда је искључивао из наслеђивања. Уз то, када није било ниједног наследника из првог наследног реда, брачни друг је имао право плодоуживања на целој заоставштини. В. и чл. 11. у вези са чл. 12. ЗОН-а Републике Хрватске

[31] В. чл. 736-738. ФГЗ-а

[32] В. чл. 11. ст. 4. и чл. 12. ст. 1. и 2. ЗОН-а Републике Хрватске

носно уколико нема ниједног наследника из првог наследног реда (с обзиром да и постојање било ког сродника као законског наследника првог наследног реда може искључити могућност позивања на наслеђивање наследника из другог наследног реда), на наслеђивање ће се позвати законски наследници другог наследног реда у који улазе оставиочева браћа и сестре, односно полубраћа и полусестре, као и оставиочеве деде и бабе у очевој и мајчиној лози. Деца браће и сестара и полубраће и полусестара (братанци и братанице, сестрићи и сестричине), дакле, само њихови првостепени потомци могу добити наследни део применом права представљања.[33]

2.3. Сродници и брачни друг као законски наследници трећег и даљих законских наследних редова

Анализом ширине круга сродника који се могу појавити као потенцијални законски наследници у трећем и даљим законским наследним редовима, као и њиховог наследно-правног положаја у овим наследним редовима, као и на основу анализе свеукупног наследно-правног положаја брачног друга оставиоца, може се доћи до два закључка. Најпре се може закључити да се тенденција јачања наследно-правног положаја брачног друга у односу на наследно-правни положај сродника, присутна у појединим законодавствима Европе већ на основу разматрања њиховог положаја као наследника другог законског наследног реда, наставља у појединим законодавствима и у трећем законском наследном реду (у оним правима у којима и у трећем наследном реду постоји могућност истовремене конкуренције на наслеђивање брачног друга и сродника оставиоца, у којим дакле, брачни друг не може као једини преостали наследник другог законског наследног реда искључити из наслеђивања наследнике трећег наследног реда), а након тога и до закључка да се као последица чињенице удаљенијег сродства у односу на оставиоца, у европским правима, барем по правилу, мањи број сродника могу појавити као потенцијални наследници у даљим законским наследним редовима, посебно уколико се посматра ширина круга сродника као потенцијалних наследника четвртог и евентуално даљих законских наследних редова. Наведено правило кроз законска решења у појединим земљама Европе чија су законодавства предмет разматрања на различит начин добија своју потврду.

Тако, како је то наведено, у већем броју европских земаља важи правило према којем ће законски наследници трећег законског наследног ре-

[33] В. чл. 1143. ГКР

да, односно оставиочеве деде и бабе, као и евентуално сво њихово даље потомство по праву представљања бити позвано на наслеђе само онда када иза оставиоца није остао ниједан сродник из претходног законског наследног реда, нити брачни друг оставиоца који би могао и хтео да наследи. Напред наведено значи да као што било који сродник, тако и брачни друг оставиоца, уколико остане као једини законски наследник другог законског наследног реда, може добити целу заоставштину искључујући из наслеђивања оставиочеве даље сроднике у правој линији крвног сродства (деде и бабе, односно прадеде и прабабе и даље претке у појединим од ових земаља), као и евентуално поједине побочне сроднике оставиоца (стричеве, ујаке, тетке, браћу и сестре од стричева, ујака и тетака итд). Уколико то није случај, према свим овим правима заоставштина ће се у трећем законском наследном реду делити на једнаке делове између родоначелника овог наследног реда, односно деда и баба оставиоца, док ће се сво њихово даље потомство на наслеђивање позивати по принципу представљања, чија је примена неограничена и у овом наследном реду. Тек уколико неко од деда и баба није жив у моменту смрти оставиоца (или из других разлога не наслеђује), а нема потомака, део заоставштине који би му припао да је надживео оставиоца припашће другом претку из исте лозе, а ако су и деда и баба из једне лозе умрли пре оставиоца, а немају потомака, онда ће део заоставштине који би им припао да су надживели оставиоца наследити деда и баба из друге лозе, односно њихово потомство по праву представљања. У Швајцарској, БЈР Македонији, Републици Словенији закључно са наведеним законским наследним редом се завршава законско наслеђивање, односно круг потенцијалних законских наследника. Напред наведена правила законског наслеђивања предвиђају поједина европска права, попут права Швајцарске, Републике Хрватске, БЈР Македоније, Републике Словеније, те нашег права.[34]

Ни према наследном праву Француске, наследници трећег законског наследног реда, у који према овом праву улазе преци оставиоца, не позивају се на наслеђивање све док постоји макар један наследник из прва два законска наследна реда. Наведено значи да брачни друг у Француској није законски наследник трећег наследног реда, те да уколико остане једини наследник у другом законском наследном реду може наследити целу заоставштину, искључујући тиме могућност позивања на наслеђе наслед-

[34] В. чл. 459-460. и чл. 462. ст. 2. и 3. ШГЗ-а, чл. 14-16. ЗОН-а Републике Хрватске, чл. 20-22. ЗОН-а БЈР Македоније, чл. 18-20. ЗОН-а Републике Словеније, чл. 12. ст. 3. и чл. 15-18. ЗОН-а Србије. Према ранијим решењима ШГЗ-а брачни друг оставиоца је наслеђивао и у трећем законском наследном реду у којем је на име наследног дела добијао ½ заоставштине у својину и другу половину на доживотно уживање. Тек у случају када није било припадника трећег наследног реда, брачни друг је наслеђивао целу заоставштину.

ника трећег законског наследног реда. Иначе, у трећи законски наследни ред према ФГЗ-у улазе преци оставиоца, при чему 1/2 заоставштине припада очевој лози, а 1/2 мајчиној лози. Предак ближег степена искључује из права наслеђивања претка даљег степена сродства, а у случају да нема предака једне лозе, заоставштину ће у целини наследити преци из друге лозе.[35]

С друге стране, чак и у оним ретким земљама Европе, као што су Аустрија, Немачка и Грчка у којима постоји могућност истовременог конкурисања брачног друга, с једне стране, и појединих сродника оставиоца, с друге стране, као законских наследника трећег законског наследног реда, наведена могућност не значи истовремено и њихов једнак наследно-правни положај. Напротив, наследно-правни положај брачног друга у трећем законском наследном реду у овим земљама, а посебно у Аустрији и Немачкој је привилегован у односу на наследно-правни положај оставиочевих сродника који такође улазе у овај наследни ред. Најпре, у смислу законског правила да само појединци сродници оставиоца, прецизније само сродници другог степена праве усходне линије крвног сродства, односно деде и бабе оставиоца у очевој и у мајчиној лози могу конкурисати брачном другу на наслеђивање. Заправо, у Аустрији и Немачкој не постоји могућност конкурисања брачном другу у наслеђивању побочних сродника из трећег законског наследног реда, с обзиром на законска правила АГЗ-а и НГЗ-а, према којима брачни друг наслеђује целу заоставштину уколико нема законских наследника ни првог, ни другог наследног реда (колена), нити родоначелника трећег наследног реда (колена), односно деда и баба оставиоца. Осим тога, у прилог привилегованијег наследно-правног положаја брачног друга у односу на сроднике као наследнике трећег наследног реда, у овим земљама говори и величина његовог наследног дела у овом законском наследном реду. Тако, наследни део брачног друга у Немачкој, у трећем наследном реду износи 1/2 заоставштине, док у Аустрији износи 2/3 заоставштине,[36] што значи да у наведеним земљама бабе и деде, када им брачни друг конкурише на наслеђе деле остатак заоставштине (1/2 заоставштине у Немачкој, односно 1/3 заоставштине у Аустрији). Заправо, према овим правима тек у случају када не постоји конкуренција брачног друга оставиоца дедама и бабама оставиоца по оцу и по мајци, исти могу наследити целу заоставштину, која ће се у том случају између њих делити на четири једнака дела, при чему уколико неко од деда или баба није жив,

[35] В. чл. 747-748. ФГЗ-а

[36] Споменућемо да је величина наследног дела брачног друга у трећем законском наследном реду према старом тексту АГЗ-а износила ¼ заоставштине, а према новелираном тексту АГЗ-а ½ заоставштине.

његови потомци наследни део могу добити применом права представљања које се и у овом наследном реду примењује неограничено. У ситуацији да неко од деда и баба није жив у моменту смрти оставиоца (или из других разлога не наслеђује), а нема потомака, део заоставштине који би му припао да је надживео оставиоца припашће другом претку из исте лозе, а уколико су и деда и баба из једне лозе умрли пре оставиоца, а немају потомака, део заоставштине који би им припао да су надживели оставиоца наследиће деда и баба из друге лозе, односно њихово потомство по праву представљања.[37]

У Грчкој законски наследни део брачног друга у овом наследном реду износи као и у Немачкој, односно 1/2 заоставштине, тако да се преостала половина дели између деда и баба оставиоца на једнаке делове, с том разликом што у овој земљи и у ситуацији када брачни друг конкурише дедама и бабама оставиоца, одређени круг потомака деда и баба закључно са њиховим унуцима (стричеви, ујаци и тетке, као и браћа и сестре од стричева, ујака и тетака оставиоца) могу наследити по праву представљања. Наведено ограничење у примени принципа представљања се примењује и у ситуацији када не постоји конкуренција брачног друга бабама и дедама у очевој и мајчиној лози, дакле када наведени сродници наслеђују целу заоставштину, која се између њих дели на четири једнака дела.[38]

Правила ГКР о законским наследницима као припадницима појединих наследних редова одступају од правила осталих европских законодавстава у погледу овог питања. Наиме, видели смо да према овом праву у први законски наследни ред улазе поред брачног друга и сви сродници праве нисходне линије крвног сродства (деца и њихово потомство по праву представљања), као и сродници првог степена праве усходне линије крвног сродства, односно родитељи, а да се као наследници другог наследног реда јављају сродници другог степена, како праве линије (деде и бабе), тако и побочне линије крвног сродства (браћа и сестре и полубраћа и полусестре оставиоца), као и првостепено потомство браће и сестара, односно полубраће и полусестара. Стога, према руском наследном праву у наследнике трећег наследног реда улазе сродници даљег степена сродства, прецизније сродници трећег степена побочног сродства, односно оставиочеви стричеви, ујаци и тетке, као и полустричеви, полуујаци и полутетке, при чему у овај наследни ред улази и њихово првостепено потомство по праву представљања.[39]

[37] В. пар. 738-740 и пар. 757. ст. 1. АГЗ-а, као и чл. 1926. и чл. 1931. НГЗ-а
[38] В. чл. 1816. и чл. 1820. Грађанског законика Грчке
[39] В. чл. 1144. ГКР

Од законодавстава која представљају предмет разматрања, а према чијим наследним правима је предвиђена могућност позивања на наслеђивање и наследника четвртог наследног реда, Грчка представља једину земљу у којој се и у овом наследном реду заоставштина може делити између брачног друга и сродника оставиоца. Тако је према Грађанском законику Грчке предвиђено правило по коме брачном другу као наследнику четвртог наследног реда припада 1/2 заоставштине, док се друга половина (или пак цела заоставштина уколико им не конкурише брачни друг оставиоца) дели између прадеда и прабаба оставиоца на једнаке делове, при чему је примена принципа представљања искључена. Тек уколико не постоји ниједан сродник ни из четвртог наследног реда брачни друг може наследити целу заоставштину.[40]

Савремена европска права, према чијим законодавстима такође постоји могућност позивања на наслеђе и наследника четвртог наследног реда, а у појединим земљама и наследника даљих законских наследних редова, не предвиђају напред споменуто решење својствено за Грађански законик Грчке. У земљама, према чијим законима постоји могућност наслеђивања и у четвртом законском наследном реду правило је да у овај наследни ред улазе само сродници оставиоца, не и његов брачни друг. Ово с обзиром на напред споменута законска решења према којима надживели брачни друг оставиоца, уколико може и хоће да наследи, искључује из наслеђивања даље сроднике оставиоца, и то како смо видели, у одређеном броју права чијим законским решењима је предвиђена могућност наслеђивања и у четвртом, а евентуално и у даљим законским наследним редовима, већ као наследник другог наследног реда (ФГЗ, ЗОН Србије, ЗОН Републике Хрватске), а у појединим правима у којима такође постоји више од три законска наследна реда, као наследник трећег законског наследног реда (АГЗ, НГЗ). Законско правило према којем брачни друг као законски наследник може искључити могућност позивања на наслеђивање сродника као наследника даљих законских наследних редова постоји и према ГКР (којим је иначе такође предвиђена могућност законског наслеђивања у четвртом, па и у даљим наследним редовима), с обзиром да је овим правом предвиђено да као што било који потомак или родитељ, уколико остане као једини наследник првог законског наследног реда који може и хоће да наследи, исто тако, односно на исти начин и брачни друг може наследити целу заоставштину и то већ као наследник првог наследног реда.

Иначе, ширина круга сродника који могу конкурисати као законски наследници у четвртом наследном реду, а у појединим правима и у даљим

[40] В. чл. 1817. и чл. 1820-1821. Грађанског законика Грчке

законским наследним редовима се различито одређује. Но, ипак могло би се рећи да је тенденција европских права да се почев од овог законског наследног реда смањује ширина круга сродника који могу конкурисати на наслеђивање. У одређеном броју права правило је да у четврти законски наследни ред улазе даљи преци оставиоца, односно прадеде и прабабе оставиоца, којих има осам, а између којих се заоставштина дели на једнаке делове, уз правило према којем је у овом наследном реду искључена примена права представљања. Наведено значи да се потомци прадеда и прабаба не могу појавити ни као потенцијални законски наследници, те да у случају када неко од прадеда или прабаба није жив може доћи само до прираштаја његовом брачном другу, а када ниједан од брачних другова који чине пар предака из једне лозе није жив, њихов део заоставштине ће припасти другом пару предака из исте лозе, који тај део дели на једнаке делове. Оваква правила законског наслеђивања познаје АГЗ (према којем се закључно са наведеним сродницима завршава законско наслеђивање, односно круг потенцијалних законских наследника), ГКР, ЗОН Републике Хрватске, те ЗОН Србије.[41]

Према НГЗ-у, међутим, круг сродника који се јављају као потенцијални законски наследници четвртог наследног реда је шири. Према овом закону, као и према претходно наведеним законима, родоначелници четвртог наследног реда су такође прадеде и прабабе оставиоца, са том разликом што у Немачкој почев од овог наследног реда потомство прадеда и прабаба наслеђује, али по парентеларно-градуелном систему. Наиме, уколико није жив ниједан прадеда или прабаба, наслеђе добија њихов потомак који се налази у најближем степену сродства са оставиоцем, а уколико постоји више сродника који се налазе у истом степену сродства са оставиоцем наслеђе се између њих дели на једнаке делове.[42]

У Француској, како је већ наведено, у трећи законски наследни ред улазе преци оставиоца, док у четврти наследни ред улазе побочни сродници оставиоца (који нису сестре и браћа или њихови потомци, с обзиром да исти улазе у други законски наследни ред), између којих се заоставштина дели тако да половину заоставштине добијају побочни сродници у очевој лози, док друга половина припада побочним сродницима у мајчиној лози. Побочни сродник ближег степена сродства искључује сроднике даљег степена сродства, тако да у недостатку побочних сродника у једној лози цело наследство припада побочним сродницима друге лозе. На нас-

[41] В. пар. 741. АГЗ-а, чл. 1145. ГКР, чл. 17-18. ЗОН-а Републике Хрватске и чл. 19. ЗОН-а Србије

[42] В. пар. 1928. НГЗ-а

леђе се позивају побочни сродници закључно са шестим степеном побочног сродства. У Француској се закључно са овим законским наследним редом (као и у Аустрији) завршава законско наслеђивање.[43]

Широк круг сродника као потенцијалних законских наследника, односно могућност наслеђивања и у даљим законским наследним редовима, без ограничења њиховог броја, карактеристична је за право Немачке, Србије и Републике Хрватске. Наиме, према ЗОН-у Србије и ЗОН-у Републике Хрватске као законски наследници се могу позивати и наследници петог, шестог, као и даљих законских наследних редова, наравно под претпоставком непостојања наследника из ближег законског наследног реда, с тим да у ове наследне редове улазе само родоначелници, при чему су правила законског наслеђивања идентична правилима наслеђивања која у овим земљама важе и у четвртом законском наследном реду.[44] НГЗ, који попут ЗОН-а Србије и ЗОН-а Републике Хрватске не познаје ограничења у броју законских наследних редова, такође предвиђа правило да се као наследници, почев од четвртог наследног реда јављају родоначелници (дакле, наведено правило се односи и на пети, шести и даље наследне редове), између којих се заоставштина дели на једнаке делове, с тим да у овој земљи и потомство родоначелника конкретног наследног реда (четвртог, петог, шестог и евентуално даљих наследних редова) може наследити по парентеларно-градуелном систему, који систем се примењује, како је то наведено почев од четвртог законског наследног реда.[45]

И према руском праву такође постоји могућност наслеђивања и у даљим законским наследним редовима, уз формално ограничење броја законских наследних редова, али уз практичну могућност позивања изузетног широког круга лица на наслеђе (ово с обзиром на велики значај који у законском наслеђивању у овој земљи могу имати чињеница неспособности за рад, издржавања од стране оставиоца и заједнице живота са оставиоцем). Тако се као наследници петог законског наследног реда, који се позивају на наслеђе уколико нема наследника из четвртог наследног реда сматрају се деца рођених братанаца, братаница, сестрића и сестричина (нерођене унуке и унуци оставиоца), као и рођена браћа и сестре оставиочевих деда и баба (нерођене деде и бабе оставиоца), дакле сродници који се са оставиоцем налазе у четвртом степену побочног сродства. Уколико нема ни наследника из овог наследног реда, на наслеђе ће се позвати наследници шестог наследног реда, а у њега улазе: деца нерођених унука оставиоца (нерођени праунуци и праунуке), деца оставиочевих браће и

[43] В. чл. 740, чл. 745. и 749-750. ФГЗ-а

[44] В. чл. 19. ЗОН-а Републике Хрватске и чл. 20. ЗОН-а Србије

[45] В. пар. 1928-1929. НГЗ-а

сестара по стричевима, ујацима и теткама (нерођени братанци, братанице, сестрићи и сестричине), као и деца оставиочевих нерођених деда и баба (нерођени стричеви, ујаци и тетке оставиоца), односно сродници који се са оставиоцем налазе у петом степену крвног побочног сродства. Уколико нема ниједног од претходно споменутих наследника, на наслеђе се као наследници седмог законског наследног реда позивају и тазбински сродници, односно пасторци и пасторке, очух и маћеха оставиоца.[46]

3.Утицај чињенице неспособности за рад, издржавања од стране оставиоца, заједнице живота са оставиоцем и ванбрачне заједнице на законска наследна права у српском и европском праву

Несумњиво је да у данашње време чињеница брачне везе и крвног сродства представљају основне чињенице на којима савремена права заснивају систем законског наслеђивања. У претходном делу рада покушали смо да укажемо на њихов међусобни однос и конкретан утицај сваке од ове две чињенице на правила законског наслеђивања у појединим замљама Европе. Међутим, треба напоменути да осим наведених чињеница, појединa европска права, попут права Русије признају право на законски део одређеним лицима и по основу чињенице неспособности за рад, издржавања од стране оставиоца и заједнице живота са оставиоцем. Поред тога, одређен број земаља право на законски наследни део признаје и ванбрачном другу различитог пола, под претпоставком испуњења одређених услова, док у другим постоји могућност и остваривања права на законски наследни део партнера из хомосексуалне заједнице.

Наиме, према руском наследном праву постоји могућност да било ком наследнику, независно од наследног реда у који улази, па макар то био и једини преостали наследник из првог наследног реда, дакле макар се радило и о потомку, родитељу или пак брачном другу оставиоца - конкуришу у наслеђивању и остали сродници оставиоца, који улазе у даље законске наследне редове, или пак уопште не улазе у круг законских наследника, па чак и лица која уопште нису сродници оставиоца. Ово с обзиром на ниже наведена законска решења руског наследног права која га разликују од већине осталих европских права. Најпре, с обзиром на решење према којем било који од законских наследника предвиђених

[46] В. чл. 1145. ГКР

према ГКР, осим припадника првог законског наследног реда, без обзира што према правилима законског наслеђивања није позван у конкретном случају на наслеђе, може уколико је неспособан за рад у моменту отварања наслеђа наслеђивати истовремено и заједно са наследницима оног наследног реда који је позван на наслеђе, уколико је такво лице најмање годину дана пре смрти оставиоца издржавано од стране оставиоца, независно од тога да ли је између таквог лица и оставиоца постојала или није постојала заједница живота. Поред наведеног, ГКР предвиђа и решење према којем се као законски наследник може појавити и било које друго лице, које уопште не улази у круг законских наследника, уколико је такво лице у моменту отварања наслеђа било неспособно за рад и издржавано од стране оставиоца најмање годину дана пре његове смрти и уколико је постојала заједница живота између оставиоца и таквог лица. Ова лица наслеђују заједно и истовремено са законским наследницима оног наследног реда који би у конкретном случају био позван на наслеђивање.[47] Напред наведено говори најпре о положају брачног друга и сродника оставиоца као законских наследника који улазе у наследне редове који се раније позивају на наслеђивање, а којим наследницима дакле, на наслеђивање увек могу конкурисати и сродници који улазе у даље законске наследне редове (под претпоставком испуњења услова који се односе на радну способност и чињеницу издржавања од стране оставиоца), али и лица која уопште нису сродници оставиоца или су пак даљи сродници који нису обухваћени постојећим кругом законских наследника (под претпоставком испуњења услова који се односе на радну способност, чињеницу издржавања, те заједницу живота са оставиоцем). Осим тога, напред наведена законска решења доводе до још једног закључка, а то је да у руском наследном праву чињенице неспособности за рад и издржавања од стране оставиоца, те заједнице живота са оставиоцем представљају чињенице које имају самосталан утицај, односно значај на законски наследни ред, с обзиром да једно лице које је у моменту отварања наслеђа било неспособно за рад и издржавано од стране оставиоца и уколико је постојала заједница живота између оставиоца и таквог лица може постати законски наследник без обзира да ли је оно сродник са оставиоцем или не. Споменуто је да одређени, мањи број права, у која можемо убројати право Србије, право Републике Словеније и право БЈР Македоније такође придају одређени значај чињеници имовног стања и способности за привређивање, као и заједници живота са оставиоцем (а у праву Србије још и чињеници порекла добара која улазе у заоставштину), али са том разликом у односу на руско наследно право која се огледа у томе да је значај који је законодавствима

[47] В. 1148. ГКР

поменутих земаља признат наведеним чињеницама само допунски, тако да се наведене чињенице у овим правима јављају само као допунски елемент и иду уз чињеницу сродства, користећи за утврђивање величине наследних делова, чиме је на тај начин у овим правима унета у законски наследни ред споменута могућност одступања од редовних правила законског наслеђивања.

У погледу признавања наследно-правног значаја, и уопште правних дејстава другој споменутој чињеници - животним заједницама лицима истог пола, у многим европским земљама, како законодавства, тако и судска пракса, као и један знатан део јавног мнења дуго година нису били наклоњени оваквим заједницама и признавању права за исте.

Изузетак од тога представљала је Данска, као прва земља која је у знатној мери изједначила животне заједнице два лица истог пола Законом о регистрованом партнерству из 1989. године. Наведеним законом су хомосексуалним партнерима, између осталог, призната и узајамна наследна права, те исти наслеђују по правилима која су предвиђена за надживелог супруга.[48] Након ове земље, и у Норвешкој је Законом о регистрованом партнерству из 1993. године уређено питање признавања одређених правних дејстава животним заједницама два лица истог пола. Међутим, у овој земљи, за разлику од Данске, не постоји право на наслеђивање. До све чешћег приступања европских земаља законском регулисању наведеног питања долази након Резолуције Европског Парламента о једнаким правима за хомосексуалце у Европској заједници из 1994. године. Њом се од држава чланица захтева да предузму мере ради обезбеђења једнаког третмана свим грађанима Европске заједнице без обзира на њихову сексуалну оријентацију, при чему се наглашава да се непризнавање никаквих правних дејстава животним заједницама хомосексуалних парова сматра злоупотребом.[49] Шведска је ово питање регулисала Законом о регистрованом партнерству из 1994. године, којим је предвиђено да наведено партнерство има иста дејства као дејства брака, осим права фезана за формирање породице, при чему није предвиђено право на наслеђивање, које у овој земљи није признато ни лицима различитог пола која се налазе у ванбрачној заједници, чији је положај регулисан Законом о ванбрачним партнерима из 1987. године.[50]

---

[48] Опширније о правним дејствима хомосексуалних заједница у Данској видети: Олга Цвејић-Јанчић: *Да ли је брак превазиђен – Нови облици заједничког живота у савременим правима,* Правни живот, Београд, 2001., бр. 9., стр. 446-448.

[49] В. Олга Цвејић-Јанчић: *Јединствено породино право Европе – Сан или јава савремене Европе,* Правни живот, Београд, 2004., бр. 9., стр. 879-880.

[50] В. Гордана Ковачек-Станић: *Упоредно породично право*, Нови Сад, 2002., стр. 127. и 144.

Међутим, у Немачкој су Законом о окончању дискриминације заједница лица истог пола (Закон о регистрованим животним заједницама) од 16. фебруара 2001. године животне заједнице два лица истог пола скоро у потпуности изједначене са браком. Овај закон предвиђа и међусобна наследна права партнера који се налазе у хомосексуалној заједници. Уколико наслеђује са сродницима првог наследног реда, надживели партнер добија 1/4 заоставштине, а ако наслеђује са наследницима другог наследног реда или заједно са дедама и бабама, припада му 1/2 заоставштине. Уколико у конкретном случају не постоје ни сроднци првог, ни сроднци другог наследног реда, као ни деде и бабе оставиоца, надживелом партнеру ће припасти цела заоставштина.[51] У Аустрији, међутим не постоје узајамна интестатска наследна права између лица која живе у ванбрачној заједници. У Швајцарској се поводом питања доношења закона којим би дошло до изједначења заједнице хомосексуалних партнера са браком већ годинама воде дискусије. Заједница хомосексуалаца је још 1995. године поднела Савезном парламенту петицију под називом „Иста права за парове истог пола" којом се тражи побољшање положаја хомосексуалних партнера у области административног права, као и у области приватног права, а пре свега по питању узајамног наслеђивања. Поводом притисака хомосексуалних партнера за изједначавање њихових заједница са браком било је донето неколико законских предлога, међутим до доношења закона због неслагања око питања која права и у којој мери треба да буду легализована није дошло.[52]

У Француској је Законом из 1999. године унето ново поглавље у ФГЗ под називом Грађански споразум о солидарности и конкубинату – PACS. Прва глава наведеног поглавља односи се на споразум о солидарности, док друга глава садржи дефинисање конкубината као фактичке заједнице живота два лица истог или различитог пола који живе као пар, и чију заједницу карактерише стабилност и трајност, чиме је дошло до изражаја обухватање законом како класичних ванбрачних хетеросексуалних заједница, тако и заједница живота лица истог пола. Међутим, наведени споразум у Француској има ограничено дејство и не подразумева узајамна наследна права ових лица.[53]

Према наследном праву Републике Хрватске, као законски наследник може се појавити и ванбрачни друг који је у законским наследним

[51] В. Олга Цвејић-Јанчић: Да ли је брак превазиђен – Нови облици заједничког живота у савременим правима, Правни живот, Београд, 2001., бр. 9., стр. 455.

[52] В. Олга Цвејић-Јанчић: *op. cit.*, стр. 444.

[53] Више о плурализму ванбрачног партнерства у француском праву видети: Олга Цвејић-Јанчић: *op. cit.*, стр. 448-452.

правима изједначен са брачним другом, под претпоставком да ни оставилац, а ни његов ванбрачни друг нису били у браку, односно да је ванбрачна заједница постојала између неожењеног мушкарца и неудате жене и да је трајала дуже време, под условом да су биле испуњене претпоставке неопходне за ваљаност брака.[54] Под претпоставкама за ваљаност брака, а које су неопходан услов и за признавање наследно-правних дејстава ванбрачној заједници у смислу чл. 26-29. Обитељског закона Републике Хрватске из 2003. године подразумева се старосна доб брачних другова, односно напуњених 18 година ових лица, пословна способност и способност за расуђивање брачних другова, као и непостојање крвног сродства између брачних другова, у правој линији неограничено и закључно са четвртим степеном побочног сродства. Осим тога, у Хрватској је 2003. године донет и закон о истополним заједницама којим се признају одређена права и хомосексуалним партнерима.[55] Међутим, док су у ЗОН-у Републике Хрватске под одређеним условима призната узајамна наследна права лицима различитог пола из ванбрачне заједнице, таква права за хомосексуалне партнере нису предвиђена. Наиме, Закон о истополним заједницама у погледу правних дејстава заједнице живота два лица истог пола предвиђа обавезу међусобног издржавања, имовинска права и узајамну помоћ, док им није признато право на старање о деци, на усвајање деце, нити право на узајамно наслеђивање.[56]

Поред претходно наведених законодавстава и ЗОН Републике Словеније предвиђа да самостални основ законског позивања на наслеђе представља и трајна заједница живота мушкарца и жене, односно таква животна заједница која је трајала дуже времена, под условом да нема разлога због којих би њихов брак, да су га закључили, био неважећи (да у односу на таква лица не постоје брачне сметње или забране које би њихов брак чиниле неважећим).[57] На тај начин, према наследном праву Републике Словеније ванбрачна заједница је изједначена у погледу узајамних наследних права лица која живе у таквој заједници са брачном заједницом.

Мишљења смо да и претходно споменуто законско решење ГКР, у којем се наводи да се као законски наследник у овом праву може појавити и било које друго лице, које уопште не улази у круг законских наследника, уколико је такво лице у моменту отварања наслеђа било неспособно за рад и издржавано од стране оставиоца најмање годину дана пре његове смрти,

[54] В. чл. 8. ст. 2. ЗОН-а Републике Хрватске

[55] „Народне новине", бр. 116/2003.

[56] В. Олга Цвејић-Јанчић: *Јединствено породично право Европе – Сан или јава савремене Европе?* Правни живот, Београд, 2004., бр. 9., стр. 882.

[57] В. чл. 10. ст. 2. ЗОН-а Републике Словеније

те уколико је постојала заједница живота између оставиоца и таквог лица – упућује на закључак да се под претпоставком испуњења наведених услова и ванбрачни друг може појавити као законски наследник.

У нашој земљи брак се и даље сматра централном породичном установом[58] и природним оквиром рађања и подизања деце, те се питање признавања других облика заједничког живота и права која из њих произилазе, па и евентуалних законских наследних права код нас још увек не поставља као актуелно, с обзиром да није добило такав значај као у појединим од претходно споменутих земаља.

4.Закључна разматрања

Савремена европска права, прописујући правне норме којима уређују законско наслеђивање заузимају различите ставове према појединим чињеницама, дајући им одговарајући, већи или мањи значај у формулисању законског наследног реда. У данашње време може се закључити, с обзиром на њихово општеусвојено коришћење да сродство (углавном крвно и адоптивно, ређе тазбинско) и брачна веза представљају одлучујуће чињенице на којима су у савременом српском и европском праву засновани законски наследни редови, с тим што се данас у појединим правним порецима користе и неке друге чињенице попут чињенице издржавања и неспособности за рад, те заједнице живота са оставиоцем, као и чињеница ванбрачне заједнице.

У погледу наведених чињеница, с обзиром да се крвна веза изражена у сродству одувек сматрала обликом најтешњег личног односа са оставиоцем, то је и заснивање законског наследног реда на овој чињеници, посматрано кроз историју одувек имало примаран значај. С друге стране, чињеница брачне везе није одувек имала онакав значај какав данас има у савременим европским правима. Наследно-правни положај брачног друга кретао се од непризнавања никаквих наследних права брачном другу (што се посебно негативно одражавало на положај жене као надживелог брачног друга, с обзиром на тежњу остајања имовине у рукама једне породице),[59] преко

[58] В. Олга Цвејић-Јанчић: *Породично право I – Брачно право,* Нови Сад, 2001., стр. 67.

[59] „ У томе се огледа посебан (разуме се погоршан) положај жене који је она имала, а и данас врло често има у праву, услед чега јој се није признавало било какво наследно право, пошто је постојала тежња да имовина остане у рукама једне породице, а жена се по правилу сматрала страном. С друге пак стране, муж није полагао нарочито право на наслеђе заоставштине своје жене, јер је њена имовина била по правилу незнатна...На тај начин, одстрањујући преживелог брачног друга из реда законских ансследника, право је лишавало мужа једне у самој ствари непостојеће користи, лишавало га је једне фиктивне могућности,

признавања права на удовички ужитак, као првог облика законског наследног права заснованог на чињеници брачне везе, па до наслеђивања у својину између брачних другова, тако да је у данашње време наследно право између брачних другова квалитативно изједначено и у конкуренцији са најближим сродницима оставиоца, с обзиром да и једна и друга чињеница доводе до наслеђивања у својину.

Међутим, ма како било неспорно да су чињеница сродства (крвног и адоптивног) и брачне везе најважније чињенице на којима савремена европска права заснивају своје законске наследне редове – разлике између ових права постоје, како у погледу примене сваке од њих појединачно, тако и у погледу њиховог међусобног односа унутар сваког појединог правног поретка.

Тако, у погледу врсте сродства као чињенице која утиче на конструисање правила законског наслеђивања, може се закључити да сва савремена европска права свој систем законског наслеђивања базирају на крвном, односно адоптивном сродству. Само у појединим правима, чији је број мали (ГКР и ЗОН БЈР Македоније) тазбинско сродство као врста сродства има одређени значај у законском наслеђивању.

Питање обима крвног сродства као општеусвојене чињенице на којима је у свим европским правима засновано законско наслеђивање није у свим законодавствима решено на исти начин. У највећем броју споменутих права прихваћен је систем ограниченог сродства, односно схватање о ограничености обима, односно даљине сродства у законском наследном реду, што значи да се у већини земаља као законски наследници могу појавити само неки сродници оставиоца. Једино се за немачко право, према којем, како смо то видели и веома далек сродник може бити законски наследник, може рећи да усваја систем неограниченог сродства. Од земаља које усвајају ограничен обим сродства може се рећи да право Швајцарске, Републике Словеније, БЈР Македоније предвиђају најужи круг сродника као законских наследника. Право Грчке такође предвиђа ужи круг сродника као законских наследника, узимајући у обзир пре свега круг побочих сродника који у овој земљи могу конкурисати на наслеђивање. Шири круг сродника од споменутих земаља предвиђен је законодавством Аустрије, као и према ГКР, а најшири круг сродника предвиђен је у наследном праву Србије, Хрватске и Француске.

Уколико се посматрају поједине категорије сродника може се закључити да сва права, без постављања било каквих ограничења сврставају потомке у круг сродника који могу бити законски наследници. Но, када је реч о прецима разлике између европских права постоје. Те разлике не постоје једино када је реч о родитељима оставиоца (с обзиром да роди-

---

док је оно с друге стране, сачувавши принцип реципроцитета, лишавало жену као преживелог брачног друга једне стварне користи..." В. Борислав Благојевић: *op. cit.*, стр. 67.

тељи у свим споменутим законодавствима улазе у круг законских наследника). По питању обухватања даљих предака кругом законских наследника, у одређеним правима усвојено је правило по коме су законски наследници само преци до одређеног степена сродства (Швајцарска, Аустрија, Грчка, Русија, БЈР Македонија, Република Словенија), док је у другим правима усвојено схватање о непостојању ограничења у погледу степена сродства предака као потенцијалних законских наследника (Француска, Немачка, Србија, Хрватска). У погледу побочних сродника правило је да у европским правима сви потомци родитеља (осим у Грчкој и Русији) могу бити законски наследници, а исто то се може закључити и за потомке деда и баба (изузетак су Грчка и Русија). Једино у Немачкој и Русији и поједини потомци прадеда и прабаба могу бити законски наследници, док у Француској постоји законско ограничење према којем на основу закона могу наследити побочни сродници закључно са шестим степеном побочног сродства.

Заједничку карактеристику европских права представља и чињеница да сви сродници који уопште долазе у обзир да буду законски наследници, не конкуришу на наслеђивање истовремено и заједно. Дакле, постоји подела сродника у групе са правом првенства у наслеђивању, односно са редоследом у њиховим међусобним односима. Заправо, према принципу искључивости сродници даље групе не могу бити позвани на наслеђивање, све док постоји макар један сродник из групе која се раније позива на наслеђивање који може и хоће да наследи.

Када је реч о брачном другу као законском наследнику у српском и европском праву, може се рећи да његов наследно-правни положај може бити двојак у смислу да брачни друг или конкурише са појединим сродницима на наслеђивање, или пак да брачни друг искључује из наслеђивања одређене сроднике који би, да им у конкретном случају брачни друг не конкурише на наслеђивање могли бити наследници. Тако, у већем броју европских права постоји правило да уколико се као сродници појављују наследници првог и другог законског наследног реда (или пак, у појединим земљама само поједини сродници из другог наследног реда) брачни друг наслеђује заједно са њима, при чему величина наследног дела брачног друга зависи од врсте сродника са којима он конкурише на наслеђивање. У погледу овог питања права Републике Хрватске, Републике Словеније, БЈР Македоније, као и Србије у оквиру првог законског наследног реда дају потпуно једнак положај брачном другу оставиоца и његовом првостепеном потомству, с обзиром да се заоставштина између наведених лица дели на једнаке делове. У ову групу може се сврстати и право Русије, у којем су наследници првог наследног реда потомци, брачни друг и родитељи, при чему се између првостепених потомака, брачног друга и родитеља заоставштина дели на једнаке делове. У другу групу законодавстава би

улазила она која унапред одређују наследни део брачног друга постављајући га на фиксни начин. Тако, у Немачкој и Грчкој, брачни друг када конкурише потомству оставиоца има право на 1/4 заоставштине, у Аустрији брачни друг има право на 1/3 заоставштине, док у Швајцарској брачни друг у оквиру првог наследног реда има право на 1/2 заоставштине на име наследног дела. Од свих законодавстава која су представљала предмет разматрања једино према позитивном праву Француске постоји могућност да брачни друг као наследник првог наследног реда не наследи у својину, већ да добије плодоуживање, али само у случају када конкурише на наслеђе деци оставиоца, односно потомству оставиочевом, а чије потомство је истовремено и његово потомство, и то само уколико брачни друг искористи право избора које има по основу самог закона: или да изабере наслеђивање у својину 1/4 заоставштине или пак да изабере плодоуживање, у ком случају ће му на основу закона припасти наведено право на целој заоставштини. У погледу међусобног односа наследно-правног положаја брачног друга и потомака као наследника првог наследног реда могло би се закључити да је тенденција готово свих европских права стављање потомака и брачног друга у сличан, привилегован положај, те да су генерално посматрано, скоро сва европска права заснована ако не на истим, а оно барем на сличним основама, а да се разлика између појединих права своди само на различито посматрање једнакости између потомака и брачног друга.

Међутим, анализом наследно-правног положаја наследника другог законског наследног реда у нашем праву и правима других земаља, може се уочити да брачни друг као законски наследник другог законског наследног реда у већини земаља има бољи положај од сродника као осталих законских наследника другог наследног реда. У прилог тога говори најпре величина његовог наследног дела у појединим правима. Правило је да у Немачкој, Грчкој, Републици Словенији, БЈР Македонији и Србији законски део брачног друга у овом наследном реду износи 1/2 заоставштине, док преосталу 1/2 заоставштине деле оставиочеви родитељи, односно њихови потомци (или само неки потомци у Грчкој) по праву представљања. И у Француској и Републици Хрватској наследни део брачног друга у другом наследном реду 1/2 заоставштине, док се друга половина дели између оставиочевих родитеља. Према праву Аустрије наследни део брачног друга у овом наследном реду износи 2/3 заоставштине, па се преостала заоставштина дели између оставиочевих родитеља, односно њихових потомака по праву представљања, док у Швајцарској наследни део брачног друга у овом наследном реду износи 3/4 заоставштине, а 1/4 деле родитељи, односно њихово потомство по праву представљања. Осим тога, у праву Швајцарске, Републике Словеније, БЈР Македоније, као и Србије

постоји законско правило према којем брачни друг, уколико остане као једини наследник другог наследног реда који може и хоће да наследи, искључује могућност да се на наслеђивање позову сродници који улазе у даље наследне редове, односно наслеђује целу заоставштину, док у Француској и Републици Хрватској брачни друг може искључити могућност позивања на наслеђивање и потомака родитеља. Према праву Русије, брачни друг уколико остане као једини наследник првог наследног реда (притом, ипак не треба занемарити чињеницу да према овом праву и родитељи оставиоца улазе у први наследни ред) може искључити могућност позивања на наслеђе наследника другог наследног реда. Из напред наведеног произилази да у наведеним правима брачни друг има такав положај према којем он искључује из наслеђивања одређене сроднике (другог, трећег, или евентуално и даљих законских наследних редова у појединим од ових земаља) који би иначе могли бити наследници да не постоји конкуренција брачног друга. Једино у Грчкој, Аустрији и Немачкој је и у оквиру трећег законског наследног реда могуће истовремено конкурисање брачног друга и сродника. Притом, у прилог повољног наследно-правног положаја брачног друга и у Аустрији и Немачкој говори најпре величина његовог наследног дела у наведеном наследном реду (1/2 у Немачкој, 2/3 у Аустрији), а још више правило да у овим земљама брачном другу у трећем наследном реду могу конкурисати само родоначелници, с обзиром да према овим правима брачни друг наслеђује целу заоставштину уколико нема законских наследника ни првог, ни другог наследног реда (колена), нити родоначелника трећег реда (колена), односно деда и баба оставиоца. У Грчкој, пак, брачном другу који у овом наследном реду наслеђује 1/2 заоставштине, могу конкурисати такође родоначелници, али и њихово потомство по праву представљања које се међутим не примењује неограничено, већ закључно са унуцима родоначелника овог наследног реда.

На основу свега, може се закључити да брачни друг у великом броју земаља Европе (као што су Швајцарска, Република Словенија, БЈР Македонија, Србија) може искључити из могућности наслеђивања велики број сродника оставиоца као потенцијалних законских наследника: деде и бабе, а у Србији и даље директне претке оставиоца, а од побочних сродника стричеве, ујаке, тетке, као и евентуално њихово даље потомство. У Француској, Републици Хрватској и Русији брачни друг може поред предака (осим родитеља) искључити из могућности да наследе чак и све побочне сроднике оставиоца. У Аустрији брачни друг може искључити из потенцијалне могућности наслеђивања потомство деда и баба, као и прадеде и прабабе оставиоца, док у Немачкој поред потомства деда и баба, још и све даље директне претке, као и њихове поједине потомке. Једино у Грчкој не постоји могућност да брачни друг искључи из могућности позивања на

наслеђе сроднике као потенцијалне законске наследнике, с обзиром да према овом праву брачном другу и у последњем законском наследном реду предвиђеним овим законодавством могу конкурисати сродници оставиоца, тако да према овом праву тек уколико не постоји ниједан сродник из круга потенцијалних законских наследника брачни друг може наследити целу заоставштину.

Поред сродства и брачне везе у појединим правима и неке друге чињенице имају утицаја на законски наследни ред. Такав случај постоји само према наследном праву Русије, где чињеница неспособности за рад и издржавања од стране оставиоца, те заједнице живота са оставиоцем има самосталан утицај, односно значај на законски наследни ред, с обзиром да једно лице које је у моменту отварања наслеђа било неспособно за рад и издржавано од стране оставиоца и уколико је постојала заједница живота између оставиоца и таквог лица може постати законски наследник без обзира да ли је оно сродник са оставиоцем или не. Нека друга права, попут права Србије, права Републике Словеније и права БЈР Македоније такође придају одређени значај чињеници имовног стања и способности за привређивање, као и заједници живота са оставиоцем (у праву Србије и чињеници порекла добара која улазе у заоставштину), али је значај који је наведеним чињеницама признат овим законодавствима само допунски, тако да се наведене чињенице јављају само као допунски елемент и иду уз чињеницу сродства, користећи за утврђивање величине наследних делова брачног друга или појединих сродника као законских наследника.

И напослетку, може се закључити да и чињеница ванбрачне заједнице представља елемент, односно чињеницу којој у данашње време поједина законодавства Европе придају значај у конструисању законског наследног реда. У Републици Хрватској и Републици Словенији под претпоставком испуњења одређених услова постоје узајамна наследна права између ванбрачних другова различитог пола, док се примера ради у Данској и Немачкој на основу закона могу наслеђивати и ванбрачни партнери истог пола. С обзиром на чињеницу да тенденције ка признавању законских наследних права партнерима из ванбрачних заједница постоје и у другим земљама, те да је у многим европским земљама дошло до признавања одређених других правних дејстава оваквим заједницама, може се очекивати да ће и чињеница ванбрачне заједнице лица истог, или различитог пола у скорије време, у још већем броју европских законодавстава представљати чињеницу која ће имати битног утицаја на законско наслеђивање.

Jelena Vidić, LL.M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Succession on Intestacy in Serbian and European Law

Abstract

This paper concerns succession on intestacy in domestic law, as well as in the legal systems of other European countries (Austria, Germany, Switzerland, France, Greece, Russia, Croatia, Slovenia, FYR Macedonia) pointing out the importance of succession based on intestacy. Namely, even the testament and contract on succession (in legal systems where this kind of contract exist) have more legal power comparing with intestacy succession, the latest mentioned is mostly the case in the countries of the European-continental legal systems.

Taking into account that the main issue for legislative authorities in regulation of this kind of succession is to determinate successors, this paper has tried to find the facts in European countries' laws that determinate persons entitled to property without testator's will. Analyzing each mentioned country, conclusion is that the common facts are blood or adoptive relationships and marriage. Very rarely the reason of succession could be in-law relationship. Apart from mentioned above, some of European laws value also work disability, life of unmarried couples whether heterosexual or homosexual.

For those reasons, paper particularly emphasized blood relationship and marriage, as the most common reason for intestacy in each modern European country. In this respect, it is necessary to mention that those facts, even adopted in all countries analysed in the paper, do not have the same influence on succession and do not have the same internal relationship in each law. There are differences regarding the circle of the relatives that could be included in succession, priority among the relatives, parts of property that they entitled to, etc. Besides, the position of the spouse in succession differs from country to country, depending on relatives with whom spouse could be entitled or that spouse could exclude from heritage, as well as on his/her part in succession.

In the end, taking into account the position of spouse and blood relatives in succession, paper concludes that tendency in modern legal systems of Europe is equalizing or, in the other words, putting in similar, privileged position. Besides, also clear is the tendency of giving the more power in legal sense to spouse, as successor, in relation to other relatives. These are found out, more or less emphasized, in each country observed in this paper.

347.951.2

Др Марија Салма,ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПРЕСУДА ЗБОГ ПРОПУШТАЊА

Сажетак: *У општем парничном поступку уведена је нова врста пресуде којом се санкционише тужени који у законом предвиђеном року не одговори на тужбу.То је пресуда због пропуштања. Њеним уводјењем би требало да се убрза решавање спорова.У раду се разматрају услови за доношење ове пресуде, иницијативе за њено доношење,правила везана за одговор на тужбу,врсте тужби поводом којих се може донети ова пресуда, начин побијања пресуде због пропуштања.Анализирају се и одредбе ЗПП-а које се односе на спорове мале вредности где је задржана пресуда због изостанка.*

Кључне речи*:пресуда због пропуштања, пресуда због изостанка,одговор на тужбу, побијање пресуде због пропуштања.*

Постизању веће ефикасности парничне процедуре би требало да допринесу извршене промене ЗПП-а које кроз низ одредби конкретизују прокламовано начело о праву на суђењу у разумном року.

Један од начина повећања прокламоване ефикасности представља и могућност мериторног одлучивања о основаности захтева у фази припремног поступка.То се може постићи и новоуведеном пресудом због пропуштања.[1] Њу суд доноси ако тужени не поднесе одговор на тужбу у одређеном року.Том пресудом суд усваја тужбени захтев али само ако су испуњени одређени, законом прдвиђени, услови.

[1] В. чл. 338. Закона о парничном поступку (ЗПП-а) Службени гласник РС, бр.125. од 22. новембра 2004. год.

Увођењем пресуде због пропуштања из општег парничног поступка изостављена је пресуда због изостанка.Задржана је само у посебном поступку у парницама о споровима мале вредности.

Због чињенице да се обе пресуде могу донети у парничној процедури извршићемо нека поређења ових пресуда уз указивање на упоредна решења.

Може се поставити питање да ли промена имена пресуде значи само изналажење адекватнијег назива којом се санкционише тврдоглавост тужене странке?

Пресуду због изостанка је суд могао донети само ако тужени није дошао на припремно рочиште до његовог закључења или на прво рочиште за главну расправу, ако припремно није одржано.Ова пресуда се називала контумационом, јер је обухватала и ситуацију када је тужени био присутан на рочишту, али без жеље за упуштањем у расправљање.Суд ју је могао донети и у случајевима када је тужени био удаљен са рочишта а пре тога није оспорио тужбени захтев. Пресудом због изостанка суд је усвајао тужбени захтев.Да би се могла донети ова пресуда требало је да буду кумулативно испуњени сви законом таксативно наведени услови.[2]

Поставља се питање у чему је суштинска разлика између ових пресуда?

Пре него што покушамо да дамо одговор на ово питање упознаћемо се ближе са условима за доношење ових пресуда.

Услови за доношење пресуде због пропуштања

Пресуду због пропуштања суд доноси када тужени *не одговори на тужбу* у року који му је суд одредио под условом:

1) Да је туженом уредно достављена тужба са поуком о последицама пропуштања,
2) Да чињенице на којима се заснива тужбени захтев нису у супротности са доказима, које је сам тужилац поднео или са чињеницама које су општепознате,
3) Да основаност тужбеног захтева произилази из чињеница наведених у тужби,
4) Да не постоје општепознате околности из којих произилази да су туженог спречили оправдани разлози да одговори на тужбу,

[2] В. чл.332. Закона о парничном поступку из 1977. год.Објављен у СЛ. СФРЈ 4/77 од 14. јан. 1977. год.

Уредно достављање тужбе туженом

Суд је у обавези да туженом уредно достави тужбу на одговор. Доказ о уредном достављању пружа доставница коју би требало да потпишу прималац и достављач.

Поред потврде о пријему, на доставници ће се назначити да је претходило писмено обавештење.

Пошто тужба мора бити лично достављена странци, њеном законском или вољном заступнику, суд би морао да се придржава свих правила о личном достављању да би се сматрало да је достављање уредно извршено.[3]

Обавеза је суда да туженог поучи о последицама које следе ако не одговори на тужбу.

Саставни део уредног достављања је и одређивање рока у коме би тужени требало да одговори на тужбу.

Уз тужбу, суд би требало да достави и све прилоге.

Доношење пресуде због пропуштања се може одложити и када нема доказа да је туженом уредно достављена тужба, а несумњиво је да му је упућена. Тада суд одређује рок у коме би требало да провери уредност достављања. Ако након извршене провере закључи да се радило о уредно извршеном достављању донеће пресуду због пропуштања.

Чињенице на којима се заснива тужбени захтев не смеју бити у протиречности са доказима које је сам тужилац поднео или са чињеницама које су општепознате

Тужилац је у обавези да у тужби изнесе све чињенице на којима заснива свој захтев и да предложи доказе, којима се утврђују те чињенице.То је смисао расправног начела које једнако важи за обе странке.[4]

Говорећи о пресуди због пропуштања законодавац међутим, спомиње само оне доказе које је тужилац *поднео* уз тужбу.[5] Дакле, не говори о *предложеним* већ о поднетим доказима.Такви докази се већ морају наћи пред судом подношењем тужбе.То би могле бити исправе или записник о обезбеђењу доказа.

[3] В. чл. 136. ЗПП-а Србије
[4] В. чл.7. ЗПП-а Србије
[5] В. чл. 338. ст. 1. тачка 2. ЗПП-а Србије

Суд не може донети пресуду због пропуштања уколико су чињенице на којима тужилац заснива свој захтев у супротности са општепознатим чињеницама.Сматра се да су општепознате и оне чињенице за које је суд сазнао у вршењу судске функције, уколико их је суд саопштио на расправи странкама[6].

Дејство ноторних чињеница је у томе да се те чињенице не доказују.

Да основаност захтева произилази из чињеница наведених у тужби

Пресуди због пропуштања има места само ако основаност тужбеног захтева произилази из чињеница које су наведене у тужби.Овде се ради о материјално правној претпоставци.Наиме, захтев по материјалном праву мора да произилази из чињеница које су наведене у тужби.

Ако из чињеница наведених у тужби не произилази основаност тужбеног захтева, суд ће заказати припремно рочиште. На том рочишту тужилац може да преиначи захтев. Ако тужба на рочишту не буде преиначена, суд ће донети пресуду којом ће одбити захтев.[7]

У спору за накнаду штете су испуњени услови за доношење пресуде због пропуштања само ако из чињеница наведених у тужби произилази да је тужбени захтев основан како у погледу основа тако и у погледу висине захтева.[8]

Одсуство општепознатих околности из којих произилази да су туженог спречили оправдани разлози да одговори на тужбу

Пресуди због пропуштања има места само ако је тужени својом вољом пропустио да одговори на тужбу. Ако општепознате чињенице указују на то да тужени из оправданих разлога није дошао на рочиште, нема места доношењу ове пресуде.

Постојање тих околности суд утврђује по службеној дужности.

---

[6] В. чл. 222. ст. 3. ЗПП-а Србије

[7] В. чл. 338. ст. 3. ЗПП-а Србије

[8] Утом смислу и пресуда Савезног суда у Београду, Гж. 7/84.од 25. 10. 1984. год.

Забрана доношења пресуде због пропуштања упркос постојању наведених услова

Ако је располагање странака у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала(чл.3. ст.3.) суд неће донети ову пресуду иако су испуњени претходно наведени услови.Суд може да одложи доношење пресуде због пропуштања ако је потребно да прибави информације о недопуштеним располагањима странака.[9]

Овој пресуди нема места ни у споровима у којима странке не могу диспонирати тужбеним захтевом.Такви су брачни спорови, патернитетски и матернитетски спорови.

Овој пресуди нема места и ако нису испуњене опште процесне претпоставке о којима суд води рачуна по службеној дужности.

Пресуду због пропуштања суд може донети и *без изјашњења странака* ако је потребно проверити да ли се ради о прекорачењу диспозитивног расправљања, и да ли је достављање било уредно.[10]

Иницијатива за доношење пресуде због пропуштања

Поставља се питање да ли ову врсту пресуде суд доноси по службеној дужности или на предлог тужиоца? Међу таксативно наведеним условима за доношење ове пресуде није наведен предлог тужиоца. Међутим, из одредбе која се односи на недопуштеност жалбе тужиоца поводом решења о одбијању предлога за доношење ове пресуде извлачи се закључак да иницијатива за доношење пресуде може да потекне и од тужиоца[11] С обзиром на формулацију законског текста, чини се,да иницијатор за доношење пресуде због пропуштања може бити и суд.

Према решењима неких процесних закона која се односе на овај институт изричито се тражи да тужилац у тужби предложи доношење пресуде због пропуштања.Она се не може донети ex officio. Тужилац мора поставити предлог већ у тужби[12].

---

[9] В. чл. 338. ст. 2. ЗПП-а Србије

[10] В. чл. 338. ст. 7. ЗПП-а Србије

[11] В. чл. 338. ст. 6

[12] В. чл.1 82. ст. 1. ЗПП-а Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, бр. 58/2003. год.

Могућност доношења пресуде због пропуштања у случају када се тужба достави туженом уз позив за рочиште

Суд може изузетно,ако то захтевају посебне околности појединог случаја, а посебно ако је то потребно ради одлучивања о предлогу за одређивање привремених мера, одмах заказати рочиште и наредити да се примерак тужбе достави туженом[13]. Поставља се питање како ће суд одлучити ако тужени не дође на припремно рочиште, или на прво рочиште за главну расправу ако припремно није одржано а не оспори захтев? У нашем закону није предвиђено решење за овакву ситуацију. Постоје процесни закони који предвиђају паралелно постојање обеју врста пресуда.[14] Пресуда због изостанка се доноси управо у случајевима када се тужба не достави на одговор већ се само приложи уз позив за рочиште.Суд тада на предлог тужиоца или по службеној дужности може донети пресуду због изостанка. За њено доношење је потребно је да се испуне одређени услови:да је тужени уредно позван,да није поднеском оспорио тужбени захтев, да основаност захтева произилази из чињеница наведених у тужби,да чињенице на којима темељи захтев нису у супротности са доказима које је поднео сам тужилац или са чињеницама које су општепознате, да не постоје општепознате околности из којих произилази да су туженика спречили оправдани разлози да дође на рочиште.Ако суд одбије предлог тужиоца да се донесе пресуда због изостанка жалба није допуштена.

Одговор на тужбу

Пресуда због пропуштања је последица коју трпи тужени који није одговорио на тужбу. Да би до те последице дошло потребно је да најпре суд тужбу са прилозима достави туженом на одговор. Суд би то требало да учини у року од 30 дана од дана пријема тужбе.Тужени је пак дужан у истом року (од 30 дана) од пријема тужбе са прилозима,да поднесе суду одговор[15]. У неким процесним законима суду је дато овлашћење да он од-

[13] В. чл. 283. ЗПП-а Србије

[14] В. чл.332. ставак 1 Закона о изменама и допунама .ЗПП-а Хрватске, Народне новине бр. 117. од 23. 7. 2003. год.

[15] В. чл. 281. и 282. ЗПП-а Србије.Исти рок је предвиђен и у Закону о праведном поступку, Ур. лист 96/2002.

реди рок за одговор на тужбу придржавајући се при томе законом предвиђених оквира. Закон наиме, одређује доњу и горњу временску границу трајања рока за одговор на тужбу.[16]

У складу са начелом поучавања неуке странке је и дужност суда да туженог поучи о садржини одговора, и последицама пропуштања да одговори на тужбу у року. Тужени је дужан у одговору на тужбу да истакне процесне приговоре. Он такође треба да се изјасни да ли признаје или оспорава тужбени захтев. Ако тужени оспорава ужбени захтев, мора навести чињенице на којима заснива своје наводе и доказе којима се утврђују те чињенице.[17] Ако одговор на тужбу има недостатке због којих се не може по њему поступити, сматраће се да тужени није доставио одговор[18]. У таквом случају, суд би морао донети пресуду због пропуштања.

Врсте тужби поводом којих се може донети пресуда због пропуштања

Достављање тужбе туженом ради давања одговора претставља потврду начела обостраног саслушања странака.Своју дужност суд испуњава у законом предвиђеном року.Врста тужбеног захтева је без утицаја на ову обавезу суда. Због тога се и пресуда због пропуштања туженог да одговори на тужбу може донети по правилу, поводом *свих врста* тужбених захтева.

Ако тужени до закључења главне расправе поднесе *противтужбу* суд би требало на исти начин да поступи као и поводом захтева из тужбе.Требало би противтужбу да достави првобитном тужиоцу који постаје истовремено и тужена страна.Првобитни тужилац не би смео да пропусти да одговори на тужбу јер би тиме са једне стране, ризиковао да суд донесе пресуду због пропуштања, којом заправо усваја захтев из тужбе,а са друге стране, та одлука суда би директно утицала на утврђивање основаности његовог (првобитног тужиоца) тужбеног захтева.

Ако тужилац у току поступка, преиначи тужбени захтев, питање је, да ли има места доношењу пресуде због пропуштања услед неактивности туженог? Одговор би био одричан. Најпре, због чињенице да преиначење, као вид диспозитивног располагања захтевом може да се предузме до закључења главне расправе, а суд је дужан да у одређеном року по прије-

[16]. Према решењу ЗПП-а Хрватске, суд одређује рок за одговор на тужбу који не може бити краћи од 15. дана ни дужи од 30. В. чл 146. Закона о изменама и допунама ЗПП-а

[17] В. чл. 284. ЗПП-а Србије

[18] В. чл. 281-285. ЗПП-а Србије

му *тужбе* исту достави туженом на одговор. Он то чини у склопу припремања главне расправе. Затим, после достављања тужбе туженом за њено преиначење потребан пристанак туженог. Он се може противити преиначењу. Но, када би суд и поред противљења туженог дозволио преиначење (али само ако се не продужава трајање поступка) био би дужан да остави туженом време да се припреми за расправљање по преиначеној тужби, чак и у случају да је тужени био присутан на рочишту.Ако тужени није био присутан суд би требало да одложити рочиште и препис записника са рочишта доставити туженом.Суд у оваквим ситуацијама не доставља тужбу туженом већ препис записника, који би требало да олакша припрему туженог за расправљање.

Усвајање тужбеног захтева

Пресудом због пропуштања суд усваја тужбени захтев као да је расправљање било контрадикторно. Међутим, одсуство рочишта има за последицу да се у образложењу пресуде наводе само материјаноправни и процесноправни прописи на основу којих се доноси ова пресуда.

Побијање пресуде због пропуштања

Врсте правних лекова којима се може побијати пресуда због пропуштања се разликују Према нашем ЗПП-у пресуда због пропуштања се може побијати због битне повреде поступка и због погрешне примене материјалног права. Због погрешно утврђеног чињеничног стања се не може побијати.[19] То стога, што се пасивно држање туженог, поводом достављене тужбе на одговор третира као саглашавање туженог са чињеничним наводом из тужбе.

Ако странка пропусти рок за одговор на тужбу могла би да затражи повраћај у пређашње стање у року од осам дана.[20]

Према неким законским решењима пресуда због пропуштања се не може побијати жалбом већ једино предлогом за повраћај у пређашње стање.[21] Благовремено поднети предлог спречава да пресуда због пропуштања постане правноснажна.

[19] В. чл. 360. ст. 2. ЗПП-а Србије
[20] В. чл. 112. ЗПП-а Србије
[21] В. чл. 183. ЗПП-а Републике Српске

Постоје и законодавства која познају приговор као правни лек против пресуде због пропуштања као и институт повраћаја у пређашње стање. Тако се приговор према Аустријском праву може уложити у року од 14 дана. Тај рок је преклузиван.[22] И у Мађарској је законодавац предвидео постојање приговора као правног лека. У теорији се пак, расправљало о томе да ли има места да тужени због пропуштања затражи повраћај у пређашње стање. Ставови теоретичара су били различити.Присталице повраћаја у пређашње стање су сматрале да странка не би требало да сноси последице, ако је до пропуста дошло из оправданих разлога. Пема другом становишту сви пропусти странака се могу отклонити приговором.[23]

Пресуда због изостанка у парницама о споровима мале вредности

У споровима мале вредности, ако тужени не дође на рочиште за главну расправу а уредно је позван донеће се пресуда због изостанка. Њом ће се заправо усвојити захтев из тужбе.[24]

Будући да се у споровима мале вредности тужба не доставља туженом на одговор а и не заказује се и не одржава припремно рочиште, онда је не долазак туженог на главну расправу први тренутак када се може санкционисати неактивност туженог.

Предмет расправљања може бити формулација одредби ЗПП-а Србије које овлашћују суд да пресудом из става 1 тј.пресудом због изостанка одбију тужбени захтев ако су чињенице на којима се заснива тужбени захтев у супротности са доказима које је тужилац поднео или са општепознатим чињеницама. Исти члан предвиђа да суд пресудом из става 1. одбија тужбени захтев, ако се ради о захтеву којим странке не могу располагати.[25]

Недолазак тужиоца на прво рочиште за главну расправу, или његов изостанак са неког доцнијег рочишта иако је уредно позван, у овом посебном парничном поступку ће се сматрати као да је тужилац повукао тужбу.

Иста последица наступа ако са доцнијег рочишта изостану обе странке.

Неспорно је да се неактивност странака мора санкционисати.С обзиром на малу врдност спора, још више би требало водити рачуна о томе

[22] В. пар.397а ст 1. ЗПП-а Аустрије, Zivil Verfahren Manz-Wien 1990. Zivilprozess-ordnung, стр. 189-295.

[23] Kengyel Miklós,Magyar polgári eljárásjóg, Osiris, Budapest 1998. год. стр. 223 и 224.

[24] В. чл. 476. ЗПП-а Србије

[25] В. чл. 476. ст. 2. ЗПП-а Србије

да се поступак не одуговлачи.Зато се и чини да је пресуда због изостанка као институт оправдана да се задржи у овом посебном поступку.

Међутим, ни пресуда због пропуштања а ни пресуда због изостанка се не могу донети ако су чињенице на којима се заснива тужбени захтев у супротности са доказима које је тужилац поднео или са општепознатим чињеницама.

Такође смо видели да располагање странака које је у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала представља повреду начела диспозиције која мора бити санкционисана *забраном* доношења пресуде због пропуштања односно пресуде због изостанка, упркос постојању законом предвиђених услова за доношење ових пресуда.

Уз то, пресудом због пропуштања и изостанка суд увек само усваја захтев из тужбе. Она је за тужиоца увек позитивна. Суд пресудом због изостанка не би могао да одбије тужбени захтев. Због тога се чини, да је највероватније реч о непрецизној формулацији законског текста.

Одбијање тужбеног захтева услед наведених недостатека прдставла за тужиоца озбиљну санкцију. Он више не би могао да поднесе захтев исте садржине. Изостанак туженог би тако могао довести до *одбијања* тужиочевог захтева.

Можда би суд у споровима мале вредности ако нису испуњени сви услови за доношење пресуде због изостанка требало да тај недостатак третира као да је тужилац повукао тужбу.Тиме би и заштитио неуку страну (у овом случају тужиоц). Ако се пак, посумља да је тужилац злоупотребио процесна овлашћења требало би га санкционисати на начин који закон предвиђа.Одбијање тужбеног захтева није начин санкционисања тужиоца.

Друго питање које заслужује пажњу јесте да ли би суд требало да сачека иницијативу тужиоца за доношење пресуде због изостанка као што је законодавац до сада изричито захтевао? То је питање важно јер је одсуство иницијативе тужиоца доводило до мировања поступка. Мировање поступка је изостављено као институт у општем парничном постуку.Пошто се у парницама о споровима мале вредности примењују остале одредбе ЗПП-а ако посебна правила не постоје, произилази да мировање постука не може наступити ако тужилац пропусти да предложи доношење пресуде због изостанка.Уз то, мировање поступка би се противило и начелу економичности које је с обзиром на вредност спора у овом посебном поступку јаче наглашено.

Чини се, да би зато суд у парницама о споровима мале вредности по службеној дужности требало да донесе пресуду због изостанка.

Разлике између пресуда на основу пропуштања и због изостанка

Релевантна *разлика* између ових пресуда је у томе што се пресуда због изостанка доноси само на основу чињенице *недоласка туженог* на припремно или прво рочиште за главну расправу,или услед његовог пасивног држања на рочишту на коме је био присутан.

У важећем Аустријском праву пресуда због изостанка се може донети у принципу не само због неактивности-пропуштања туженог већ и због непојављивања тужиоца на првом рочишту за расправу.Ако на првом рочишту тужилац или тужени изостану, чињенични предлози странке која се појавила на рочишту, се сматрају истинитим те суд на предлог присутне странке доноси пресуду којом усваја захтев присутне странке.[26]

Пресуда због пропуштања се доноси ако тужени *не одговори* на тужбу. Контумација се не изражава изостанком са првог рочишта, већ пасивним односом према позиву суда да се одговори на тужбу.

Разлика постоји и у погледу *иницијативе* за доношење ових пресуда. У нашем праву законодавац је изричито предвидео да иницијативу за доношење пресуде због изостанка мора да стави тужилац.У Аустријском праву иницијатива је на присутној странци.Иницијатива за доношење пресуде због пропуштања, видели смо,се креће од искључиве иницијативе тужиоца, до комбиноване иницијативе тужиоца или самог суда.

Разлике се односе и на *правне лекове*. Код нас је то жалба, а у Мађарској и Аустрији приговору. У Републици Српској само повраћај у пређашње стање. Законодавства која предвиђају жалбу или приговор као правни лек не искључују повраћај у прђашње стање.

Рокови за побијање ових пресуда се разликују.У немачком праву износи 2 недеље од достављања пресуде[27], а у мађарском праву15 дана од достављања судског налога. У Аустријском праву рок за приговор износи 14. дана. У нашем праву пресуда због пропуштана се може побијати жалбом у року од 15. дана, а пресуда због изостанка истим правним леком у року од 8. дана.

Пресуда због изостанка се не може донети ако *тужени поднеском оспори* тужбени захтев.

У свим анализираним правима *заједничко* је то да се пресуда не може донети ако су повређена правила о уредном достављању, ако чи-

[26] В. пар. 396 ЗПП-а Аустрије.

[27] В. пар. 339. ст. 1 ЗПП-а Немачке Zivilprozessreformgesetz-ZPO-RG vom 27. 7. 2001.

њенице на којима се заснива тужбени захтев нису у супротности са доказима које је тужилац поднео или са општепознатим чињеницам ако основаност тужбеног захтева произилази из чињеница наведених у тужби, ако не постоје општепознате околности из којих произилази да су туженог спречили оправдани разлози да одговори на тужбу односно да дође на рочиште. Ни једна од ових пресуда се не може донети ако се ради о споровима којима странке не могу слободно располагати.Такође, и ако је располагање странака у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала. .

Одлагање доношења пресуде је могуће у оба случаја ако нема доказа да је извршено уредно достављање,или ако треба проверити да ли је странка прекорачила границе диспозитивног расправљања.

Заједничко је и то да пресуда због пропуштања и изостанка има исто дејство као и пресуда донета контрадикторним расправљањем уз извођење свих доказа.

Обе пресуде суд може донети и без изјашњавања странке.

Образложење пресуде због пропуштања и због изостанка би било кратко уз назначење материјаноправног и процесноправног прописа на основу којих су те пресуде донете.

Обе пресуде имају за циљ убрзање постука,али пресудом због пропуштања се тај циљ може раније остварити.То стога што суд најпре туженом даје могућност да одговори на тужбу, и у зависности од његовог односа према тој обавези суд окончава поступак доношењем пресуде због пропуштања или пак , заказује рочиште.

Указали смо и на могућност паралелног постојања обе врсте пресуда у зависности од тога да ли је суд доставио тужбу на одговор или ју је само приложио уз позив за рочиште.

Приказивање сличности и разлика између ових пресуда нам је помогло да изведемо закључак да се не ради само о промени имена ради изналажења адекватнијег назива за санкционисање тврдоглавости тужене стране. Овим пресудама се санкционишу различите врсте тврдоглавости. Пресудом због изостанка се санкционише само неактивност туженог изражена кроз његов пропуст да одговори на тужбу. Пресудом због изостанка пак, најчешће неактивност туженог а по негде и тужиоца који нису дошли на припремно или прво рочиште за главну расправу.

Marija Salma, Ph.D. Associate Professor
Novi Sad Faculty of Law

Default Judgement

Abstract

The newly introduced *default judgement* should contribute to the greater efficiency of contentious proceedings. The court renders such a judgement when the defendant fails to respond to an action within a statutorily stipulated time limit.

With the introduction of the default judgement, the general contentious proceedings no longer have *judgements based on absence*. This type of judgement is available only in special contentious proceedings, in litigation regarding small claims disputes. It is rendered primarily in cases where the defendant fails to appear at the preparatory hearing. The initiative for this judgement may come from both the plaintiff and the court.

In case the court does not deliver the action to the defendant for a response, but only encloses it with the hearings summons, an approach from comparative law which in such situations provides for the possiblity of rendering a judgement based on absence should be accepted. In so doing, the court adopts the claim as if the decision was preceded by a hearing of arguments.

The default judgement can be contested with an ordinary legal remedy. Besides this remedy, the defendant may also apply for a return to the previous state if he or she was justifiably unable to respond to the action.

In litigation regarding small claims disputes, the judgement based on absence has been retained, being that in this special procedure, the action is not delivered to the defendant for a response and no preliminary hearing is scheduled.

These two types of judgements are similar in many respects. These similarities relate to the prerequisites that must be fulfilled in order for the court ot render them, as well as their contribution to the greater efficiency of proceedings. The new statutory approach which excludes the judgement based on absence for the general procedure is justified, because the response to the action precedes the preparatory hearing and so it understable that the cour first sanctions the passivitiy of the defendant in case he or she refuses to respond to the action.

331.104(4)
349.2(4)

Др Предраг Јовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

РАДНОПРАВНИ ОКВИРИ ХАРМОНИЗАЦИЈЕ НАШЕГ ПРАВА И ЕВРОПСКОГ ПРАВА

1. Оквири и смернице хармонизације

Смернице и оквири хармонизације који важе за нашу земљу одређени су, пре свега, моделом регионалног повезивања европских држава, који се изграђује већ дуги низ година: од Савета Европе (1949.) и Европских заједница (за угаљ и челик – 1951, за атомску енергију и Економске заједнице – 1957, Европске заједнице – 1965.) до Европске уније (1992.). Из самих назива наведених облика европских интеграција назире се њихов примарни циљ: јединствена Европа на темељу јединственог европског тржишта. Међутим, нема јединственог европског тржишта без здраве конкуренције и јединствених услова привређивања. Јединствених услова привређивања нема без уједначеног радноправног положаја запослених и послодаваца (зараде, издаци и права из социјалног осигурања и друга права), јер то битно утиче на цену роба и услуга. О здравој конкуренцији се може говорити када сви стартују са истих позиција.

Ипак, из правног угла посматрано, корени свих смерница и оквира за хармонизацију су много дубљи и старији. Они се налазе у праву Међународне организације рада – МОР (1919.). Због тога, односи Европске уније према Међународној организацији рада, дефинисани су још у оснивачком уговору Европске економске заједнице. Уговор обавезује Европску комисију, као орган који спроводи политику Заједнице, на најнепосреднију сарадњу са Међународном организацијом рада. То је неминовност која је условљена и глобализацијом као интегративним светским процесом

и високим степеном комплементарности циљева њихових социјалних политика. Формална институционализација сарадње Заједнице и МОР-а извршена је 1989. године разменом одговарајућих докумената. На неопходност сарадње указује и европски Суд правде.[1] Та сарадња се огледа у размени стечених искустава, заједничким активностима на унапређивању укупне социјалне политике и нарочито, унутар тога, радноправних стандарда, јачања индустријске демократије и социјалног дијалога.

Сарадња је неминовност и због потребе ублажавања негативних реперкусија постојећих разлика у нормативном деловању ових међудржавних асоцијација. Право ЕУ је регионално, али наднационално и директно обавезујуће. Право МОР-а је међународно и није наднационално, јер претпоставља ратификацију као услов обавезујућег дејства. Право МОР-а, уз ратификацију, обавезује државе чланице, али не обавезује друге организације тих истих држава, на пример ЕУ. Зато је неопходна сарадња и тих самих међудржавних организација.

Истина, радноправни стандарди у праву ЕУ су већег квалитета у односу на исте у праву МОР-а, због веће укупне развијености земаља чланица ЕУ у односу на земље чланице МОР-а. Отуда, логично је очекивати да чланице ЕУ, које су истовремено и чланице МОР-а, али и сама ЕУ, не могу редуцирати радноправне стандарде МОР-а, већ их могу само проширивати. То се и догађа. На пример, по мишљењу европског Суда правде, одредбе конвенција МОР-а које говоре о забрани ноћног рада жена[2] инкомпатибилне су са Директивом ЕУ 76/207 о једнаком третману мушкараца и жена у смислу једнаке доступности запослења, оспособљавања и напредовања.[3]

Међутим, постоје одређени радноправни стандарди који су развијенији у праву МОР-а у односу на право ЕУ. Реч је о неким стандардима из области колективног радног права. На пример, кључни принципи индустријске демократије – трипартизам и социјални дијалог, развијенији су у праву МОР-а. Затим, права синдикалног организовања запослених и послодаваца и колективног преговарања итд. Дакле, ниво квалитета тих начела и права земље чланице ЕУ, које су истовремено и чланице МОР-а, не могу смањивати, уколико су ратификовале одговарајуће конвенције. То

[1] U tom smislu: *Labour Law in the Courts, Edited by Silvana Sciarra*, Oxford, Portland, Oregon, 2001, str. 145.

[2] Мисли се на следеће конвенције: Конвенција бр. 4 из 1919. (забрањује ноћни рад жена у индустрији и грађевинарству, наша ратификација – «Сл. новине», бр. 95-XXII/1927.); Конвенција бр. 41 из 1934. о ревизији Конвенције бр 4 (нисмо је ратификовали); и Конвенција бр. 89 о ноћном раду жена, ревизија, из 1948. (наша ратификација – « Додатак Сл. л. ФНРЈ», бр. 12/1956.).

[3] Види: Erica Szyszczak, *EC Labour Law*, Harlow, England, 2000, стр. 29.

произилази из акта ратификације. Сем тога, иза права МОР-а не стоје само органи власти држава чланица, већ, по начелу трипартизма, и представници запослених и послодаваца држава чланица. То даје праву МОР-а изразиту социјалну тежину и утемељеност. Отуда, кршење тог права може да узрокује не само правне, већ и шире друштвене реперкусије. Ово и друга питања односа међународног и регионалног радног права, вероватно ће јасније бити дефинисана и решена у поступку примене Устава ЕУ. Мада и у овом тренутку, према чл. 307. Уговора о Европској заједници (ЕЗ), државе чланице су обавезне да предузимају одговарајуће мере у смислу отклањања неусаглашености између њихових обавеза које проистичу из међународних уговора, које су оне закључиле или прихватиле пре укључивања у ЕЗ, и обавеза које имају као чланице ЕЗ.

Не упуштајући се у детаљнију расправу око наведених питања, јер то нам и није намера у овом раду, ипак смо их овде поменули због потребе појашњења позиције у којој се наша земља налази на путу стабилизације и придруживања ЕУ. Јер тај пут поплочан је начелима социјалне политике и радноправним стандардима не само ЕУ и европског комунитарног радног права, већ и начелима Савета Европе (европског некомунитарног радног права)[4] и МОР-а (међународног радног права). Наша земља је чланица Савета Европе од 2003. године, а МОР-а од 1919. Није чланица ЕУ. На путу смо стабилизације, а преговори за потписивање споразума о придруживању ЕУ требало би да отпочну октобра 2005. године. За сада наша земља има статус «треће државе». Наиме, «државе чланице» су у обавези да усагласе своје право са правом ЕУ; «државе кандидати» за улазак у ЕУ имају обавезу делимичног усаглашавања, што се прецизније регулише у споразуму о придруживању; «треће државе» немају поменуту обавезу. Код «трећих држава» усаглашавање је добровољно. Али, пошто пут стабилизације наше земље води само и једном правцу – у правцу ЕУ, то се поменута добровољност претвара у неминовност. Усаглашено унутрашње право са правом ЕУ представља визу за улазак у ову Заједницу.

1. 1. Оквири и смернице Савета Европе

Радно и социјално право (како индивидуално тако и колективно) је у тесној вези са основним људским правима и слободама.[5] Велики број пра-

[4] О подели европског радног права на европско комунитарно и европско некомунитарно радно право види детаљније: Бранко А. Лубарда, Европско радно право, Подгорица, 2004, стр. 39. и даље.

[5] Gillian S Morris and Timothy J Archer, *Collective Labour Law*, Oxford-Portland Oregon, 2000, str. 26.

ва из радног односа (више индивидуалних, а мање колективних), спадају у ред основних људских права. На пример, право на рад, заштиту здравља итд. су основна и људска и индивидуална радна права. Или, слобода удруживања, право на «социјални дијалог» и колективно преговарање су типична колективна радна права, али су уједно, по свом општем значењу и важности, и основна људска права. У том смислу и Међународна организација рада, вршећи своју нормативну и друге функције, «настоји да помогне државама чланицама да осигурају **основна људска права** (подвукао П. Ј.) приликом регулисања односа рада и запошљавања, тако што промовишу и социјалну равноправност и економску ефикасност и раст, унапређујући притом капацитете социјалних партнера да учествују у социјалном дијалогу.»[6]

Савет Европе је међународна владина организација. Основан је 1949. године у Лондону. Промовише принципе владавине права и заштите основних људских слобода и права. Захтев Савезне Републике Југославије (СРЈ) за учлањење у Савет Европе поднет је одмах након познатих октобарских промена 2000. године. Пријем је одлаган због дугог решавања и дефинисања питања Државне заједнице Србије и Црне Горе, затим, због «проблема» са Хашким трибуналом итд. Године 2003. Државна заједница Србија и Црна Гора постаје чланица Савета Европе. Тиме је преузета и обавеза да се потпише један од најзначајнијих аката ове Организације – Европска социјална повеља (измењена) и да се ратификује.[7] Повеља је потписана, али још није ратификована.

Европска социјална повеља је најсистематичнији акт у области некомунитарног радног и социјалног права. У преамбули је речено да је циљ Савета Европе постизање јединства међу својим чланицама ради очувања и остварења идеала и принципа који представљају њихово заједничко наслеђе и ради олакшавања њиховог економског и друштвеног развоја, нарочито очувањем и даљим остваривањем људских права и основних слобода. Обезбеђивањем социјалних права, земље чланице желе да свом становништву «побољшају животни стандард и друштвено благостање». [8]

Иако је реч о «социјалној» повељи, она садржи и низ радноправних стандарда о правима запослених. То ће се видети из текста који следи.

---

[6] *Смернице о радном законодавству*, Међународна организација рада, Женева, 2001, стр. 1.

[7] Европска социјална повеља је закључена у Торину 1961. године. Допуњена је додатним протоколима 1988, 1991, 1995. Измењена Повеља је отворена за потпис 1996, а ступила је на снагу 1999. Европска социјална повеља је комплементарни инструмент Европској конвенцији о људском правима (грађанским и политичким), која је закључена, такође, под окриљем Савета Европе 1950. године у Риму, а ступила на снагу 1953.

[8] James Hanlon, *European Community Law*, London, 2003, str. 284.

Наиме, измењена Повеља садржи одређена права која се могу поделити у две области. Прву област чине стандарди и оквири који се тичу запошљавања и економске сигурности. То су:

- начело недискриминације приликом запошљавања, забрана принудног рада;
- синдикална права, право на колективно преговарање;
- право на задовољавајуће услове рада и на поштену надокнаду, укључујући право жена и мушкараца на једнаку зараду за рад једнаке вредности, укључивање хендикепираних лица у свет рада и право на професионалну обуку и образовање;
- забрана запошљавања деце млађе од 15 година и заштита деце узраста од 15 до 18 година;
- заштита материнства;
- једнак третман радника миграната.

Другу област чине стандарди и оквири који се тичу «друштвене кохезије» :

- право на заштиту здравља, право на социјалну сигурност, право на социјалну и медицинску помоћ;
- право деце и адолесцената на заштиту од физичких и моралних опасности;
- право породице и њених чланова на правну, економску и социјалну заштиту;
- право радника миграната и њихових породица на заштиту и помоћ;
- право старијих лица на заштиту.

Ако ово желимо прецизније да прикажемо, онда треба рећи да је Европска социјална повеља из 1961. године садржавала 19 основних права. Измењена повеља садржи 31 право. Чланови од 20. до 31. се најнепосредније тичу радног и социјалног права. Ово је, заправо, покушај Савета Европе да одређене радноправне стандарде подигне на виши ниво од оног који дају конвенције и препоруке МОР-а. Ти стандарди су следећи:

(чланови од 20. до 23.)

- сви радници имају право на једнаке шансе и једнак поступак у вези са запослењем и занимањем, без дискриминације на основу пола;
- право радника да буду информисани и консултовани у предузећу;
- право радника да учествују у утврђивању и побољшању услова рада и радне средине у предузећу;

(чланови од 24. до 31.)

- право на заштиту у случају престанка запослења;
- право на заштиту потраживања запослених у случају инсолвентности послодавца;
- право на достојанство на послу;
- запослени и лица која траже запослење не могу бити дискриминисани због њихових породичних обавеза и, колико је то могуће, не доводити у сукоб њихово запослење са породичним обавезама;
- право представника запослених у предузећу на заштиту од аката штетних по њих и право да им се пруже одговарајуће могућности за обављање њихових функција;
- право радника да буду информисани и консултовани у поступцима колективног отпуштања, право на заштиту од сиромаштва и искључења из друштвене заједнице;
- право на стан.

Земље чланице Савета Европе, које су потписале Измењену европску социјалну повељу и које желе исту да ратификују, обавезне су (члан А, Део III) да поштују макар 6 од 9 основних права из II дела Повеље. [9] Уз то, земље чланице су дужне да прихвате и додатни број чланова или нумерисаних ставова из II дела Повеље које буду саме одабрале, под условом да укупни број чланова или нумерисаних ставова који их обавезују, није мањи од 16 чланова или 63 нумерисана става.[10]

1.2. Оквири и смернице Европске уније (ЕУ)

У поступку стабилизације и придруживања ЕУ, наша досадашња «добровољна хармонизација» права претвориће се у «обавезну делимичну хармонизацију». Између осталог, обавезна делимична хармонизација односи се и на принципе из области социјалне политике тј. прописе радног и

[9] Девет основних права су: право на рад;право на организовање; право на колективно преговарање; право деце и омладине на заштиту;право на социјално осигурање; право на социјалну и медицинску помоћ;право породице на социјалну, правну и економску заштиту; право радника миграната и њихових породица на заштиту и помоћ;право на једнаке шансе и једнаки третман у вези запошљавања и занимања без дискриминације на основу пола.

[10] О усклађености нашег права са наведеним оквирима и смерницама Савета Европе, види: Компатибилност права и праксе Србије и Црне Горе са Измењеном европском социјалном повељом, Бранко Лубарда и група аутора, Савет Европе – Канцеларија у Подгорици, Подгорица, 2005.

социјалног права. Из овог угла, ако погледамо како су ови процеси стабилизације и придруживања ЕУ постављени у споразумима са неким земљама из нашег најближег окружења (Македонија, Хрватска), можемо очекивати да ће се инсистирати највише на питањима везаним за запошљавање, социјалну сигурност и осигурање, услове рада, једнаким могућностима за мушкарце и жене, заштити здравља и безбедности на раду. Као што се види, дакле, реч је о пресликавању смерница и оквира из Беле књиге ЕУ.

Белу књигу је усвојила Европска комисија 1995. године. Она представља својеврстан путоказ земљама централне и источне Европе за придруживање ЕУ. То је и наш путоказ. Један одељак Беле књиге посвећен је акивностима и мерама на плану социјалне политике (поглавље IV). О томе ће касније нешто више бити речи. Међутим и други акти ЕУ, који су претходили Белој књизи и који су уследили након усвајања ове књиге,[11] јесу од значаја за препознавање смерница стабилизације и придруживања ЕУ.

Још у Уговору о оснивању Европске економске заједнице из 1957. године могу се наћи одредбе из области социјалне политике. Ту се налази неколико одредаба које говоре о слободи кретања радне снаге унутар ЕЗ , о праву настањивања, о потреби побољшања услова живота и рада радника и њиховог уједначавања на комунитарном нивоу. Ово је време прве фазе у развоју ЕЗ, за коју је карактеристичан «привредни неолиберализам» са карактеристичном слободом – слободом кретања. Наступа, затим, фаза када се предност даје привредном развоју, уз својеврсну стагнацију социјалне политике.

Постојећи правни темељи социјалне политике унеколико су ојачани усвајањем Јединственог европског акта из 1985. године. Највећи допринос овог акта огледа се нарочито у учвршћивању социјалне кохезије и дијалога социјалних партнера. Ово је, можемо рећи, резултат наглашених захтева радника, крајем седамдесетих и почетком осамдесетих година, за значајнијим учешћем у привредном животу, уз напуштање тезе о «саморегулативи» тржишта. Сем тога, промовише се борба против незапослености, посебно младих, увођење нових технологија уз појачане мере безбедности на раду.

Следећи корак у јачању социјалне политике и оквира радног и социјалног права представља Мастрихтски уговор, тј. Уговор о ЕУ из 1992. године. Овај Уговор означава нови период «социјалне интеграције» између земаља чланица Заједнице. Заправо, не напуштајући «стари концепт» јединственог тржишта и економског просперитета, наглашава се потреба

[11] Детаљније о томе: Roger Blanpain, *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000, str. 152. i dalje.

формирања «наднационалних институција социјалног карактера». У том смислу, закључен је Споразум, између држава чланица (са изузетком Велике Британије), о социјалној политици, на темељу којег је донесено више директива из области радног права.

Као што се види, почетком деведесетих година ЕУ карактерише стање разуђених правних оквира за вођење јединствене социјалне политике. Овакво стање није могло дуго да потраје. Зато је Европска комисија 1993. године, доношењем Зелене књиге о социјалној политици и 1995. године Средњорочним социјалним акционим програмом, заправо, изашла пред европску јавност са интегративним мерама у примени фундаменталних принципа у социјалној сфери. Такође, Европска комисија се посебно обратила 1995. године Белом књигом земљама Централне и Источне Европе ради њихове припреме за придруживање и интеграцију у ЕУ.

Коначну консолидацију оквира социјалне политике ЕУ и механизама за њено вођење, обезбеђује Амстердамски уговор из 1997. године.[12] У чему се та консолидација огледа ? Прво, утврђивањем циљева социјалне политике сходно циљевима предвиђеним у Европској социјалној повељи, овим Уговором се успоставља јединство и кохерентност те европске политике . Друго, уградњом Споразума о социјалној политици у Уговор о ЕУ, Амстердамски уговор битно доприноси и укидању дуализма правних аката у вођењу социјалне политике. Треће, консолидација се обезбеђује и дефинисањем заједничке одговорности ЕУ и свих држава чланица око извесних приоритета. Приоритети су: (1) социјална политика представља заједничку одговорност ЕУ и свих држава чланица; (2) питање запослености је «материја опште бриге» и развој координиране стратегије запошљавања;(3) сузбијање свих облика дискриминације (на основу пола и сексуалне оријентације, расе, етничке припадности, старости, религије итд.); (4) признавање кључне улоге социјалних партнера у области рада и социјалне политике; (5) подстицање консултација управе и радника.[13]

На крају, у вези питања социјалне политике, последње измене Уговора о ЕУ извршене су уговором закљученим у Ници 2001. године (Ничански споразум). Највећи његов допринос је, заправо, у финализацији институционалне реформе ЕУ, у сусрет очекиваном повећању броја чланица ове Заједнице. Ипак, предвиђа и извесне промене у инструметаријуму остваривања комунитарне социјалне политике и осавремењавању система социјалне сигурности. У Ници је представљена и Повеља ЕУ о основним

[12] Ступио на снагу 1999. године, пошто га је ратификовало свих тадашњих 15 држава чланица ЕУ.

[13] Види: др Будимир Кошутић, *Амстердамски уговор и социјална политика*, «Европско законодавство», свеска јануар-јун, 2000, стр. 30.

правима. Ова Повеља је акт декларативног карактера, односно није укључена у Ничански споразум. Садржи низ одредаба које се тичу радног и социјалног права: слобода рада и право на рад грађана ЕУ, али право на рад под једнаким условима и грађана «трећих држава» који имају право да раде у ЕУ; заштита од незаконитог отказа; заштита здравља и безбедност на раду; достојанство на раду; заштита колективних права (обавештавање и консултовање радника, право на колективно преговарање, право на колективне акције) итд.

Што се тиче Беле књиге, њене најзначајније смернице, које су од значаја за пут стабилизације и придруживања ЕУ, огледају се у следећем. Указује се, најпре, на потребу поштовања принципа о једнаким могућностима за жене и мушкарце. Наводе се извори комунитарног права где се говори о овом принципу, и издваја потреба обезбеђивања одговарајуће правно-административне инфраструктуре за остваривање и заштиту тог принципа.

Друго, захтева се «техничко прилагођавање» прописа у систему социјалног осигурања, водећи рачуна о националним особеностима затечених система у појединим земљама. Иако се издвајају одређене директиве у смислу координације система социјалног осигурања, не инсистира се на хармонизацији националних прописа са тим директивама[14].

Треће, указује се на потребу усаглашавања националних законодавстава са правом ЕУ у области заштите на раду и здравља радника. Посебно се издваја као смерница у том смислу Директива ЕУ 89/391 о сигурности и заштити здравља радника на раду.

Коначно, наводе се директиве ЕУ којима треба прилагодити унутрашње радно право, и у том смислу предвидети одговарајуће службе и механизме за остваривање и заштиту права. Реч је о директивама које се односе на колективна отпуштања, заштиту запослених у случају инсолвентности послодавца и промене послодавца, заштиту младих радника, радно време, информисање и посредовање у запошљавању, информисање и консултовање запослених у предузећу.

[14] Брана Марковић, *Социјална политика у ЕУ, зборник радова на пројекту « Југославија и ЕУ»*, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 1999, стр. 197.

Predrag Jovanović, PhD Full Professor
Faculty of Law of Novi Sad

Labour Law Framework of Harmonisation of our Law and European Law

Abstract

Our country is currently negotiating with EU about the future status as a EU member. One of the conditions to achieve this will be to harmonise our labour law, as an instrument of social politics, with EU labour law.

However, one must bear in mind that we have to complete the final harmonisation with all the documents that represent European Labour Law. That means that in the processes of harmonisation attention should be paid to framework that is given by documents of European Council and also on framework given by documents of EU.

As far as the documents given by European Council are concerned, that are related to social politics and labour law, the most important is European social Charter. The mentioned Charter is giving frameworks for harmonisation of our social politics and labour law with politics and law of EU. This paper is clearly pointing to the mentioned frameworks. Among other documents of EU, that contain most important frameworks for harmonisation of our social politics and labour law, the most important is the White Paper. This document is most directly explaining directions of harmonisation of our law in the process of joining the EU. More precisely, it is about the need to expand social insurance system, especially in the sense of financial consolidation; to expand the system in areas of work safety and health of workers; and to expand other areas in labour law (collective dismissals, working time, participation of employees in managing etc.)

35.077.3

Др Драган Милков, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОЛОЖАЈ СТРАНКЕ У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: *Странка је лице по чијем захтеву се покреће управни поступак, против које се поступак води или које ради заштите својих права и правних интереса може да учествује у поступку. Права странке на активно учешће у управном поступку су загарантована, посебно у одредбама које се односе на поступак до доношења решења. Повреда ових одредби представља битну повреду правила поступка и због тога се могу употребити одговарајућа правна средства и може се водити управни спор.*

Кључне речи: *управни поступак, учесници у управном поступку, странка у управном поступку, заштита права странака у управном поступку.*

1. Уводне напомене

Положај странака се може посматрати кроз права и обавезе које ови обавезни учесници имају током покретања и вођења управног поступка. Имајући у виду да је управни поступак настао тако што је као модел коришћен парнични поступак, онда треба знати да је питање странака уређено у управном поступку на сличан начин као у парници, али уз једну битну разлику. За парнични поступак је карактеристично да постоје две супротстављене стране између којих постоји неко спорно правно питање,

а које треба да разреши суд. У управном поступку је ово сасвим другачије. Наиме, за управни поступак је карактеристично да у њему најчешће учествује само једна странка наспрам органа управе, односно неког другог вршиоца управне делатности. Доношењу одлуке у управном поступку не претходи никакав спор, већ жеља странке да оствари неко право или умањи, односно укине раније наметнуту обавезу. Могуће је, наравно, да се управни поступак води и по службеној дужности, зато што орган управе намерава да странци наметне неку обавезу или јој ограничи, односно укине нека права. Но, увек је ова активност окренута ка будућности и не претходи јој никакав спор.

Положај странака је опредељен читавим Законом о општем управном поступку. Међутим, за потребе овог рада, посебно ћемо анализирати норме о основним начелима, тј. начело заштите права странака и заштите јавног интереса. С друге стране, положај странке се може посматрати и кроз њену улогу, овлашћења и дужности у поступку до доношења решења.

2. Појам и врсте странака

Под странком се подразумева лице о чијим се правима, обавезама или правним интересима одлучује у једном конкретном управном поступку.

Појам странке у Закону о општем управном поступку није материјалног карактера, нити се може дати материјална дефиниција странке. Странка је у управном поступку институт искључиво процесног карактера. „Странка је лице по чијем је захтеву покренут поступак или против кога се води поступак, или које, ради заштите својих права или правних интереса, има право да учествује у поступку“[1].

С обзиром на овакво одређење, могу се разликовати три категорије странака, а то су:

- активна странка (лице по чијем захтеву је поступак покренут, као што је нпр. тражилац грађевинске дозволе, дозволе за држање и ношење оружја, дозволе за вођење занатске радње и сл.);
- пасивна странка (лице против којег се води поступак као што је то војни обвезник, порески обвезник, лице против којег инспекцијска служба води поступак и сл.);
- правни интересенти (лица која ради заштите својих права или правних интереса могу учествовати у управном поступку, као

[1] Закон о општем управном поступку, „Службени лист СРЈ“, број 33 од 11.07.1997. године, члан 39.

што су станари у поступку издавања дозволе за надзиђивање постојеће зграде, суседи у поступку издавања грађевинске дозволе ако би било угрожено неко њихово право или правни интерес, станари у згради у којој неко лице жели да отвори занатску радњу - ради заштите од буке). Ове странке се још називају и узгредним странкама или интервенијентима.

Поред правних интересената, постоје и тзв. фактички интересенти. И ова лица имају неки интерес за исход управног поступка, али је то неки њихов лични интерес, а не интерес заснован на правном пропису. Стога ова лица и не могу да учествовују у управном поступку, већ се њихове представке, пријаве, петиције и сл. користе само као начин да службено лице органа управе сазна да је потребно да по службеној дужности покрене поступак.

У управном поступку може учествовати једна или више странака, па се разликују једностраначке и вишестраначке ствари.

Једностраначки управни поступак је такав поступак у којем учествује само једна странка или више лица, али која имају заједнички интерес (процесна заједница). За разлику од парничног поступка, где је, по природи ствари, неопходно постојање две стране, у управном поступку је правило да постоји само једна странка. Једностраначке управне ствари представљају правило које трпи само малобројне изузетке. У природи управног поступка је постојање једне странке која тражи остварење неког права или правног интереса, односно којој орган намеће неку обавезу.

Процесна заједница подразумева да два или више лица у истом предмету заједнички иступају ради остварења истог права или правног интереса. Но, ово се не сматра вишестраначком, већ једностраначком управном ствари, јер им интереси нису супротстављени. Постоје две врсте процесне заједнице: материјална и формална. Материјална процесна заједница се односи на више лица која, иначе, и изван управног поступка који се води, имају одређену међусобну правну или стварну везу (нпр. сувласници земљишта на коме се тражи грађевинска дозвола или се врши експропријација). Формалну процесну заједницу чине лица која не стоје међусобно ни у каквој правној или стварној вези, већ их повезује конкретан управни поступак, јер имају исти интерес у тој ствари. Они нису нераздвојиви, као код материјалне процесне заједнице и изван управног поступка међу њима нема повезаности (нпр. станари више суседних кућа траже од инспектората наметање власнику занатске радње мера за смањење буке или испуштања отровних гасова).

Вишестранички управни поступак подразумева да у поступку учествују две или више странака са супротним интересима. Овакви случајеви су изузетак у управном поступку и веома ретко се дешавају у пракси. Супротстављеност интереса двеју или више странака је нешто што се подразумева у парници, али је потпуно нетипично за управни поступак. При томе, супротстављеност двеју или више странака може бити двоструко изражена. С једне стране, имамо контрарне, а са друге стране, колидирајуће странке.

Код контрарних странака постоји директна супротстављеност интереса и захтева, тако што међу странкама иначе постоји супротан интерес настао из њиховог међусобног и непосредног односа. Овакви случајеви су права реткост у управном поступку, а и када се јаве, суштински посматрано, представљају парницу, а само формално управни поступак (нпр. одлучивање о накнади пољске штете је стављено у надлежност управе и ту постоје две контрарне странке: извршилац штете и оштећени).

Колидирајуће странке су странке које имају супротне захтеве, али нису у међусобном односу изван управног поступка. Везује их конкретан управни поступак, јер обе стране имају захтев према истом органу, а ти захтеви су супротстављени, односно међусобно се искључују (нпр. две групе лица желе да оснују удружење грађана или политичку странку под истим називом). За разлику од случајева управног поступка са контрарним странкама, који по својој суштини не спадају у материјалном смислу у управни, већ у парнични поступак, то се не може рећи и за колидирајуће странке. Ово јесу ретки случајеви у пракси, али ако се догоде не би се могло рећи да такви поступци по својој природи не спадају у управни поступак.

3. Услови за страначко деловање

За деловање у управном поступку странке морају имати одређена својства. Без тих својстава ниједан субјекат не може учествовати у управном поступку. Услови који се траже да би једно лице могло бити странка у управном поступку су страначка способност, процесна способност и страначка легитимисаност.

Страначка способност је способност одређеног лица да може бити носилац права или обавеза. Страначку способност у управном поступку имају сви субјекти који иначе имају правну способност (физичка и правна лица без изузетка). Међутим, појам страначке способности у управном поступку није идентичан са општим појмом правне способности, већ је од

њега шири. Наиме, страначку способност могу имати и неки субјекти који немају правну способност. Једини услов је да у конкретном случају могу бити носиоци права или обавеза без обзира на то што то, иначе, не могу бити (члан 40 ст. 2). Тако се као странке у управном поступку могу јавити одређени колективи који, иначе, немају правну способност, али могу бити носиоци права или обавеза у одређеном управном поступку, као што су државни органи, организације, насеље, група лица и сл. (нпр. државни орган коме инспектор намеће неку обавезу; група лица у поступку регистрације удружења грађана). Физичка и правна лица, која, иначе, имају правну способност, имају апстрактно и увек страначку способност за учешће у било ком управном поступку. Ова друга категорија, колективи без правне способности, с обзиром на непостојање правне способности, нема апстрактно посматрано страначку способност, већ само у једном конкретном управном поступку, везано за она права и обавезе чији носилац може бити у конкретној ситуацији.

Као странка у управном поступку може се појавити, по посебном основу, и синдикална организација (редовно може бити странка као свако друго правно лице ако штити своје интересе).Такав случај имамо када се управни поступак односи на какво право или правни интерес члана синдикалне организације.Тада синдикат учествује у управном поступку као странка штитећи интересе својих чланова.

У управном поступку могу учествовати и други субјекти, али без својства странке, а то су (члан 52): државни, односно јавни тужилац, јавни правобранилац и други државни органи који могу такође учествовати у управном поступку када су законом на то овлашћени. Њихова улога у управном поступку је да штите јавни интерес и тада имају, у границама овлашћења, права и дужности странке, али не и својство странке, јер ни они не заступају своје интересе. Њихова овлашћења су процесног карактера и они не могу имати шира овлашћења него што их имају странке, осим ако су им таква овлашћења дата законом.

Процесна способност је способност за самостално предузимање процесних радњи у управном поступку. Процесну способност имају сва лица која изјавама своје воље могу стицати права и обавезе.[2]

Но, и процесна способност у управном поступку може у неким случајевима бити шира од пословне способности. Наиме, у управном поступ-

[2] Према немачком Закону у општем управном поступку, процесну способност могу имати и појединци којима је ограничена пословна способност уколико им се, према прописима грађанског или јавног права, може у конкретном предмету признати процесна способност (§12, тачка 2). У аустријском ЗУП-у ово питање није уопште регулисано, него се позива на сходну примену грађанско-правних прописа.

ку се некада признаје и ограничена процесна способност лицима која иначе немају пословну способност. Тако се код отпуста из држављанства, натурализације и одрицања узима у обзир и изјава воље детета старијег од 14 година, тј. тражи се и сагласност детета да би пратило судбину својих родитеља.

Процесно способна лица могу предузимати радње у управном поступку сама или преко пуномоћника, који у њихово име и за њихов рачун предузимају радње у управном поступку. Но, процесно неспособна лица сама не могу именовати пуномоћника, већ то мора у њихово име учинити заступник.

У теорији се понекад помиње (више у теорији парничног, него управног права) и тзв. постулациона способност. Под постулационом способношћу се подразумева способност одређеног лица које има процесну способност да може непосредно, без пуномоћника, учествовати у поступку (да је фактички у стању да учествује самостално у поступку). Но, у управном поступку, не само код нас, него и у другим земљама, од странака се никада не условљава да имају пуномоћника (обавезно учешће пуномоћника познаје једино кривични поступак). Процесно способне странке могу увек непосредно и саме учествовати у поступку и не морају никада имати пуномоћника. Наравно, с обзиром на то да је то у пракси и најчешћи случај, службено лице које води поступак мора водити рачуна о незнању и неукости странке и упозоравати је, у складу са правилима ЗУП-а, на њена права.

Страначка или стварна легитимација (*legitimatio ad causam*) означава посебан однос одређеног лица према једној конкретној управној ствари, односно конкретном управном поступку (нашем језику би више одговарао назив страначка (стварна) легитимисаност, али је буквално преузимање латинског назива постало уобичајено). Страначка и процесна способност подразумевају апстрактну способност странке да учествује у било ком управном поступку. Међутим, када поседује обе способности, то још не значи да може учествовати у сваком управном поступку. За учешће једне странке у конкретном управном поступку тражи се још и стварна легитимација.

Стварна легитимација подразумева такав однос између одређеног лица и конкретне управне ствари да се у том поступку ради о његовим правима или обавезама. То значи да свако може учествовати само у свом, а не и у туђем предмету (на тај начин се елиминишу фактички интересенти, јер се у поступку не одлучује о њиховим правима или обавезама). Странке могу бити лица која штите своја права и правне интересе (свако апстрактно може тражити грађевинску дозволу, али на конкретном земљишту може само одређено лице).

И стварна легитимација може бити потпуна или ограничена (неко може бити легитимисан да учествује само у једном делу поступка или да предузме само неке радње - нпр. правни интересенти могу учествовати само у мери у којој штите своје правне интересе, док се остали делови поступка на њих не односе). Исто тако, разликује се активна и пасивна стварна легитимација. Активну легитимацију има лице које тражи покретање поступка, а пасивну легитимацију има лице против кога се управни поступак покреће.

За разлику од страначке и процесне способности, које су изричито регулисане у Закону о општем управном поступку, стварна легитимација се не помиње директно. Но, да је и то услов за деловање у једном управном поступку, може се закључити из формулација одговарајућих одредби ЗУП-а и целокупног контекста.

О томе да ли су испуњени сви услови за страначко деловање одлучује службено лице које води управни поступак, као што о томе по службеној дужности води рачуна у току целог поступка. Са утврђивањем страначке и процесне способности у пракси не постоје већи проблеми, јер се ова својства релативно лако могу утврдити. Но, одређивање страначке (стварне) легитимације није увек једноставно, нарочито када су у питању трећа заинтересована лица (у једном случају у пракси је дозвољено супрузи војног обвезника да покрене поступак за скраћење војног рока супруга - јединог храниоца породице - чиме јој је призната стварна легитимација).

Таква лица, која у своје име и по својој иницијативи предузимају процесне радње за другог субјекта који, иначе, има процесну способност, називају се у теорији кривичног процесног права процесним заменицама или супституитима.[3]

4. Начело заштите права грађана и заштите јавног интереса

Начело заштите права грађана и заштите јавног интереса обједињава у себи готово читаву суштину основних начела, па и читавог управног поступка. Равнотежа у реализацији ова два циља обележава целокупан управни поступак, а посебно је наглашена у оквиру овог начела.

Полази се од претпоставке да је остваривање ужих (појединачних или групних) интереса истовремено и у јавном интересу, па се реализацији таквих интереса пружа и одговарајућа заштита. Наиме, у управном пос-

[3] в. Т. Васиљевић, Систем кривичног процесног права, Београд, 1981., стр. 186.

тупку се не може рећи да постоје две супротстављене стране са потпуно супротним интересима, нити да је остваривање ужих интереса само у интересу појединаца и организација, већ је то и у интересу друштвене заједнице као целине. Јавни интерес није апстрактна категорија која не обухвата и уже интересе. Само остваривањем законом признатих и заштићених интереса свих појединаца и организација, остварује се и јавни интерес. Због тога се у управном поступку о остваривању ужих интереса не старају само њихови номинални носиоци, него је то истовремено и дужност службеног лица које води поступак.

Начело заштите права грађана и јавног интереса се, према ЗУП-у (члан 6), састоји из три елемента који су међусобно повезани.

Најпре је предвиђена општа обавеза за органе да при вођењу управног поступка и решавању странкама омогуће да што лакше заштите и остваре своја права, водећи при томе рачуна да остваривање њихових права не буде на штету права и правних интереса других лица, нити у супротности са законом утврђеним јавним интересом (дакле, не оставља се органу управе да слободно процењује да ли је то у супротности са јавним интересом, већ је прецизирано да је у питању законом утврђен јавни интерес, чиме је отклоњена свака могућност самоволје службених лица). Овај елемент начела заштите права грађана и заштите јавног интереса уграђен је у цео Закон о општем управном поступку, а посебно је разрађен и у одредбама општих начела поступка до доношења решења.

Тако је као циљ поступка до доношења решења (члан 125, став 1) одређено да се пре доношења решења имају утврдити све одлучне чињенице и околности које су од значаја за доношење решења и странкама омогућити да остваре и заштите своја права и правне интересе. Посебно је интересантна одредба из члана 126, става 3, по којој је предвиђено да ће службено лице које води поступак прибавити по службеној дужности податке о чињеницама о којима води службену евиденцију орган надлежан за решавање или други орган. То значи да по закону терет прибављања оваквих уверења није на странци, него на органу који води поступак, мада у пракси често има другачијих схватања. Исто тако, чланом 127, став 2, предвиђено је да се од странке неће тражити да прибави и поднесе доказе које брже и лакше може прибавити орган који води поступак, нити да подноси таква уверења која органи нису дужни издавати по члану 161 и 162 Закона (уверења о чињеницама о којима се води, односно не води службена евиденција).

Други елемент начела заштите права грађана и заштите јавног интереса састоји се у обавези службеног лица да упозори странку када, с обзиром на постојеће чињенично стање, сазна или оцени да има основа за

остваривање неког права или правног интереса. Овај елемент је унет у начело заштите права грађана и заштите јавног интереса изменама и допунама ЗУП-а из 1965. године са основним циљем да се нагласи непостојање сукоба између законских интереса странака и интереса надлежних органа. За разлику од суда у парничном поступку, који се углавном ограничава на то да решава у оквиру захтева странака, такав неутралан положај није предвиђен за органе управе. Ако странке саме нису свесне свих права која им по закону припадају, службено лице је дужно да их упозори увек када процени да за то постоји основ. Тиме се још више наглашава активна улога органа који воде управни поступак. Овај елемент је сличан са начелом дужности пружања помоћи странкама и потврда да јавни интерес није само нека апстрактна категорија, него да је и остваривање права појединаца истовремено у јавном интересу. Међутим, у овој одредби акценат је више на материјалним правима странака која им по закону припадају, а не на процесним.

Најзад, трећи елемент се тиче обавеза које се странкама намећу. Ако се на основу закона странкама налажу неке обавезе, према њима ће се примењивати оне мере, предвиђене прописима, које су за њих повољније, ако се и таквим мерама постиже циљ закона. Дакле, смисао ове одредбе је да се странкама у што већој мери олакша сношење терета, али да се остане у законским оквирима. И повољније мере могу бити само оне које су законом предвиђене, а не неке друге. Исто тако, потребно је да се таквим мерама још увек постиже исти циљ, тј. циљ закона. Овај елемент начела заштите права грађана и заштите јавног интереса конкретизован је у одредбама о другостепеном поступку, као и о извршном поступку.

Тако је у одредбама о другостепеном поступку (члан 233, став 2) предвиђено да „ако другостепени орган утврди да је решење правилно у погледу утврђених чињеница и у погледу примене закона, али да се циљ због кога је решење донесено може постићи и другим средствима повољнијим за странку, измениће првостепено решење у том смислу". Исто тако, у оквиру извршног поступка (члан 272, став 1) предвиђено је да „кад постоји могућност да се извршење спроведе на више начина и применом разних средстава, извршење ће се спровести на онај начин и применом оног средства који доводе до циља, а који су по извршеника најблажи".

5. Странка у поступку до доношења решења

Поступак до доношења решења обухвата све процесне радње које се предузимају пре него што се донесе главна одлука у управном поступку.

Циљ поступка до доношења решења је двојак. С једне стране, то је утврђивање материјалне истине, а са друге заштита права странака. Пре доношења решења имају се утврдити све одлучне чињенице и околности које су значајне за решење и странкама омогућити да остваре и заштите своја права и правне интересе (члан 125).

Циљ поступка до доношења решења могуће је остварити на два различита начина. То може бити или у скраћеном поступку или у посебном испитном поступку, зависно од околности појединог случаја. У складу са тим и поступак до доношења решења различито изгледа и тече.

Што се тиче утврђивања чињеница у поступку, у теорији, а и пракси везаној за поједина процесна законодавства, позната су два принципа, односно начела. То су расправно и истражно (инквизиционо) начело. Критеријум за разликовање ова два начела се тиче иницијативе за прикупљање процесног материјала.

Расправно начело подразумева да сву иницијативу за прикупљање процесног материјала имају странке. Ако је ово начело доследно спроведено, орган пред којим се поступак води представља само пасивног посматрача који своје одлуке базира ускључиво на чињеницама које су му понуђене, а сам не предузима никакву иницијативу. То начело је било примењено у парничном поступку у периоду либералног капитализма, у складу са схватањем да држава не треба да се меша у имовинско-правне односе појединаца, али је временом напуштено као искључиви принцип. У управном поступку никада није било прихваћено, почев од аустријског закона из 1925. године, јер се то коси са смислом и суштином овога поступка.

Истражно (инквизиционо) начело подразумева обрнуте улоге. Орган који води поступак предузима сву иницијативу у прикупљању процесног материјала, док странке у том погледу немају никакав утицај. Једино што могу, јесте да органу који води поступак скрену пажњу на одређене чињенице, али се то не сматра обавезом органа да о наведеним чињеницама одлучи. Ово начело је било типично у периоду апсолутистичке државе и то, пре свега, у кривичном поступку.

Савремено стање у погледу процесног законодавства је такво да се најчешће врши комбинација расправног и истражног начела. Наиме, дошло се до закључка да искључива примена једног или другог принципа има доста недостатака, па се излаз тражи у комбинацији. Тако је и у управном поступку заступљено и једно и друго начело, са нагласком на истражном начелу (у парничном је обрнуто - нагласак је на расправном начелу). То значи да службено лице мора предузимати иницијативу у погледу прикупљања процесног материјала, али се то омогућава и странкама. У том

смислу, у ЗУП-у су прецизирана овлашћења и дужности службеног лица у поступку до доношења решења, као и овлашћења и дужности странке (члан 126-130).

Овлашћења и дужности службеног лица. Овлашћења и дужности службеног лица у поступку до доношења решења су груписана у две основне категорије. С једне стране, односе се на утврђивање чињеница, а са друге, у Закону су нормирана и овлашћења која су усмерена према странци.

Службено лице може у току целог поступка употпуњавати чињенично стање и изводити доказе и о оним чињеницама које раније у поступку нису биле изнете или још нису утврђене. Исто тако, службено лице ће по службеној дужности наредити извођење сваког доказа ако нађе да је то потребно ради разјашњења ствари.

Посебно значајна обавеза службеног лица предвиђена је у вези са подацима о чињеницама о којима евиденцију води орган надлежан за решавање или други орган. Да би се олакшао положај странке, предвиђена је обавеза службеног лица да податке о таквим чињеницама само прибави.

У односу на странку, службено лице је дужно да је по потреби упозори на њена права у поступку и да јој указује на правне последице њених радњи или пропуштања у поступку. Ова обавеза службеног лица је повезана са основним начелима управног поступка, као што су начело заштите права грађана и јавног интереса и помоћи странци, с тим што је овде акценат на процесним правима странке.

Ако се у току поступка појави лице које до тада није учествовало у поступку као странка, па захтева да учествује, службено лице које води поступак је дужно да испита њено право да буде странка и да о томе донесе закључак. Против закључка којим се не признаје то својство, допуштена је посебна жалба. Ова ситуација је везана, пре свега, за трећа лица која имају правни интерес да учествују у поступку, а накнадно сазнају за покретање поступка.

Овлашћења и дужности странке. Овлашћења и дужности странке у поступку до доношења решења се тичу у највећој мери чињеница од значаја за одлучивање о захтеву, као и начина давања изјаве странке.

Странка је дужна да чињенично стање на коме заснива свој захтев изнесе тачно, потпуно и одређено.

Уз своје наводе, странка је дужна да понуди доказе и да их по могућности поднесе, осим ако су у питању општепознате чињенице. Ако странка сама не поступи тако, службено лице које води поступак ће је позвати да то учини. Међутим, и ту су предвиђени одређени изузеци.

Од странке се неће тражити да прибави и поднесе доказе које брже и лакше може прибавити орган који води поступак, као ни да подноси таква

уверења и друге исправе које органи нису дужни да издају по Закону о општем управном поступку.[4] Међутим, у ЗУП-у није прецизирано када се сматра да је органу брже и лакше да прибави одређене доказе, па се о томе мора одлучивати у сваком конкретном случају.

У вези са изјавом странке, предвиђено је начелно да се даје у усменој форми, али странка може дати и писмену изјаву, што зависи од околности конкретног случаја. Међутим, кад се ради о сложеној ствари или кад су потребна опширнија стручна објашњења, службено лице може наложити странци да поднесе писмену изјаву у одређеном року, а и сама странка има право у таквим случајевима да тражи да јој се допусти давање писмене изјаве. Но, давање писмене изјаве ниуком случају не утиче на могућност давања и усмене изјаве, нити се то право може странци ограничити.

6. Закључак

Посматрајући неке од елемената Закона о општем управном поступку, може се констатовати да је положај станке тако уређен да су јој обезбеђена основна и битна права. Странка има могућност да активно учествује у целокупном поступку који претходи доношењу решења. Њој је обезбеђена могућност да оствари и заштити своја права и правне интересе кроз све фазе које претходе доношењу решења. Од покретања управног поступка, па све до тренутка док се не управни поступак не заврши, странка има могућност да изнесе своје захтеве, да мења постављени захтев, да износи чињенице и доказе којима ће правно поткрепити свој захтев, као и да побија наводе других учесника. Повреда правила којима се странци гарантује активна улога у управном поступку представља једну од битних повреда. Због таквих повреда странка може да изјави жалбу, да покрене управни спор пред надлежним судом, као и да употреби нека од релевантних ванредних правних средстава.

[4] У старом Закону о општем управном поступку се ово односило само на исправе које се издају на основу службене евиденције, док је новим Законом то проширено на све исправе, без обзира на то да ли се издају на основу службене евиденције или без евиденције. Битно је само то да ли постоји обавеза издавања одређених исправа.

Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

The Status of a Party ип Administrative Procedure

Summary

The party is a person which initiates the administrative procedure, a party against which the procedure is being conducted or a person which participates in such procedure in order to protect his/her rights or interests. The right of a party to participate actively in administrative procedure is guaranteed, especially by provisions pertaining to the procedures prior to the issuance of an order. Violation of these provisions is qualified as a substantial violation of the rules of procedure and, therefore, appropriate legal measures or an administrative dispute can be used as a resort. The status of the parties can be viewed from the perspective of rights and obligations of these indispensable partakers during the course of instigating or conducting the administrative procedure. All provisions of the Law on administrative procedure relate, among other things, to the status of both parties, however, provisions related to the rights and duties of a party in the proceeding prior to the issuance of an order are of a particular importance. The party has an opportunity to participate actively in the entire procedure conducted prior to the issuance of an order. Quite a number of rights and duties bestowed upon a party ensures its active role at this stage. Instances of violation of provisions that facilitate active role of a party in administrative procedure provide the ground for filing an appeal in administrative dispute, as well as for application of an ordinary legal measure: an appeal, the ground for filing an appeal in administrative dispute, as well as the ground for enforcement of some extraordinary legal measures .

35.075(497.11)

Мр Александар Мартиновић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

РЕФОРМА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ У ПРОЦЕСУ ДРЖАВНО-ПРАВНЕ, ПОЛИТИЧКЕ И ЕКОНОМСКЕ ТРАНЗИЦИЈЕ

Сажетак: *Реформа државне управе у Републици Србији отпочела је доношењем Устава Републике Србије од 1990. и Закона о државној управи од 1992. Промене су настављене након 2000, највише на плану организације државне управе. Стратегија реформе државне управе у Републици Србији од 2004. први је програмски документ којим се дефинишу основни циљеви и правци реформе српске државне управе. Током 2005. донет је низ реформских прописа, од којих је најзначајнији Закон о државној управи. Концепцијски свеж, Закон о државној управи садржи одредбе које представљају крупан корак напред у односу на досадашња решења, али и одредбе чији правни квалитет и практична вредност нису сасвим неупитни.*

Кључне речи: *државна управа, реформа, кадровска и финансијска рационализација државне управе, Стратегија реформе државне управе у Републици Србији, Закон о државној управи.*

Уводне напомене

Ако се задржимо на изворном значењу термина *реформа* – промена, мењање – прва ствар која се уочава, када је реч о државној управи, јесте сталан процес њеног преобликовања: институционалног, функционалног и кадровског. Тешко да се може пронаћи и један правни феномен који је у толикој мери динамичан, као што је то случај са државном управом. Већ и летимичан поглед на историју државне управе у Југославији и Србији, само у периоду после Другог светског рата, открије нам обиље разноликих нормативних концепата о појму државне управе, које је у стопу праћено и различитим, понекад и дијаметрално супротним, теоријским разматрањима. Најбољу илустрацију за то пружа она чувена реченица проф. Лазе М. Костића о томе да дефиниција управе има готово онолико колико и писаца који су се овим проблемом бавили[1], као и податак да је само до 1960-тих година конструисано више од три стотине одређења појма управне функције.[2]

Императив времена у којем живимо – укључивање Републике Србије и државне заједнице Србија и Црна Гора у европске и светске интеграционе процесе – наметнуо је као један од основних приоритета и реформу државне управе, у складу са стандардима ОУН, Европске уније и развијених демократских држава, али и условима које прописују међународне финансијске институције, у првом реду Међународни монетарни фонд, које показују велико интересовање за рационализацију државне управе у Републици Србији, нарочито на економском и финансијском плану. Циљ реформе је јасан: створити стручну, ефикасну и деполитизовану државну управу, финансијски рационално организовану, компатибилну у свим аспектима са државним управама у земљама европског Запада. Наведена формула јасно показује да реформа државне управе у Републици Србији нема само правну, већ и изражену политичку и економску димензију. Другим речима, одговор на питање хоће ли се српска државна управа реформисати на начин који ће омогућити интеграцију Републике Србије у Европску унију, не зависи само од квалитета легислативних решења него и од стабилности политичких прилика и спремности политичких актера да поседују минимум заједничких циљева, као и од одговарајуће економске политике.

[1] Лазо М. Костић: Административно право Краљевине Југославије, прва књига, устројство управе, Београд, 2000, стр. 13.

[2] Павле Димитријевић: Јавна управа, Ниш, 1964, стр. 14.

Почетак реформе државне управе у Републици Србији

Процес свеобухватног прекомпоновања државне управе у Републици Србији обично се везује за политичке промене које су уследиле после 5. октобра 2000. Истина је, међутим, другачија. Реформа српске државне управе започела је још 1990, доношењем важећег Устава Републике Србије.

Тај Устав означио је раскид са бројним утопистичким и анахроним постулатима Устава СФРЈ од 1974. (самоуправљањем, договорном економијом, делегатским системом, „кооперативним" федерализмом, комуналним уређењем општина као основних друштвено-политичких заједница и сл.), као и са његовом концепцијом државне управе, разрађеном у Закону о основама система државне управе, Савезном извршном већу и савезним органима управе од 1978. Према Уставу СФРЈ од 1974. (чл. 149) и Закону о основама система државне управе, СИВ-у и савезним органима управе (чл. 26) послови државне управе дефинисани су као: а) спровођење утврђене политике и извршавање закона, других прописа и општих аката скупштина и њихових извршних органа; б) спровођење скупштинских смерница; в) одговорност за стање у областима за које су основани поједини органи управе; г) праћење стања у одређеним областима и давање иницијативе за решавање питања у тим областима; д) решавање у управним стварима; ђ) вршење управног надзора; е) припремање прописа и других општих аката и обављање других стручних послова за скупштине друштвено-политичких заједница и њихове извршне органе; ж) обављање задатака и послова који за органе управе проистичу из њихове сарадње са другим државним органима, као и са самоуправним организацијама и заједницама и грађанима. Драстична организациона и функционална некомпатибилност државне управе у СФРЈ и СР Србији политичким и економским изазовима модерног пост-индустријског доба, који су проузроковани падом комунистичких режима у Источној Европи, условила је ренесансу класичних принципа организације и послова државне управе у Републици Србији. Нормативни основ те ренесансе представљао је управо Устав од 1990. У организационом погледу, њиме је у правном систему Републике Србије инаугурисан класичан облик државне управе – министарство – уместо секретаријата, комитета, управа, завода, комисија и савета, који су представљали реликт социјалистичке организације управе у „држави која

одумире“.[3] Институционално „васкрсавање“ министарства значило је да се Република Србија враћа својој богатој државно-правној традицији, насилно прекинутој после Другог светског рата, чији се корени налазе у законодавству кнеза Михаила и легислативи Краљевине Србије и Краљевине Југославије.[4] Такође, Устав је прописао да се у саставу министарстава образују и други органи управе, за „обављање одређених (дакле, не свих) послова државне управе“, док се за вршење стручних послова образују посебне организације.[5] Када је реч о пословима државне управе, они су Уставом дефинисани у духу проверених нормативних и теоријских начела и одређени су као: а) примењивање закона и других прописа и општих аката Народне скупштине и Владе, као и општих аката председника Републике; б) решавање у управним стварима; в) вршење управног надзора; и г) обављање других управних послова утврђених законом.[6]

Детаљну разраду уставних принципа о организацији и пословима државне управе у Републици Србији садржавао је још један реформски акт - Закон о државној управи.[7] Ступањем на снагу овог закона (у априлу 1992) престали су да важе републички Закон о државној управи од 1989, Закон о државној управи АП Војводине од 1981. и Закон о државној управи АП Косово од 1980. Закон о државној управи усвојио је, Уставом прописану, трипартитну институционалну деобу државне управе на министарства, органе управе у саставу министарстава и посебне организације.[8] У функционалном смислу, Закон о државној управи регулисао је послове државне управе у Републици Србији на готово идентичан начин као и Устав, с тим што је уставној енумерацији послова државне управе додао још један елеменат: припремање закона, других прописа и општих аката.[9] Закон о државној управи од 1992. новелирао је управни систем Републике Србије још једним важним принципом – инокосним старешинством у органима државне управе, за који принцип је још Макс Вебер констатовао да је, са техничког аспекта, најефикаснији и најрационалнији.[10] Када је реч о мини-

[3] „Послове државне управе обављају министарства“, Устав Републике Србије, чл. 94. ст. 1.

[4] Михаиловим Законом о устројству централне државне управе од 1862. уместо дотадашњих „попечительстава“ образована су министарства, а створен је, по први пут у правној историји Србије, и Министарски савет, односно влада. Иначе, овај закон остаће упамћен и по свом дугачком животу – важио је, са одговарајућим изменама и допунама, све до 1929.

[5] Устав Републике Србије, чл. 94. ст. 4.

[6] Устав Републике Србије, чл. 94. ст. 2.

[7] „Службени гласник РС“, бр. 20/92, 6/93, 48/93, 53/93, 67/93, 48/94 и 49/99.

[8] Закон о државној управи, чл. 1.

[9] Закон о државној управи, чл. 8. ст. 1. т. 4.

[10] Макс Вебер: Привреда и друштво I, Београд, 1976, стр. 175.

старствима, као примарним органима управе у Републици Србији, инокосно старешинство, утемељено законом, манифестовало се у виду класичне хијерархијски структурисане пирамиде. На врху пирамиде налазио се министар, испод њега су заменици и помоћници министра, односно секретар министарства, а на дну пирамиде су запослена лица, која могу бити са одговарајућим звањем или без звања. У суштини, истоветан систем старешинства у министарствима усвојен је и у важећем Закону о државној управи[11], при чему је заменик министра само преименован, чини се без довољно оправдања, у државног секретара.

Демократски систем политичког плурализма, који је у Републици Србији обновљен 1990, подразумевао је и деполитизацију државне управе. Разуме се, у демократској држави управа може бити само релативно деполитизована, али не и апсолутно. Наиме, логика демократског система, у чијем су средишту политичке партије које се боре за освајање власти, захтева да се на врху државне управе, по правилу, налази политичка личност – министар, будући да је сваки министар, по речима Оријуа, „политичар који је именован за чиновника."[12] Од министра се, стога, и не може тражити да буде политички неутралан, иако, с друге стране, не би било у складу са демократском политичком културом да се министар понаша као партијски фанатик и секташ, односно, како се некад говорило, као „партизан". Реципирајући премису парламентаризма – да су министри, заправо, политичари – Закон о државној управи од 1992. установио је начело релативне деполитизације државне управе одредбом по којој су сва лица у министарству, изузев самог министра, дужна да своје послове обављају „савесно и непристрасно", без права да се руководе својим политичким убеђењима, да их изражавају и заступају. Такође, закон је изреком забранио да се у органима управе оснивају политичке партије или њихови унутрашњи организациони облици.[13] На тај начин је у органима државне управе у Републици Србији и формално окончан полувековни идеолошки и кадровски монопол једине дозвољене „државне" партије – Савеза комуниста Југославије - која је у јануару 1990. фактички и престала да постоји.

[11] „Службени гласник РС", бр. 79/2005.

[12] в. Михаило Илић: Административно право и други радови, Београд, 1998, стр. 32.

[13] Закон о државној управи, чл. 6.

Организационо прекомпоновање државне управе у Републици Србији после 2000.

Политичке промене у Републици Србији, извршене у октобру 2000, затекле су српску државну управу са прилично једноставном структуром. Основни организациони облик државне управе било је министарство. Што се тиче посебних организација, оне су се образовале у форми секретаријата, завода, дирекција, управа и сл. Трећи вид државне управе – органи управе у саставу министарстава – готово да уопште није био заступљен. Иако Устав садржи одредбу која прописује да се у саставу министарстава образују органи управе „за обављање одређених послова државне управе“ (чл. 94. ст. 4), до 2000. образован је само један такав орган, и то у саставу Министарства правде: Управа за извршење заводских санкција, формирана 1997. Законом о извршењу кривичних санкција.[14]

После 2000. број органа управе у саставу министарстава рапидно се повећава. Већ почетком 2001, Законом о изменама и допунама Закона о министарствима[15], образоване су два нова органа управе у саставу одговарајућих министарстава: Управа за спорт (у саставу Министарства просвете и спорта) и Управа за заштиту животне средине (у саставу Министарства здравља и заштите животне средине). Новим Законом о министарствима[16] образовано је чак шест несамосталних органа управе: две дирекције (Републичка дирекција за воде и Републичка дирекција за робне резерве), два завода (Завод за просторно планирање и урбанизам и Завод за информатику и интернет) и две управе (Управа за спорт и Управа за шуме). Тренд повећања броја органа управе у саставу министарстава настављен је и касније. Према важећем Закону о министарствима[17], поред 17 министарстава, у Републици Србији постоји осам органа управе у саставу одговарајућих министарстава: две дирекције (Републичка дирекција за воде и Републичка дирекција за робне резерве) и шест управа (Управа царина, Управа за ветерину, Управа за заштиту биља, Управа за шуме, Управа за заштиту животне средине и Управа за спорт). Поред тога, посебним законима образовано је још шест несамосталних органа управе: Пореска управа (у саставу Министарства финансија)[18], Управа за трезор (у саставу

[14] „Службени гласник РС“, бр. 16/97.

[15] „Службени гласник РС“, бр. 4/2001.

[16] „Службени гласник РС“, бр. 27/2002.

[17] „Службени гласник РС“, бр. 19/2004 и 84/2004.

[18] в. Закон о пореском поступку и пореској администрацији, „Службени гласник РС“, бр. 80/2002, чл. 1. ст. 2.

Министарства финансија)[19], Управа за игре на срећу (у саставу Министарства финансија)[20], Управа за јавни дуг (у саставу Министарства финансија)[21], Управа за безбедност и здравље на раду (у саставу Министарства рада, запошљавања и социјалне политике)[22] и Управа за дуван (у саставу Министарства финансија).[23] Ако се овом броју дода и Управа за извршење заводских санкција, образована још 1997, долази се до закључка да у Републици Србији тренутно постоји чак 15 органа управе у саставу одговарајућих министарстава. Тај податак довољно уверљиво показује драматичан организациони, односно институционални пораст српске државне управе, који одудара од званично прокламоване политике рационализације државне управе.

Посебну карактеристику развоја државне управе у Републици Србији после 2000. представља оснивање великог броја агенција. Снабдевене низом јавних овлашћења, агенције се могу разврстати у три правне категорије: агенције као јавне службе, агенције као посебне организације и агенције као јавне агенције, у смислу Закона о јавним агенцијама.[24] Када је реч о агенцијама као посебним организацијама, таквих агенција тренутно има шест. Од тог броја, две агенције образоване су важећим Законом о министарствима од 2004. (Агенција за развој инфраструктуре локалне самоуправе и Агенција за страна улагања и промоцију извоза), док су четири агенције образоване посебним законима: Агенција за рециклажу (образована Законом о поступању са отпадним материјама[25]), Безбедносно-информативна агенција (образована Законом о Безбедносно-информативној агенцији[26]), Агенција за енергетску ефикасност (образована Законом о енергетици[27]) и Републичка агенција за мирно решавање радних спорова (образована Законом о мирном решавању радних спорова[28]). Формирање агенција није увек праћено и јасном концепцијом о њиховој правној природи. Школски пример за то је Агенција за заштиту животне средине. Према одредби чл. 14. ст. 3. Закона о министарствима, Агенција за заштиту животне средине је „орган у саставу Министарства науке и заштите животне средине, са својством правног лица“, а образована је ради обав-

[19] в. Закон о буџетском систему, „Службени гласник РС“, бр. 9/2002, чл. 1. ст. 3.
[20] в. Закон о играма на срећу, „Службени гласник РС“, бр. 84/2004, чл. 11.
[21] в. Закон о јавном дугу, „Службени гласник РС“, бр. 61/2005, чл. 42. ст. 1.
[22] в. Закон о безбедности и здрављу на раду, „Службени гласник РС“, бр. 101/2005, чл. 1. ст. 2.
[23] в. Закон о дувану, „Службени гласник РС“, бр. 101/2005, чл. 3.
[24] „Службени гласник РС“, бр. 18/2005.
[25] „Службени гласник РС“, бр. 25/96.
[26] „Службени гласник РС“, бр. 42/2002.
[27] „Службени гласник РС“, бр. 84/2004.
[28] „Службени гласник РС“, бр. 125/2004.

љања одређених стручних послова у области заштите животне средине. Извесно је да ова агенција није посебна организација. Али, прибегнемо ли дословном језичком тумачењу, није ни орган управе, пошто је законодавац избегао да је тако квалификује. Произлази, дакле, да она уопште не припада институционалном систему државне управе Републике Србије, будући да Устав не познаје никакав други организациони облик државне управе сем министарстава, *органа управе* у њиховом саставу и посебних организација. Поставља се, стога, питање због чега се одредба о Агенцији за заштиту животне средине уопште нашла у Закону о министарствима, поготово ако се зна да у саставу Министарства науке и заштите животне средине постоји – као орган управе – Управа за заштиту животне средине. Паралелизам институција истог државно-правног и политичког нивоа (од којих је за једну много лакше рећи шта она није него шта јесте) није рационалан, ни са правног ни са економско-финансијског аспекта.

Додатне промене у организацији и пословима државне управе у Републици Србији изазване су 2003, правно-политичком трансформацијом Савезне Републике Југославије у државну заједницу Србија и Црна Гора. На основу Закона за спровођење Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора[29], Закона о министарствима и Одлуке о прихватању споразума држава чланица о дефинисању коначног статуса органа и организација из члана 15 Закона за спровођење Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора[30], републички карактер стекле су следеће савезне институције: Народна банка Југославије (преименована у Народну банку Србије Законом о Народној банци Србије, „Службени гласник РС“, бр. 72/2003), Агенција за осигурање депозита, санацију, стечај и ликвидацију банака, Комисија за хартије од вредности[31], Плов-пут Београд, Југословенски регистар бродова Београд и Музеј историје Југославије. Такође, највећи део послова државне управе који је био у надлежности некадашњих савезних миистарстава, других савезних органа и организација прешао је у надлежност републичке управе у Србији, односно Црној Гори (царине и систем јавних финансија, савезна полиција, целокупан федерални систем инспекцијског надзора и др.).

[29] „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003.

[30] „Службени гласник РС“, бр. 35/2003.

[31] Занимљиво је да се у чл. 13. т. 7. Закона за спровођење Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора користи стари назив ове некадашње савезне организације: Савезна комисија за хартије од вредности и финансијско тржиште, иако је тај назив промењен још у новембру 2002. Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената („Службени лист СРЈ“, бр. 65/2002).

Стратегија реформе државне управе у Републици Србији од 2004.

Све до краја 2004. реформа државне управе у Републици Србији извођена је без јасног правно-политичког и програмског концепта. Напротив, бројне промене у државној управи, посебно у сфери њене организације, биле су мотивисане не толико реалним потребама државе, колико жељом да се реализују извесни дневно-политички интереси, проузроковани чињеницом да је владајућа коалиција у Србији (ДОС) бројала велики број политичких партија, на почетку чак 18. Потреба да политички лидери и људи из њиховог окружења постану, по сваку цену, државни функционери, довела је до стварања не само великог броја органа управе у саставу министарстава, већ и читавог низа агенција, од којих су неке образоване чак и Владиним уредбама. Такви потези, уместо да српску државну управу учине ефикаснијом и финансијски рационалнијом, довели су до њеног кадровског, организационог и финансијског хипертрофирања. Према подацима Министарства за државну управу и локалну самоуправу, на дан 31. августа 2001. у републичким органима управе (министарствима, изузев МУП-а, и посебним организацијама) и сродним институцијама (Генералном секретаријату и службама Владе и Управи за заједничке послове републичких органа) радило је 8099 лица, од тога 171 постављено лице и 7928 запослених. Непуне три године касније, на дан 31. марта 2004. државна управа у Републици Србији кадровски је увећана за нешто више од три пута: број лица (постављених лица, приправника и запослених на неодређено и одређено време) која су радила у централној управи (без МУП-а) износио је 27238. Ако се ови подаци упореде са подацима Светске банке о броју запослених у појединим европским државама у периоду од 1999. до 2001. долази се до закључка да је српска државна управа кадровски предимензионирана, односно да је број лица која раде у државној управи изнад европског просека. Тако на пример, број запослених у државној управи у Републици Србији мањи је него у Ирској, Грчкој и Аустрији, али је зато већи него у Финској, Чешкој, Мађарској и Пољској, које су и саме, са изузетком Финске, државе у транзицији. Кадровска пренапрегнутост српске државне управе има и своје финансијске последице. Упоредни подаци о учешћу фонда зарада запослених и функционера у државној управи у Републици Србији и државама Централне и Источне Европе у укупном обиму јавне потрошње такође су неповољни по Републику Србију. У Републици Србији током 2004. забележено је веће учешће фонда зарада у укупном обиму јавне потрошње него у Албанији,

Аустрији, Бугарској, Румунији и Словачкој. Већи проценат од Републике Србије имале су само Грчка, Хрватска и Словенија.

У намери да стане на пут некохерентним и недовољно испланираним променама државне управе у Републици Србији, Влада Републике Србије усвојила је крајем 2004. веома значајан програмски документ – Стратегију реформе државне управе у Републици Србији. Осмишљена као теоријски и концептуални оквир реформи, Стратегија је, с једне стране, заузела критички став према актуелном стању у државној управи, док је, с друге стране, постулирала основне циљеве и принципе реформе српске државне управе.

У односу на затечено стање, критички приступ заснован је на ставу да је доношењем Устава од 1990. дошло до напуштања традиционалних вредности српске управе, што се манифестовало у централизму, политичком волунтаризму и константном потцењивању значаја и улоге државне управе израженом у економском осиромашењу државних службеника. Стога су политичке промене 2000, према ауторима Стратегије[32], државну управу затекле у врло лошем стању: на једној страни, био је уочљив дефицит стручних и искусних кадрова, нарочито младих који би били мотивисани да раде у државној управи, а на другој страни, створена је слика о управи као друштвеном паразиту, без икаквог угледа и квалитета, који само троши а не ствара национални доходак.[33] Основни циљеви реформе државне управе дефинисани су у два правца: у правцу изградње демократске државе засноване на владавини права, одговорности, јавности, економичности и ефикасности и у правцу изградње државне управе усмерене ка грађанима, способне да грађанима и приватном сектору пружи висок квалитет услуга уз разумне трошкове. Стратегијом су опредељени и основни принципи чија реализација треба да доведе до остварења наведених циљева. То су: принцип децентрализације, принцип деполитизације, принцип професионализације, принцип рационализације и принцип модернизације.[34]

Ови принципи нашли су свој нормативни израз у новом јавно-правном законодавству Републике Србије, усвојеном током 2005: Закону о јавним агенцијама[35], Закону о Влади[36], Закону о државној управи[37], Закону

[32] Предлог Стратегије припремило је Министарство за државну управу и локалну самоуправу.

[33] Стратегија реформе државне управе у Републици Србији, Београд, 2004, стр. 4.

[34] Стратегија реформе државне управе у Републици Србији, стр. 11.

[35] „Службени гласник РС“, бр. 18/2005.

[36] „Службени гласник РС“, бр. 55/2005.

[37] „Службени гласник РС“, бр. 79/2005.

о државним службеницима[38] и Закону о заштитнику грађана[39], као и у Уредби о измени и допуни Уредбе о начелима за унутрашњу организацију и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама Владе.[40]

Кадровска рационализација државне управе у Републици Србији

Већ је истакнуто да је кадровска предимензионираност државне управе у Републици Србији озбиљан проблем, како са становишта њене ефикасности и квалитета рада тако и са становишта финансијске оправданости. Иако су политичари из владајуће коалиције у Србији (ДОС), након октобарских промена 2000, најављивали знатно смањење државне администрације, у пракси се одвијао сасвим супротан процес: број државних службеника је непрестано растао, при чему у великом броју случајева уопште није вођено рачуна о њиховим стручним способностима и радном искуству. Дешавало се, чак, да се у радни однос у органима државне управе примају лица која не испуњавају елементарне услове из Закона о државној управи од 1992. и Закона о радним односима у државним органима од 1991. У том смислу, карактеристичан је случај Министарства просвете и спорта у којем је, поред 400 лица која су већ радила у том Министарству, после 2000. примљено још 200 лица, тако да је почетком 2004, у време ступања на дужност нове републичке Владе, ово Министарство бројало читавих 600 чиновника. Нешто слично се десило и у Министарству правде: у јануару 2004. број запослених повећан је за 20%. Инспекцијски надзор у појединим министарствима показао је да су у државној управи радно ангажована и лица која нису имала положен стручни испит за рад у органима управе. Само у Министарству просвете и спорта током 2004. откривена су чак 122 таква лица.[41] Прегломазна државна управа захтевала је и енормне буџетске издатке, па је у буџету Републике Србије за 2005. издвојено читавих 84,5 милијарди динара за финансирање државне управе и јавних служби.

[38] „Службени гласник РС“, бр. 79/2005. Иначе, овај закон ступа на снагу 1. јула 2006, изузев неколицине одредаба које су ступиле на снагу 24. септембра 2005.

[39] „Службени гласник РС“, бр. 79/2005.

[40] „Службени гласник РС“, бр. 38/2005.

[41] Подаци су наведени према: www.pogledi.co.yu – дневне вести за 3. децембар 2004.

Стога је један од приоритетних задатака Владе Републике Србије у 2005. било кадровско рационализовање српске државне управе. Између осталих мера, то се постигло и одговарајућим изменама и допунама начела о унутрашњој организацији и систематизацији радних места у министарствима и посебним организацијама. Према чл. 1. Уредбе о измени и допуни Уредбе о начелима за унутрашњу организацију и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама Владе, функционер органа управе дужан је да приликом израде документационе основе одреди оквиран број запослених за чијим је радом престала потреба и да установи број запослених који су писмено изјавили да нису заинтересовани да после доношења правилника о унутрашњој организацији и систематизацији радних места у односном органу управе буду распоређени ни на једно радно место у било ком државном органу. Након што прими писмене изјаве запослених који нису заинтересовани да после доношења правилника буду распоређени ни на једно радно место у било ком државном органу, функционер у документационој основи утврђује коначан број запослених за чијим је радом престала потреба, при чему тај број не може бити мањи од оквирног броја запослених за чијим је радом престала потреба. У чл. 2. поменуте Уредбе одређени су кратки рокови за реализацију Владиних интенција: функционер је дужан да у року од 10 дана од дана ступања на снагу ове Уредбе[42] одреди оквиран број запослених за чијим је радом престала потреба, да у року од 20 дана од дана ступања на снагу ове Уредбе утврди коначан број запослених за чијим је радом престала потреба и да у року од 30 дана од дана ступања на снагу ове Уредбе донесе нов правилник о унутрашњој организацији и систематизацији радних места. Крајем 2004. процене Министарства финансија о смањењу броја запослених у државној управи кретале су се на нивоу од 10%, док је у буџету Републике Србије за 2005. издвојено скоро 5 милијарди динара за отпремнине радника који ће постати вишак у државној управи и јавним службама.

[42] Уредба о измени и допуни Уредбе о начелима за унутрашњу организацију и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама Владе ступила је на снагу 7. маја 2005.

Државна управа као „социјална функција“ и „јавни сервис“

Важну карику у ланцу реформи државне управе у Републици Србији представља системски пропис за ову област – Закон о државној управи од 2005, који садржи знатно другачију концепцију државне управе у односу на ону која је била заступљена у Закону о државној управи од 1992.

За разлику од етатистичког модела државне управе – управе као функције државне власти – нови Закон инсистира на тзв. социјалној функцији управе. У чему се састоји социјална функција управе? Како је наведено у предлогу новог Закона о државној управи, управна делатност се не може свести само на вршење једног вида државне власти; напротив, управна делатност подразумева, пре свега, „вршење јавних услуга, као активности којима се стварају и омогућују услови за свакодневан живот и рад грађана и које доприносе општем развоју друштва као целине.“ Управа престаје да буде пуки инструмент државне власти и постаје „првенствено регулатор друштвених процеса“, а њене функције бивају „све бројније и сложеније“, док „атрибути власти, иако нису нестали, више нису основна садржина управне делатности државе.“

Концепција о државној управи као социјалној функцији дошла је до изражаја приликом дефинисања основних послова и задатака државне управе у Републици Србији. Према Закону о државној управи од 2005. (чл. 12-21), послови државне управе дефинисани су као: а) учествовање у обликовању политике Владе, које се састоји у припремању нацрта закона, других прописа и општих аката за Владу и у предлагању Влади стратегије развоја и других мера којима се обликује политика Владе; б) праћење стања, које се манифестује као праћење и утврђивање стања у областима из делокруга органа државне управе, проучавање последица утврђеног стања и предузимање мера, односно предлагање Влади доношења прописа и предузимање мера на које Влада овлашћена; в) извршавање закона, других прописа и општих аката Народне скупштине и Владе – доношењем прописа, решавањем у управним стварима, вођењем евиденција, издавањем јавних исправа и предузимањем управних радњи; г) инспекцијски надзор, у којем органи државне управе испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица и, зависно од резултата надзора, изричу мере на које су овлашћени; д) старање о законитом раду јавних служби; ђ) развојни послови, који се састоје у подстицању и усмеравању развоја у областима из делокруга органа државне управе, у складу са политиком Владе и; е) оста-

ли стручни послови – прикупљање и проучавање података у областима из делокруга органа државне управе, израда анализа, извештаја, информација и других материјала и вршење других стручних послова којима органи државне управе доприносе развоју области из свог делокруга. Законом о државној управи је предвиђено да се поједини послови државне управе могу поверити, у форми закона, субјектима које законодавац назива „имаоцима јавних овлашћења": аутономним покрајинама, општинама, градовима и граду Београду, јавним предузећима, установама, јавним агенцијама и другим организацијама (чл. 4), с тим што послови државне управе везани за обликовање политике Владе не могу бити ником поверени (чл. 54. ст. 1), док послови инспекцијског надзора могу бити поверени једино органима аутономне покрајине, општине, града и града Београда (чл. 54. ст. 2).

Важна новина Закона о државној управи састоји се и у томе што се њиме по први пут у нашем правном систему постулирају темељна начела рада државне управе: начело самосталности и законитости, начело стручности, непристрасности и политичке неутралности, начело делотворности у остваривању права странака, начело сразмерности и поштовања странака и начело јавности рада (чл. 7-11).

У тежњи да деполитизује рад министарстава, као основних организационих облика државне управе, Закон о државној управи уводи дистинкцију између политичких функционера у министарству и државних службеника са одговарајућим старешинским овлашћењима. Према Закону о државној управи (чл. 24), једини политички функционер у министарству, поред министра, јесте државни секретар. Државни секретар је функционер кога поставља и разрешава Влада на предлог министра и његова дужност престаје с престанком дужности министра. Он помаже министру у оквиру овлашћења која му министар одреди, с тим што министар не може овластити државног секретара за доношење прописа нити за гласање на седницама Владе. Кад у министарству има више државних секретара, министар писмено овлашћује једног од њих да га замењује док је одсутан или спречен. Што се тиче помоћника министара и секретара министарстава, они су престали да буду функционери. Сада су то државни службеници које, додуше, поставља Влада, али према закону којим се уређује положај државних службеника (чл. 25-26). У политичку структуру министарства улазе и посебни саветници министра, којих може бити највише три и који припремају предлоге, сачињавају мишљења и врше друге послове за министра. Посебни саветници не заснивају радни однос у министарству и везани су за мандат министра. С њима се закључује уговор, према општим правилима грађанског права, а накнада за рад им припада према мерилима

које одреди Влада (чл. 27). Најзад, државни службеници постали су и директори органа управе у саставу министарстава (чл. 30), као и директори посебних организација (чл. 35).

Новим Законом прецизно је уређено и вршење послова државне управе изван седишта органа државне управе, у тзв. управним окрузима које образује Влада уредбом (чл. 38-42). У управном округу органи државне управе могу, по сопственој одлуци, да врше један или више следећих послова државне управе: да решавају у управним стварима у првом степену односно о жалби кад су у првом степену решавали имаоци јавних овлашћења, да врше надзор над радом ималаца јавних овлашћења и да врше инспекцијски надзор. Старешина управног округа је начелник, кога поставља Влада на пет година на предлог министра за државну управу и локалну самоуправу и који има положај државног службеника. Поред начелника, у управном округу постоји стручна служба управног округа, задужена за стручну и техничку подршку начелнику и за послове заједничке свим окружним подручним јединицама органа државне управе, као и Савет управног округа, који усклађује односе окружних подручних јединица органа државне управе и општина и градова са подручја управног округа и даје предлоге за побољшање рада управног округа и окружних и других подручних јединица које органи државне управе имају на подручју управног округа.

Законом о државној управи дефинисан је и тзв. унутрашњи надзор, који органи државне управе врше над другим органима државне управе и имаоцима јавних овлашћења у вршењу поверених послова државне управе (чл. 45-50). Унутрашњи надзор састоји се од надзора над радом - који има два облика: надзор над законитошћу рада и надзор над сврсисходношћу рада, од инспекцијског надзора преко управне инспекције и од других облика надзора уређених посебним законом. Министарство не може вршити надзор над радом другог министарства, али зато врши надзор над радом органа у саставу и – што представља још једну новину – надзор над радом посебне организације. Такође, надлежни орган државне управе врши надзор над радом ималаца јавних овлашћења у вршењу поверених послова државне управе. При томе, надлежни орган државне управе располаже општим и посебним надзорним овлашћењима, укључујући ту и надзорна овлашћења у односу на законитост прописа ималаца јавних овлашћења (чл. 55-57).

Знатна пажња у новом Закону посвећена је и јавности рада и односима органа државне управе са грађанима (чл. 76-83). Јавност рада органа државне управе обезбеђује се на два основна начина: тачним и благовременим обавештавањем јавности о раду органа државне управе и јавном

расправом у припреми закона, ако се предлогом закона битно мења правни режим у једној области или ако се предлог закона односи на питања која посебно занимају јавност. Органи државне управе дужни су да на примерен начин, укључујући ту телефон и друга комуникацијска средства којима су опремљени, обавештавају странке о њиховим правима и обавезама и начину остваривања права и обавеза, о свом делокругу, о органу државне управе који надзире њихов рад и начину контакта с тим органом, као и о свим другим питањима битним за јавност рада и односе са странкама. Физичка и правна лица имају право да од органа државне управе траже мишљења о примени одредаба закона и других општих аката, а ови су дужни да своје мишљење, које није обавезујуће, дају у року од 30 дана. Органи државне управе дужни су да грађанима и правним лицима омогуће да на прикладан начин подносе притужбе на њихов рад и на неправилан однос запослених. Ако подносилац притужбе захтева одговор, орган државне управе је дужан да на притужбу одговори у року од 15 дана од дана пријема притужбе. Са странкама органи државне управе морају остварити примерен однос и примати их у току радног времена.

Критички поглед на поједина решења Закона о државној управи

Несумњиво је да је Закон о државној управи од 2005. реформски закон. У правном животу, међутим, није свака реформа истовремено и помак на боље. Напротив, честе су и промене на лошије (reformatio in peius), а неке од тих лоших промена садржи и овај Закон, који је бременит извесним језичким и концепцијско-теоријским мањкавостима.

Најпре нешто о слабостима језичке природе. Пре свега, синтагма „имаоци јавних овлашћења“ није одговарајућа. У Уставу Републике Србије, наиме, говори се о *управним* а не о *јавним* овлашћењима[43]. Појам јавних овлашћења шири је од појма управних овлашћења: јавна овлашћења могу, између осталог, да значе и право на доношење закона или изрицање пресуда од стране недржавних субјеката, пошто се и у доношењу закона и у изрицању пресуда налази одређени квантум *јавне* власти; дати некоме јавна овлашћења значи допустити да државну власт врши неко други, а не сама држава односно њени органи. Државна власт, пак, састоји се не само у вршењу управне функције, него и у законодавству и у судовању. Пошто

[43] „Одређена управна овлашћења законом се могу поверити предузећима и другим организацијама“, Устав Републике Србије, чл. 94. ст. 6.

се овде ради о делегирању управне власти од стране државе недржавним субјектима, онда је много примереније користити израз „*управна* овлашћења". То је израз за кога пледирају и неки наши познати теоретичари управ-ног права (нпр. проф. др Драган Милков[44]). С друге стране, термин „ималац" има имовинско-правну димензију и више је карактеристичан за приватно него за јавно право.

Проблематичан је и термин „управни округ". Стављање префикса „управни" испред речи „округ" подразумева то да у Републици Србији постоје и неки други окрузи а не само управни, нпр. судски окрузи или школски окрузи (који у неким државама заиста постоје). Како у нашем правном систему постоји само једна категорија округа, нема потребе посебно их означавати као „управне".

Није сасвим јасно зашто се у Закону о државној управи заменик министра претворио у „државног секретара". Не само што је тај термин стран нашим осталим позитивно-правним прописима, него одступа и од наше јавно-правне традиције. Само су у једном периоду југословенске социјалистичке уставности (од 1953. до 1971) постојали државни секретаријати као савезни органи управе, а на њиховом челу налазили су се државни секретари. И никада пре и никада после! Израз „државни секретар" карактеристичан је за англосаксонско јавно право: у САД државни секретар је, заправо, министар иностраних послова, а у Великој Британији први човек у министарству после министра. То што се тај термин користи у САД и Великој Британији не значи да он мора некритички да буде прихваћен и у позитивном праву Републике Србије.

Одређене језичке слабости у Закону о државној управи су толико очигледне да их не треба посебно коментарисати: нпр. шта значи „утврђивати стање" у одређеној области (чл. 13) или како схватити одредбу по којој „Министарство има помоћнике министра" (чл. 25. ст. 1)? Овај државни службеник је, наиме, помоћник министра, као што му и сам назив каже, а не помоћник министарства. Неке језичке конструкције су двосмислене: нпр. поднаслов „Усмерења Владе" (изнад чл. 61) може да значи да Влада усмерава органе државне управе, али и да ти органи усмеравају Владу.

Када је реч о концепцијско-теоријским слабостима Закона о државној управи, оне су јасно видљиве из образложења предлога овог Закона. У њему се улога државне управе потпуно мистификује и замагљује се њена суштина. Ниједан озбиљан јавно-правни писац не спори да државна управа врши и одређене јавне услуге „којима се стварају и омогућују услови за свакодневни живот и рад грађана и које доприносе општем развоју

[44] Д. Милков: Управно право I – уводна и организациона питања, Нови Сад, 2001, стр. 100.

друштва као целине.“ Али то је секундарна улога управе; њен примарни задатак је да врши једну од функција државне власти – управну функцију, која се састоји у ауторитативном иступању у појединачним случајевима (доношењем управних аката, вршењем управног надзора и сл.). Тешко се, стога, може оправдати енумерација послова државне управе садржана у новом Закону, у којој се испред одредаба о ауторитативном иступању органа државне управе налазе одредбе о „учествовању управе у обликовању политике Владе“ или о „праћењу стања“ у одређеним областима (узгред: „праћење стања“ је једна од кардељевских фраза, која је била радо коришћена у периоду социјалистичке уставности: Уставу СФРЈ од 1963, Уставу СФРЈ од 1974. и Закону о основама система државне управе, СИВ-у и савезним органима управе од 1978.).

Нелогичне су и одредбе о „унутрашњем надзору“. Из Закона о државној управи произлази да ту врсту надзора може вршити министарство над органом у саставу и над посебном организацијом, као и то да се међусобно могу надзирати органи у саставу и посебне организације. Поставља се, међутим, питање како се може тврдити да један орган у саставу министарства може да процени да ли неки други такав орган поступа законито и целисходно или не? Може ли, примера ради, Управа за спорт да надзире законитост и целисходност рада Пореске управе и обрнуто? Нама се чини да је такво решење апсурдно и у пракси неспроводиво.

Чини се да су одредбе о надзору органа државне управе над законитошћу рада недржавних субјеката („ималаца јавних овлашћења“) телеграфски кратке и да их је требало допунити. Исто важи и за одредбе о неизвршавању прописа аутономне покрајине донетих у областима из изворног делокруга аутономне покрајине који се односе на слободе, права и дужности човека и грађанина.

Најзад, у новом Закону нема одредаба о средствима за рад органа државне управе, као ни одредаба о праву грађана на накнаду трошкова у ситуацијама када се одређене службене радње, и без њихове кривице, нису могле обавити.

Закључак

Реформа државне управе у Републици Србији несумњиво је отпочела. Велики број реформских закона, донетих током 2005, о томе јасно сведоче. Остаје да се види какве ће резултате у пракси ти закони да произведу. Треба се сетити онога што је рекао Слободан Јовановић – закони, ма како добри били, ипак нису ништа друго до правни систем, „а какве ће

последице један правни систем имати у пракси, то не зависи само од њега, већ и од политичких прилика оне посебне земље у којој се примењује ... Према томе, не треба прецењивати значај ниједног правног система.“[45] Реципирање страних решења у домаће законодавство до извесне мере је нужно и неопходно. Па ипак, претеривање у новотаријама у крајњој линији има само негативан учинак. У том смислу, изгледа да је приликом конципирања новог Закона о државној управи требало много више водити рачуна не само о традицији српске државне управе, за коју и поједине признате међународне институције тврде да је изузетно богата и инспиративна[46], већ и о одредбама Устава Републике Србије које се односе на државну управу. И у питању реформе државне управе у Републици Србији показују се дубоко истинитим речи владике Николаја да је за мале народе „добро и потребно, веома потребно, пратити живот великих народа, знати све одлике истих, запазити свако таласање у животу њиховом, но не све без процене примити и усвојити, без процене својих прилика у односу према томе шта се прима и усваја.“ Ниједна реформа, па ни реформа државне управе, не сме бити сама себи циљ. Напротив, реформе су само средство и начин да ствар која се мења буде боља него што је била. Стога свагда треба тежити не било каквим променама у државној управи и не променама по сваку цену, већ само таквим променама које ће за свој крајњи резултат имати ефикасније и економичније остваривање права грађана, као и јавног интереса.

[45] С. Јовановић: „Уставно питање“, *Српски глас*, бр. 24, 25. април 1940.
[46] Стратегија реформе државне управе у Републици Србији, стр. 4.

Aleksandar Martinović, LL.M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Reform of the State Administration in the Process of State's Political and Economic Transition

Abstract

Institutional changes in the administration of Republic Serbia, that included all areas-organizational, functional, and personal, have started in the beginning of 1990s, with The Constitution of Republic of Serbia in 1990 and The Law on state administration in 1992. Those changes were continued even after 2000. especially in the area of organization of state administration. A large number of administrative bodies was formed, but also a large number of different agencies, which legal nature haven't been specified in many cases.

In the end of 2004, the governmnet of the Republic of Serbia has adopted a very important document- The Strategy of reform of the state's adminstration in the Republic of Serbia.This document defined the basic weaknesses of present system of state administration and directions of administration's reform. On the basis of those strategic orientations, during 2005 were adopted several important amended laws: Law on Public Agencies, Law on Government, Law on State Administration, Law on State Officials, Law on Ombudsman, and also Regulation on changes and addition of the regulation on principles of internal organization and classification of positions in ministries, special organizations and government services.

The main intention of above mentioned regulation was to racionalize personally and financially serbian state administration. At the same time, The Law on the State Administration established entirely new conception of the state administration - administration understood as „social function" and „public service". Certain novelties from this law are undoubtelly rather useful,(for example, provisions that guarantee depolitization of the state administration even more than it was present so far). On the other side, one can get an expression that some solutions from this law aren't established in our tradition of public law nor in still valid Constitution of the Republic of Serbia. It is specially related to the enumeration of activities of state administration, in which the

activity which is crucial for the state administration -authoritative activity in individual situations - is placed in the background, as far as to some unauthoritative activities were given primary importance.

At last, certain provisions of The Law on state administration from 2005. are kind of restauration of some solutions whcih characterised socialistic laws on state administration, which were by pactice have shown as absurd and surpassed (for example, „attendance and fortification“ of activities from the state bodies). Only the life will show, whether and when should be this law in the future amended.

339.923:061.1EU]:34

Проф. др Бернадет Бордаш, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

УТИЦАЈ КОМУНИТАРНОГ ПРАВА НА НАЦИОНАЛНО МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО – ОДАБРАНА ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ПРАВДЕ

Сажетак: *У раду се разматра питање примене и дејства комунитарног права на национална колизиона правила држава чланица. С обзиром на то да је Амстердамски уговор (1997) о изменама Уговора о установљењу Европске заједнице установио правни основ за уобличавање међународног приватног права ЕЗ, односно ЕУ отворен је простор за унификацију и/или хармонизацију правила о сукобу закона (колизионих норми) држава чланица. Став 1/б члана 65, међутим, има ограничен домашај: комунитарним колизионим нормама ће бити места само у грађанским стварима које имају прекограничне последице и у мери која је неопходна да се осигура добро функционисање унутрашњег тржишта. Последица тога јесте да ће неке материје остати ван домашаја комунитарног права. У том домену остаје реалност да национално колизионо право буде тумачено у складу са циљевима комунитарног права што се у пракси Европског суда правде и поводом ње већ одразило у националним правилима међународног приватног права држава чланица.*

Кључне речи: *међународно приватно право Европске заједнице, унификација и хармонизација колизионих норми, држављанство бипатрида, меродавно право за способност правних лица*

1. Увод

Амстердамски уговор о установљењу Европске заједнице из 1997. године створио је експлицитни правни основ за усвајање секундарних извора комунитарног права који, с обзиром на материју на коју се односе, оформљују Међународно приватно право Европске заједнице, односно Европске уније. Тај основ се налази у одредбама члана 61/ц[1], односно члана 65[2] Наслова IV (Визе, азил, имиграција и остале политике које се односе на слободно кретање лица) Трећег дела (Политике Заједнице). Од ступања на снагу УЕЗ (1999) усвојено је више регулатива[3] у погледу којих је Европски суд правде, на основу одредаба члана 68[4], надлежан да доноси

[1] Члан 61: "У циљу постепеног успостављања простора слободе, безбедности и правде, Савет доноси:

…….

с) мере у области правосудне сарадње у грађанским стварима, у складу са чланом 65;".

[2] Члан 65: "Мере у области правосудне сарадње у грађанским ствама које имају прекограничне последице и које се усвајају по процедури предвиђеној у члану 67, у мери која је неопходна да се осигура добро функционисање унутрашњег тржишта, обухватају:

a) побољшање и поједностављење:
   - система прекограничног достављања и нотификовања судских и вансудских докумената;
   - сарадњу у области добијања доказа;
   - признање и извршење пресуда у грађанским и трговинским стварима, укључујући и случајеве вансудских одлука;

b) унапређење усклађености правила држава чланица која се примењују на сукоб закона и на сукоб судских надлежности;

c) укидање препрека за добро функционисање грађанских поступака, уколико је то потребно подстицањем усклађености правила о грађанском судском поступку која важе у државама чланицама."

[3] Регулатива Савета (ЕЗ) Но. 1346/2000 о стечајном поступку, Регулатива Савета (ЕЗ) Но. 1347/2000 о надлежности и о прознању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности за заједничку децу оба брачна партнера, Регулатива Савета (ЕЗ) Но. 1348/2000 о достављању у Државе чланице судских и вансудских докумената у грађанским и трговинским стварима, Регулатива Савета (ЕЗ) Но. 44/2001 о надлежности и о признању и извршењу пресуда у грађанским и трговинским стварима, Регулатива Савета (ЕЗ) Но. 1206/2001 о сарадњи међу судовима у извођењу доказа у грађанским и трговинским стварима, Регулатива Савета (ЕЗ) No. 2201/2003 о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним ствама и стварима родитељске одговорности, којом се ставља ван снаге Регулатива бр. 13477/2000, Регулатива Европског парламента и Савета (ЕЗ) Но. 805/2004 о стварању Европске извршне наредбе.

[4] Члан 68: "1. Члан 234 се примењује на овај наслов под следећим околностима и условима: када се неко питање тумачења овог наслова или ваљаности или тумачења аката органа Заједнице заснованих на овом наслову постави у неком поступку који је у току пред правосудним органом једне од Држава чланица, против чије одлуке по националном праву

одлуке о претходним питањима (члан 234 УЕЗ). Примена ових извора од стране националних судова држава чланица наметнуће и потребу њиховог тумачења у складу са њиховим циљевима и начелима и циљевима самог Уговора о установљењу Европске заједнице. За сада, таквих пресуда нема много.[5]

Предмет овог рада, међутим, није пракса Европског суда правде која би се односила на тумачење секундарних извора комунитарног права који чине Међународно приватно право ЕЗ, већ пракса поводом спорова са страним елементом који се везују за две или више држава чланица, по свом предмету спадају у међународно приватно право (најчешће у сукоб закона) и у неком свом аспекту спадају и под поље примене комунитарног права. Овде је, дакле реч о ситуацијама које имају следеће карактеристике:

- чињенично стање са елементом иностраности, с тим да се везује за две или више држава чланица ЕЗ; то су односи са страним елементом унутар ЕЗ, а искључују односе који показују повезаност само са једном државом чланицом, који су чисто унутрашњи односи;
- спорови из таквих односа са елементом иностраности унутар ЕЗ спадају у међународну надлежност правосуђа или других органа неке од држава чланица;

не постоји могућност изјављивања правног лека, тај правосудни орган подноси Суду правде захтев за прелиминарно мишљење, уколико сматра да је одлука по том питању неопходна како би донео своју пресуду.

2. У сваком случају Суд правде није надлежан да донесе одлуку о било којој мери или одлуци која је предузета у складу са чланом 62(1) а која се односи на одржавање јавног реда и очување унутрашње безбедности.

3. Савет, комисија или нека од Држава чланица могу затражити од Суда правде да донесе пресуду о неком питању тумачења овог наслова или аката органа Заједнице заснованих на овом наслову. Пресуда Суда правде као одговор на тај захтев неће се примењивати на одлуке правосудних органа Држава чланица које су постале res iudicata."

[5] Видети, на пример Case C-555/03, 2004 ECR 6041, OJ C 228, стр. 19; Warbecq v Ryanair Ltd., on the interpretation of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Order of the Court (Fourth Chamber), 10 June 2004, Court or tribunal having the power under Article 68 EC to request the Court to give a preliminary ruling – Court lacking jurisdiction to give a preliminary ruling: par. 14 – It is not disputed in the present case that decisions taken by the Tribunal du travail de Charleroi in proceedings such as the main proceedings are amenable to appeal under national law. Par. 15 – Therefore, as the reference to the court has not been made by a court or tribunal as referred to in Article 68 EC, the Court has no jurisdiction to give preliminary ruling on the interpretation of Regulation No 44/2001."¸видети такође, Case C-443/03 Götz Leffler v Berlin Chemie AG, Judgment of the Court of Justice , 8 November 2005, поводом тумачења Council Regulation (EC) No 1348/2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters; Press release, http://curia. eu.int/ en/actu/communiques/index.htm, посећене 14.11.2005.g.

- међународно надлежан суд или други орган неке од држава чланица примениће норме свог међународног приватног права да би одредио меродавно супстанцијално право за спорни однос;
- конкретна норма међународног приватног права на основу које се примењује супстанцијално право може да има за резултат решење које није у складу са комунитарним правом;
- Европски суд правде је у поступку по претходном питању надлежан да донесе одлуку у вези тумачења комунитарног права (било Уговора, било других извора које су донели органи Заједнице) када се оно постави пред судовима држава чланица;
- Одлука Европског суда правде о тумачењу комунитарног права поводом односа са елементом иностраности (односа регулисаног нормама међународног приватног права) може да промени решење до кога би се дошло применом националног права, што је последица тумачења норми националног права у духу комунитарног права, тј. с обзиром на циљеве комунитраног права.

Европски суд правде је у току последње деценије донео више одлука које су, могло би се рећи, уздрмале, одређена врло широко прихваћена правила међународног приватног права с обзиром да је њихово тумачење са аспекта комунитарног права наметнуло решења до којих национално међународно приватно право и меродавно супстанцијално право не би довело. Имајући ово у виду поставило се и питање да ли одређена правила међународног приватног права треба преиспитати и променити, бар уколико је реч о државама чланицама ЕЗ.

2. Одабрани случајеви из праксе Европског суда правде

2.1. Случај Garcìa Avello: lex nationalis као меродавно право за одређивање личног имена и одређивање држављанства бипатрида

Европски суд правде је у поступку по претходном питању на основу члана 234 УЕЗ донео пресуду у случају García Avello v. Belgian State[6] која се сматра нарочито значајном због тога што је чињенице које имају међу-

[6] Carlos Garcia Avello v Belgian State, case C-148/02, ECR 2003, I-11613.

народно-приватноправне импликације подвео под комунитарно право, са резултатом који установљава супротност и непримењивост правила међународног приватног права Белгије на случај са елементом иностраности.

Чињенице случаја су следеће: господин Garcìa Avello, шпански држављанин и госпођица I. Weber, белгијска држављанка, обоје резиденти Белгије, закључили су брак 1986. године, такође у Белгији. Њихова деца, Есмералда и Диего имају држављанство и Белгије, и Шпаније. Презиме деце је у складу са белгијским прописима[7] уписано у изводе у матичне књиге рођених као Garcìa Avello. Gospodin Garcìa Avello и његова супруга, у својству законских заступника своје деце поднели су 1995. године захтев Министру правде Белгије да им одобри промену презимена деце у Garcìa Weber, пошто по шпанском праву и традицији[8] деца рођена у браку носе презиме које је састављено од првог презимена оца после којег се додаје прво презиме мајке. Под тим презименом су деца уведена у књиге конзуларног одељења Амбасаде Шпаније у Бриселу. Промена презимена би значила да би деца могла да носе исто презиме и у Белгији, и у Шпанији. Белгијске власти су 1997. године сугерисали подносиоцима захтева да презиме деце промене у Garcìa, али су они сугестију одбили. Министар правде је после овог обавестио госп. Garcìa Avello-у о одбијању захтева с образложењем да не постоје оправдани разлози за промену презимена деце у Garcìa Weber, пошто у Белгији деца носе очево презиме.

Овај случај са елементом иностраности је јасан са аспекта примене правила међународног приватног права Белгије: право меродавно за одређивање презимена неког лица је lex nationalis с обзиром да је реч о статусном питању. Пошто је овде реч о лицима која имају два држављанства, белгијско право одређује критеријум на основу кога ће се утврдити чији држављани су ова лица у поступку који се води пред белгијским органом. Белгијско међународно приватно право за овакве случајеве има правило да се бипатриди сматрају држављанима Белгије, уколико је једно од њихових држављанстава белгијско.[9] Одбијање захтева законских заступника деце Есмералде и Диега за променом њиховог презимена у Garcìa Weber је у складу са белгијским правом које је одређено као меродавно.

Међутим, са аспекта комунитарног права овај случај и његови чињенични елементи добијају сасвим другачији значај. Подносиоц захтева је поднео приговор и истакао да је одлуком, између осталог, повређен белгијски Устав као и члан 18 УЕЗ због тога што су различите ситуације (деце

[7] Члан 335 Грађанског законика Белгије.

[8] Чланови 108-109 Грађанског законика Шпаније.

[9] Члан 3 Хашке конвенције о одређеним питањима која се односе на сукоб закона о држављанству од 12. априла 1930. године; видети тачку 32. Мишљења општег правобраниоца Jacobs-a од 22. маја 2003. године.

која имају само белгијско држављанство и деце која имају двоструко држављанство) третиране на исти начин без оправданог разлога, те је Државни савет Белгије упутио Европском суду правде претходно питање, које се у суштини своди на следеће: да ли се принципи комунитарног права који се односе на грађанство ЕУ и на слободу кретања садржани у члановима 17[10] и 18[11] УЕЗ могу тумачити на начин да, у конкретним околностима случаја, спрече белгијске органе управе у томе да одбију захтев да се дозволи промена презимена деце, која имају белгијско и шпанско држављанство, да би она носила презиме одређено у складу са шпанским правом и традицијом.

Општи правобранилац је у свом Мишљењу најпре заузео став да ситуација није чисто интерна, већ спада под поље примене права Заједнице на основу тога да је Garcìa Avello шпански држављанин који је дошао у Белгију да ради и живи користећи право на слободно кретање, те су околности у којима су се нашла деца последица тога да се њихов отац користио правом које је гарантовано Уговором о ЕЗ: он је истакао да деца, иако белгијски држављани, «такође имају и држављанство једне друге државе чланице. Та чињеница је неодвојива од права њиховог оца, који их издржава, на слободно кретање.... Са аспекта (комунитарног) права, чињеница да имају држављанство двеју држава чланица јесте релевантна и не може да се прихвати да једно држављанство прекрије друго у зависности од тога где се они баш налазе.»[12] У погледу питања да ли је повређено право које је гарантовано у праву ЕЗ, у Мишљењу је најпре истакнуто да «нема сумње да сâмо комунитарно право не регулише регистрацију или промене у регистрацији имена у матичним књигама рођених, венчаних, умрлих или у књигама грађанског стања. Ту материју, начелно, регулишу државе чланице, у складу са одредбама које уређују међународно-приватноправне аспекте, ***под условом да поступајући тако не делују на начин који је некомпатибилан са њиховим обавезама по комунитарном праву***.»[13] Правобранилац се сложио са ставом Комисије да установљавање права грађанства Уније, заједно са уживањем свих припадајућих права на основу УЕЗ, укључујући и право на недискриминацију, створило нову ситуацију у којој «члан 17 чини јаснијим примену принципа недискрими-

[10] Члан 17/1 УЕЗ: "Установљава се право грађанства Уније. Грађанин Уније је свако лице које има држављанство неке од држава чланица. Грађанство Уније комплетира, а не замењује национално држављанство."

[11] Члан 18/1 УЕЗ: Сви грађани Уније имају право да се слободно крећу и бораве на територији држава чланица, уз поштовање ограничења и услова предвиђених овим Уговором и мерама за његово спровођење."

[12] Тачка 52. Мишљења; видети, такође, тачку 29 Пресуде.

[13] Тачка 57 Мишљења.

нације у свим ситуацијама које спадају под домашај права Заједнице, а да при том није потребно установити постојање везе са неком специфичном економском слободом.»[14] Даље је истакнуто да комунитарно право означава као дискриминацију *третман објективно сличних ситуација на различит начин или објективно различитих ситуација на исти начин*: с обзиром да по белгијском праву промена презимена може да буде дозвољена из озбиљних разлога, «систематско одбијање да се дозволи промена када су разлози за то недовојиви од поседовања другог држављанства, мора се сматрати дискриминацијом по основу држављанства»[15] јер би се тиме поступало на исти начин са онима који, следствено томе да имају и неко друго држављанство осим белгијског а носе презиме или један њихов родитељ носи презиме које није формирано у складу са белгијским правом, и онима који имају само белгијско држављанство и носе презиме формирано у складу са наведеним правилима, упркос томе да су њихове ситуације различите.[16] Суд је у својој пресуди од 2. октобра 2003. године изрекао да постоји повреда одредаба чланова 12[17] и 17 УЕЗ и да, следствено, надлежни орган државе чланице у конкретној ситуацији *не може да одбије захтев* за промену презимена деце која живе у тој држави, имају држављанство те државе и једне друге државе чланице, а захтевом се тражи дозвола да деца носе презиме одређено по праву и традицији те друге државе чланице.[18]

[14] Тачка 61 Мишљења.

[15] Тачка 63 Мишљења; видети, такође, тачке 34-35 Пресуде.

[16] Видети , такође, тачку 65 Мишљења и тачку 43 Пресуде: «Одбијање дозволе да презиме г-дина Garcia Avello буде пренесено у складу са начином на који је формирано последица је што се користио правом на слободно кретање, јер да то право није користио, не би настала ситуација која је довела до тог одбијања. Постојање административне праксе која систематски доводи до таквих одбијања, стога, чини коришћење таквог права мање атрактивним.»

[17] Члан 12/1 УЕЗ: "У оквиру примене овог Уговора и уз поштовање свих његових посебних одредби, забрањује се свака дискриминација по основу држављанства."

[18] Видети тачку 45 Пресуде.

2.2. Случајеви Daily Mail, Centros, Überseering и Inspire Art: lex societatis по месту инкорпорације или по месту стварног седишта

2.2.1. Претходне напомене поводом случајева Daily Mail, Centros, Überseering и Inspire Art

Ова четири случаја из праксе Европског суда правде поставила су питање да ли колизионе норме националног међународног приватног права која се односе на способност правних лица (lex societatis) ограничавају слободу настањивања из чланова 43 и 48 УЕЗ. Проблем је формулисан од стране једног од многих немачких правних писаца[19] о овој теми као «примена начела слободе настањивања на правила сукоба закона» због тога што примена комунитарног права, оличеног у овом случају у начелу сло.-боде настањивања, доводи у питање функцију и применљивост националне колизионе норме неке од држава чланица на чињенично стање са страним елементом у области компанијског права. Овај проблем се јавља из два разлога: један је у одредбама наведених чланова УЕЗ, а други у појму и својству правних лица – у овом контексту компанија и фирми[20] – као адресата слободе настањивања.

Слобода настањивања – Слобода настањивања из чланова 43 и 48 Уговора о установљењу Европске заједнице једна је од основних слобода путем чијег остваривања се реализује циљ ЕЗ, односно ЕУ. На основу одредби члана 43 *забрањено је ограничење*: (1) слободе настањивања држављана једне државе чланице на територији друге државе чланице, и (2) оснивања агенција, огранака и филијала од стране држављана једне државе чланице који су настањени на територији друге државе чланице. Ограничења су дозвољена само на основу «законских и административних прописа, који на различит начин уређују положај странаца, из разлога јавног поретка, јавне безбедности и здравља»[21]. Слобода настањивања обухвата право да се оснује и обавља самостална делатност личним радом, с једне стране и *право да се оснује и управља предузећем* – нарочито компанијама или фирмама – под условима који се односе на држављане државе чланице у којој се остварује право на настањивање (став 3 члана 43),

[19] W-H. Roth, Case C-217/97, Centros, 37 Common Market Law Review 147 (2000).

[20] Према ставу 2 члана 48 УЕЗ "Под 'компанијама или фирмама' се подразумевају компаније или фирме грађанског или трговачког права, укључујући и задружна друштва и друга правна лица јавног или приватног права, осим оних која не послују ради стицања добити."

[21] Видети члан 46 УЕЗ.

с друге стране. Став 1 члана 48 садржи одредбу која одређује положај правних лица - компанија или фирми – у контексту примене одредби УЕЗ о праву настањивања по основу члана 43. Према овој одредби, компаније и фирме које су основане у складу са прописима једне државе чланице и које имају: (i) своје регистровано седиште, (ii) своју главну управу или (iii) главно место пословања унутар Заједнице, изједначене су са физичким лицима држава чланица. Ово изједначење значи да компаније и фирме повезане са државама чланицама било на основу закона оснивања, било на основу три наведена показатеља овлашћене да се користе слободом настањивања из члана 43 и у оквиру те слободе оснивају компаније или фирме на територији Заједнице (друге државе чланице) – што се назива примарном слободом настањивања (став 3 члана 43) и да оснивају агенције, филијале и огранке – што се назива секундарном слободом настањивања (став 2 члана 43).

Lex personalis правних лица и слобода настањивања - Остваривање ове слободе у Европској заједници, односно унији доводи до проблема међународног приватног права. За разлику од физичких лица, компаније и фирме су, као правна лица, фикција, творевина права одређене државе и она постоје на основу и у границама тог права. Право одређене државе, на основу кога је правно лице настало и које му даје субјективитет одређује настанак, унутрашњу организацију, деловање, положај према трећим лицима, престанак те на тај начин представља персонално право – lex societatis – тог лица. У случајевима када правна лица наступају у међународном правном саобраћају, дакле изван граница држава чије право им је дало то својство (субјективитет), то њихово својство мора да буде прихваћено, тј. признато од стране других држава. Да ли ће својство правног лица бити признато у некој другој држави у којој оно није основано представља колизиони проблем националног међународног приватног права. Меродавно право за решење овог проблема је lex personalis који се одређује помоћу две основне тачке везивања: места седишта[22] и места инкорпорације[23] правног лица. С обзиром на то да обе тачке везивања имају слабости (место седишта се може мењати, а правно лице може да има и више седишта; инкорпорација истог правног лица може да се изврши у више држава, или правно лице уопште не мора да буде инкорпорисано; место седишта, од-

[22] Место седишта, под којим се најчешће подразумева место главне управе, усвојено је као тачка везивања, на пример, у Аустрији, Грчкој, Немачкој, Француској, Белгији, Луксембургу, Пољској.

[23] Према месту инкорпорације (регистрације) се одређуј lex societatis, на пример, Уједињеном Краљевству, Ирској, САД, Данској, Холандији, Португалији, Шведској, Норвешкој, Финској, cf. E. Werlauff, Using a Foreign Company for Domestic Activities, www.rws-verlag.de/volltext/#BM_1

носно инкорпорације правног лица често може да буде различито од места пословања правног лица) ове две тачке везивања се могу и комбиновати[24].[25] Активности компанија и фирми које прелазе границе државе у којој су основане (инкорпорисане), поред премештања места стварног седишта - под којим се подразумева место главног управљања - и места статутарног седишта из једне државе у другу, обухватају отварање огранака, филијала, агенција, спајање компанија, стварање консерна, куповину иностраних правних субјеката, односно прелаз својине у руке иностраних правних субјеката, итд. Свака од наведених промена доводи до сложених последица које имају и колизионоправни аспект.[26] У излагањима која следе задржаћемо се само на колизионоправним последицама премештања седишта из једне у другу земљу, имајући у виду праксу Европског суда правде у случајевима из овог поднаслова. Пракса суда је, наиме, признала предност теорије инкорпорације у овом домену који је остао изван унификације и хармонизације у границама Европске заједнице[27].

По теорији *инкорпорације* персонално право (lex societatis) правног лица је право оне државе у којој и по чијем праву је оно основано и у којој има своје регистровано, односно статутарно седиште. Чињеница да инкорпорисано правно лице има стварно седиште (место главне управе) у некој другој држави, или да премешта стварно седиште у неку другу државу не утиче на правни субјективитет у држави инкорпорације. Са аспекта државе у којој је извршена инкорпорација компанија или фирма остаје домаћи правни субјект, све док статутарно седиште остане исто, тј. док се не

[24] На пример, Швајцарска, Италија, Мађарска, СЦГ.

[25] Видети шире, на пример, код E. Wymeersch, The Transfer of the Company Seat in European Company Law, 40 Common Market Law Review 2003, 661-695.

[26] Видети P. Behrens, Niederlassungsfreiheit und Internationales Gesellschaftsrecht, 55 RabelsZ 498-525 (1988); Grossfeld/Jaspers, Identitätswahrende Sitzverlegung und Fusion von Kapitalgesellschaften in die Bundesrepublik Deutschland, 53 RabelsZ 52 (1989).

[27] Римски Уговор о установљену ЕЕЗ је члану 220 (чл. 293 по Амстердамском уговору: «Државе чланице воде међусобне преговоре, ако је то потребно да би обезбедиле следеће погодности својим држављанима: - узајамно признање трговачких друштава и предузећа у смислу става 2 члана 48, задржавање правног субјективитета у случају премештања седишта из једне у другу државу чланицу, као и могућност удруживања трговачких друштава или предузећа на која се примењују правни прописи различитих држава;») прописао правни основ за регулисање проблематике узајамног признања компанија у смислу става 2 члана 58 (чл. 48) у циљу задржавања својства правног лица у случају премештања седишта из једне у другу државу чланицу, дајући овлашћење државама чланицама да воде преговоре и закључе по овом предмету међународне споразуме. Државе чланице су и усвојиле Конвенцију о признању компанија и корпорација 1968. године, али она никада није ступила на снагу (CELEX 41968A 000(01) Convention on the mutual recognition of companies and bodies corporate, Bulletin of European Communities, suppl. No. 2-1969, p. 7-14, 29/02/1968) из разлога што није ратификована у Холандији.

премести у другу државу. Међутим, колизионоправна последица промене стварног седишта се мора сагледати и из перспективе државе у коју се оно премешта. Ту су могуће две ситуације: (а) уколико је реч о држави која такође усваја теорију инкорпорације у погледу персоналног права правних лица, компанија или фирма остаје подвргнута праву државе у којој је инкорпорисана и постоји као иностранo правно лице; (б) уколико држава у коју се премешта седиште главне управе примењује теорију стварног седишта, мења се персонално право (lex societatis) компаније или фирме са одговарајућим последицама које одређује (ново) меродавно супстанцијално право, без обзира на то што држава инкорпорације по свом праву не ускраћује субјективитет дотичном правном лицу.

По теорији *стварног седишта* персонално право правног лица се одређује према праву оне државе у којој се налази седиште главне управе, без обзира на то у којој држави је обављена инкорпорација и где се налази статутарно седиште. Колизионоправна последица премештања стварног седишта из једне државе у другу јесте промена персоналног права компаније или фирме. С обзиром на то да ова теорија даје правни субјективитет само оним облицима организовања (ентитетима) који су инкорпорисани у држави у којој имају не само статутарно већ и стварно седиште, оба ова показатеља морају да се стекну у истој држави. Стога, премештање стварног седишта има различите последице: (а) ако се стварно седиште премешта из државе која такође прихвата ову теорију, компанија или фирма аутоматски губи свој ранији (државни) идентитет и са инкорпорацијом у држави новог стварног седишта добија припадност те државе; (б) ако се стварно седиште премешта из државе која је на позицијама теорије инкорпорације у државу у чијем је праву прихваћена теорија стварног седишта, компанија или фирма по новом персоналном праву неће бити призната као субјект права све док се не региструје у држави у коју премешта седиште, без обзира на то да јој право државе у којој је инкорпорисана и у којој има статутарно седиште (раније персонално право) не ускраћује својство правног лица.

Имајући у виду овакво – веома упрошћено описано - стање упоредне колизионе регулативе и непостојање комунитарних колизионих правила за решење питања премештања стварног седишта из једне у другу државу чланицу, четири случаја из праксе Европског суда правде су дала повода да се поново нагласи стварна потреба за стварањем комунитарних извора права у овој материји, али исто тако и за то да се преиспита одрживост теорије стварног седишта с обзиром на остваривање слободе настањивања из УЕЗ.

2.2.2. Daily Mail

Случај The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC.[28] је почетни случај поводом кога се поставило питање утицаја слободе настањивања на колизионе норме које одређују персонално право правних лица, тј. компанија и фирми у смислу става 2 члана 48 (ex 58) УЕЗ.

Једно од питања које је упућено Европском суду правде у поступку по претходном питању било је: да ли је на основу одредаба члана 43 и 48 (ex 52 и 58) УЕЗ држави чланици ускраћено право да компанијама, које имају своју главну управу у тим државама, забране трансфер стварног седишта (центра главне управе) у другу државу чланицу без претходне сагласности или одобрења, а без чијег прибављања би дошло до избегавања плаћања пореза на добит.[29] Питања упућена Суду су проистекла из чињенице да је Daily Mail and General Trust PLC, као деоничарско друштво са статутарним седиштем у Уједињеном Краљевству, намеравао да премести центар своје главне управе у Холандију, а да би издејствовао пореске погодности на снази у овој последњој држави и избегао порезе у Енглеској. Надлежне пореске власти Енглеске су, међутим, одбиле да издају дозволу потребну за реализацију трансфера стварног седишта, те је поводом поступка пред Queen's Bench Division of High Court of Justice упућено питање Европском суду правде о томе да ли су одредбе енглеског компанијског права у складу са слободом настањивања из УЕЗ, тј. *да ли компанија инкорпорисана у једној држави чланици и са статутарним седиштем на њеној територији има право, на основу чланова 52 и 58 УЕЗ*[30]*, да премести своје стварно седиште у другу државу чланицу.*[31] Суд је ово питање разматрао у контексту неунификованог међународног приватног права држава чланица у материји трансфера стварног седишта, и разлика не само у колизионим решењима већ и у супстанцијалном праву које је меродавно као lex societatis. [32]

---

[28] Case 81/87, ECR 1988, p. 5483.

[29] Видети тачку 9 пресуде Суда.

[30] Садашњи чл. 43 и 48.

[31] Видети тачку 11. Пресуде.

[32] Суд се у тачци 14 Пресуде позвао на ставове Комисије према којима «услови под којима нека компанија може да премести своју главну управу из једне државе чланице у другу су још увек регулисани националним правом државе у којој је компанија инкорпорисана и државе у коју се седиште премешта. У том погледу Комисија упућује на разлике које постоје међу националним системима компанијског права. Неки од њих допуштају трансфер главне управе компаније и у кругу ових система неки не приписују никакве правне последице трансферу, чак ни у погледу опорезивања. У неким другим системима трансфер управе и центра одлучивања компаније из државе чланице у којој је она инкор-

Колизиони проблем овог случаја, не узимајући у обзир контекст комунитарног права, био би, да ли Daily Mail, као компанија инкорпорисана у Енглеској, по премештању главне управе у Холандију има припадност УК или Холандије. С обзиром да холандско право прихвата теорију инкорпорације за одређивање lex societatis, исто као и право Уједињеног Краљевства, Daily Mail би остао под домашајем тог права без обзира на трансфер главне управе у Холандију, нити би холандско право тражило његову нову регистрацију. Daily Mail је, дакле, са тог аспекта могао да буде школски пример теорије инкорпорације као критеријума за одређивање меродавног права за припадност правног лица и за трансфер главне управе из једне државе у другу када обе стоје на истим колизионим позицијама. Невоља је била, међутим, у одредбама националног супстанцијалног права (Енглеске) и то не компанијског, већ пореског, које одређују услове под којима компанија може да напусти правни поредак државе која јој је дала својство правног лица[33]. Дакле, питање међународног приватног права би се у овом случају поставило пред *холандским* надлежним властима и то у односу на признање или непризнање страног субјективитета Daily Mail-a. Питање упућено Европском суду правде се тицало остваривања слободе настањивања с обзиром на одредбе lex societatis правног лица, које поставља услове под којима оно може из државе чланице у којој је инкорпорисано да трансферише главну управу у другу државу чланицу. Правобранилац Драмон је у Мишљењу од 7. јуна 1988. године предложио став «(2) Држава чланица, према комунитарном праву не може захтевати да, компанија, која путем трансфера своје главне управе жели да се настани у другој држави чланици, прибави претходно овлашћење за такав трансфер; (3) Комунитарно право, међутим, не забрањује да држава чланица постави захтев компанији која има свој настан на њеној територији да, након настањења у другој држави чланици путем трансфера своје главне управе, уреди своје пореске обавезе у погледу дела имовине која је погођена трансфером...»[34]. Суд је, међутим, у пресуди размотрио горе наведено шире питање и заузео став да «чланови 52 и 58 Уговора .... *не дају право* компанији која је инкорпорисана по праву једне државе чланице, у којој има и своје статутарно

порисана има за последицу губитак правног субјективитета. Међутим, сваки систем допушта да се компанија ликвидира у једној држави чланици и да се поново инкорпорише у другој. Комисија сматра да у случајевима у којима је трансфер главне управе омогућен по националном праву, право на премештање у другу државу чланицу јесте право које је заштићено одредбом члана 52 Уговора.»

[33] Видети, на пр. код W-H. Roth, From Centros to Uberseering: free movement of companies, private international law and community law 52 The International and Comparative Law Quarterly 2003, 177.

[34] Видети тачку 15 Мишљења.

седиште, да премести своју главну управу у другу државу чланицу» *и да при том задржи својство правног лица по праву државе инкорпорације*. Став суда следи из чињенице да комунитарно право не регулише ситуације које спадају у супстанцијално компанијско право а настају као последица остваривања права на настањивање из члана 43 (ex 52) и 48 (ex 58) УЕЗ, те их оставља у контексту међународног приватног права држава чланица. Суд је истакао да су компаније креација права, и то различитих националних – а не комунитарног - права, која одређују њихову инкорпорацију и функционисање[35]; национална права се знатно разликују како по томе која чињеница чини одговарајућу везу са националном територијом да би се компанија могла инкорпорисати по праву те државе, тако и по томе да ли «компанија инкорпорисана по праву неке државе чланице може накнадно да измени ту везу»[36]. Суд је, дакле, констатујући да су национална права држава по питањима одређивања персоналног права компанија и фирми различита, и да не постоје комунитарна правила која би регулисала трансфер стварног седишта из једне у другу државу чланицу, који се одвија на основу и у оквирима слободе настањивања из чл. 43 и 48 УЕЗ, препустио решење проблема колизионом праву, тј. међународном приватном праву држава чланица, не дајући предност ни теорији инкорпорације, ни теорији стварног седишта.[37], [38]

---

[35] Тачка 19 Пресуде.

[36] Тачка 20 Пресуде, у којој се, такође, каже: "Неке државе захтевају не само то да на њиховој територији буде статутарно седиште, већ и стварно седиште, тј. место главне управе компаније, те измештање главне управе са те територије претпоставља ликвидацију компаније са свим последицама које она има по компанијском и пореском праву. Право других држава дозвољавају компанијама да преместе главну управу у другу државу, али неке од њих, као на пример Уједињено Краљевство, то право подвргавају одређеним ограничењима и правне последице премештања се, нарочито у погледу опорезивања, разликују од државе до државе."

[37] Две кључне тачке Пресуде гласе: "23. Следи да, разлике у националним правима које се тичу постојања одговарајуће везе и питања да ли – и уколико је одговор потврдан, када – регистровано седиште или стварно седиште компаније која је инкорпорисана по националном праву неке државе чланице може да буде премештено у другу државу чланицу, Уговор (о установљењу ЕЕЗ) третира као проблеме који нису решени правилима која се односе на право настањивања, већ да се они морају уредити у будућности законским мерама или конвенцијама.

24. Под таквим околностима, чланови 52 и 58 Уговора се не могу тумачити на начин да дају право компанијама које су инкорпорисане по праву једне од држава чланица да преместе своју главну управу у другу државу чланицу и да при том задрже статус као компанија која је инкорпорисана по праву прве државе чланице."

[38] Cf. закључак са E. Micheler, Recognition of companies incorporated in other member states, 52 ICLQ 2003, 521.

2.2.3. Centros

Пресуда у случају Centros[39] је прва која је отворено поставила питање одрживости теорије реалног седишта као колизионог принципа националних међународних приватних права држава чланица и дала предност теорији инкорпорације. Centros је постао незаобилазан у разматрању проблематике и изазвао је небројене коментаре[40], нарочито у немачкој литератури због директног утицаја на став немачког права, тј. праксе у овом домену.

Брачни пар Bryde, дански држављани са домицилом у Данској, основали су у Енглеској Centros, друштво са ограниченом одговорношћу

[39] Case C-212/97, Centros Ltd v Erhvers-og Selskabsstyrelsen, 1999 ECR I-1459.

[40] Наводимо само један веома мали број који смо консултовали приликом овог истраживања: A. Looijestin-Clearie, Centros Ltd – A Complete U-turn in the Right of Establishment for Companies? 49 ICLQ 2000, 621; B. Trefil, European Company Law: Comments and Meta-comments on Centros, 2 German Law Journal 2001, 18.; E. Micheler, Recognition of Companies Incorporated in Other Member States, 52 ICLQ 2003, 521; E. Wymeersch, The Transfer of the Company's Seat in European Company Law, 40 Common Market Law Review, 2003, 661;F. Woolridge, Überseering: Freedom of Establishment of Companies Affirmed, European Business Law Review, 2003, 227; H.C. Hirt, Freedom of Establishment, International Company Law and the Comparison of European Company Law Systems after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd, European Business Law Review, 2004, 1189; I. Thoma, ECJ, 5 November 2002, case C-208/00 Überseering BV v NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, European Review of Private Law, 2003, 545; J. Winter, EU Company Law on the Move, 31 Legal Issues of Economic Integration 2004, 97;L. Vékás, Uniós alapvető szabadságok és közösségi nemzetközi kollíziós jog,, Európai jog, 2005/1, 3; Werlauff, Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität, 20 Zeitschrift für Wirtschaftrecht, 1999, 867, engleski tekst videti na www.rws-verlag.de/volltext/centros4.htm ;

M. Ebers, Company Law in Member States Against the Background of Legal Harmonisation and Competition Between Legal Systems, European Review of Private Law 2003, 509;M.V. Benedettelli, Conflicts of Jurisdiction and Conflicts of Law in Company Law matters Within the EU 'Market for Corporate Models': Brussles I and Rome I after Centros, European Business Law Review, 2005, 55; P. Behrens, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, IPRax, 1999, 323; R.R. Drury, The Regulation and Recognition of Foreign Corporations: responses to the "Delaware Syndrome", 57 Cambridge Law Journal 1998, 165; S. Lombardo, Conflict of Law Rules in Company Law After Überseering: An Economic and Comparative Analysis of the Allocation of Policy in the European Union, 4 European Business Organization Law Review, 2003, 301;T. Schürrle, E. Huber-Sorge, ECJ Loosens Incorporation Law, International Financial Law Review, 2004, Supplement, 115;W.F. Ebke, The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Art and Beyond, 38 The International Lawyer 2004, 812; W.F. Ebke, Centros – Some Realities and Some Mysteries, 48 American Journal of Comparative Law 2001, 623; W-H. Roth, Case Law, Case C-212/97, Centros Ltd v Erhvers-og Selskabsstyrelsen, Judgment of 9 March 1999. Full Court, 37 Common Market Law Review, 2000, 147; W-H. Roth, From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law, 52 The International and Comparative Law Quarterly (ICLQ) 2003, 17.

(private limited company) које је инкорпорисано у Енглеској и Велсу, са статутарним седиштем у Уједињеном Краљевству, на адреси неких пријатеља. Centros ниједан дан није пословао у држави инкорпорације и статутарног седишта, нити је то била намера оснивача. Напротив, намера је била да се оснивањем предузећа у УК, по компанијском праву које предвиђа оснивачки улог од 100 фунти (отприлике 1000 данских круна), избегну дански прописи који су у то доба прописивали висину минималног капитала од 200 000 круна, а да касније, користећи се слободом настањивања из члана 43 УЕЗ (ex 52), послују као огранак Centrosa – дакле, иностранo предузеће - искључиво у Данској. Надлежни органи у Данској су одбили захтев госпође Bryde за регистрацију огранка Centrosa, са образложењем да се уствари жели преместити стварно седиште иностране компаније да би се избегли (изиграли) национални прописи о висини минималног капитала, стога правни проблем није остваривање права на оснивање огранка, већ трансфер седишта који инволвира признање иностраних правних лица. У првостепеном поступку је потврђена одлука о одбијању регистрације, те се Врховни суд у поступку по жалби обратио Европском суду правде ради тумачења комунитарног права са питањем чија је суштина у следећем: да ли је у складу са одредбама члана 43 (ex 52) УЕЗ, имајући у виду одредбе чланова 46 (ex 56) и 48 (ex 58), одбијање регистрације огранка компаније која има своје статутарно седиште у другој држави чланици, где је пуноважно основана и где постоји у складу са правом те државе, али где не обавља никакво пословање, већ намерава да послује у држави у којој жели да региструје огранак и на тај начин избегне доплату до висине минималног капитала у овој последњој који износ је прописан за оснивање компанија?

Другим речима речено Европском суду правде је *имплицитно* постављено питање[41] да ли Centros, као страно правно лице инкорпорисано у УК, може да отвори огранак у Данској преко кога ће искључиво обављати своје пословање. Да би Centros-у, без обзира на разлоге који су определили његово оснивање у УК, било омогућено да отвори огранак, требало је проверити, по праву меродавном на основу данског међународног приватног права, да ли он постоји, тј. требало га је *признати*. Данска по овом питању стоји на позицијама теорије инкорпорације, исто као и УК, одакле следи несумњив закључак: Centros постоји по прописима УК и данско право га признаје као страно правно лице, без обзира на то где би било његово стварно седиште и место пословања. Једино што данске власти нису биле спремне да признају Centros због тога што је он основан по страном праву

[41] Cf. L. Vékás, Úniós alapvető szabadságok és közösségi kollíziós jog, Európai Jog, 2005/1, 6-7.

као резултат *fraus legis* , на шта указује чињеница да компанија не обавља никакву делатност у УК, већ жели искључиво да послује преко огранка у Данској, да би на тај начин избегла данске прописе о минималном оснивачком улогу. Стога се са аспекта комунитарног права поставило питање како одредбе о слободи настањивања УЕЗ утичу на признање Centrosa као иностраног правног лица, односно да ли ће у погледу његовог признања бити примењено међународно приватно право Данске или чланови 43 и 48 УЕЗ.

Суд је на експлицитно питање одговорио да је *супротно* одредбама чланова 43 и 48 УЕЗ када једна држава чланица одбије регистрацију огранка компаније која је основана и има статутарно седиште у другој држави чланици, али у којој не обавља пословање, већ је намера да компанија у питању преко огранка који би се основао у првој држави обавља своју целокупну делатност и тако, избегавајући потребу да тамо оснује компанију (примарно настањење) избегла примену прописа о оснивању компаније који су у тој држави строжи што се тиче висине оснивачког капитала.[42] Суд је такође изрекао да овакво тумачење не спречава власти дотичне државе чланице да усвоји одговарајуће мере путем којих би се спречило или санкционисало то, да се оснивањем компаније, у некој другој држави чланици, избегну обавезе према повериоцима настањеним на територији дотичне државе чланице, али је у конкретном случају нашао да мере данских власти нису у складу са комунитарним правом[43].

Суд се у образложењу одлуке није дотицао питања утицаја, тј. односа слободе настањивања и националног међународног приватног права, али су коментари[44] на основу њега извукли одређене закључке од значаја за колизионе принципе на којима се у државама чланицама заснивају решења која одређују националну припадност правних лица, односно компанија и фирми.

Подводећи чињенице случаја под комунитарно право Суд је најпре утврдио персонално поље примене слободе настањивања. На основу члана

[42] Видети тачку 39 и изреку Пресуде.

[43] Видети тачку 38, као и 24-27, 30-34; у тачци 34 наведено је следеће: "према пракси Суда, националне мере које спречавају или чине мање атрактивним вршење фундаменталних слобода гарантованих Уговором морају задовољити следећа четири критеријума: морају да буду примењиване на недискриминаторски начин; морају да буду оправдане императивним захтевима општег интереса; морају одговарати томе да обезбеде постизање циља због којих се доносе; не смеју прећи меру која је неопходна да бисе тај циљ постигао." – тзв. Gebhard test, Case C-55/94 Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (1995) ECR I-4165, par. 37.

[44] Видети белешку бр. 40.

43 под домашај слободе настањивања спадају: држављани држава чланица, а на основу става 1 члана 48 *компаније или фирме које су основане у складу са правом неке државе чланице и које имају своје статутарно седиште, главну управу или главно место пословања унутар Заједнице* (за разлику од компанија и фирми које нису на овакав начин везане за Заједницу). Компаније или фирме које испуњавају ове критеријуме изједначене су у третману са физичким лицима у погледу остваривања слободе настањивања (став 1 члан 48), одакле следи да су на основу става 2 члана 43 овлашћене да обављају своје пословање у некој другој држави чланици и то путем оснивања агенције, огранка или филијале[45], као што имају право на оснивање и управљање компанија или фирми (став 3 члан 43). Суд је такође изрекао да место статутарног седишта, главне управе или главно место пословања служе као чињенице које компаније везују за правни систем одређене државе на исти начин као што је то случај са држављанством физичких лица.[46] У тачци 21 Пресуде такође је изражен став из кога се извлачи посредан закључак од значаја за међународно приватно право држава чланица: «Ако је у некој држави чланици пракса да се, у одређеним околностима, одбије регистрација огранка *компаније која има статутарно седиште у некој другој држави чланици*, то ће имати резултат да ће *компаније основане у складу са правом те друге државе чланице* бити спречене у остваривању слободе настањивања која им је дата одредбама чланова 52 и 58 Уговора.», и та пракса представља *препреку* остваривању слобода које те одредбе гарантују.[47]

Из оваквог резоновања извлачи се посредан закључак да је теорија инкорпорације та која кроз остваривање слободе настањивања унапређује реализацију циљева ЕЗ, пошто се пресуда у случају Centros чита на начин да су *државе чланице дужне да признају постојање иностране компаније које испуњавају услове из става 1 члана 48*. Овакво читање за национално

[45] Тачке 26. и 27. Пресуде истичу: "… Одредбе Уговора о слободи настањивања намењене су специјално томе да омогуће компанијама, које су основане у складу са правом неке државе чланице и које имају своје статутарно седиште, главну управи или главно место пословања унутар Заједнице, *обављају пословање у другим државама чланицама путем својих агенција, огранака или филијала*.

27. Стога, чињеница да држављанин неке државе чланице који намерава да оснује компанију бира да је оснује у држави чланици чија правила компанијског права му се чине најмање строгим, те да оснује огранке у другој држави чланици не може, сама за себе представљати злоупотребу права на настањивање. Право на оснивање компаније у складу са правом неке државе чланице и на оснивање огранака у другој држави чланици инхерентно је остваривању, на јединственом тржишту - слободе настањивања – која је гарантована Уговорм."

[46] Видети тачке 19-20 Пресуде.

[47] Тачка 22 Пресуде.

међународно приватно право држава чланица значи да теорија стварног седишта није подобна тачка везивања за признање правних лица пошто би, у околностима случаја Centros, непризнањем компаније довела до одбијања регистрације огранка у другој држави чланици, а то је у супротности са слободом настањивања.[48]

2.2.4. Überseering

Иако случај Centros није директно поставио питање примене слободе настањивања на lex societatis правних лица, тј. компанија или фирми, он је ипак навео теоретичаре и практичаре[49] на посредан закључак да је теорија стварног седишта тешко одржива уколико се посматра из тог угла. С обзиром да ово питање највише заокупља немачку праксу и ауторе – због примене теорије стварног седишта – Врховни суд Немачке је у случају Überseering[50] упутио Европском суду правде претходно питање о односу слободе настањивања и теорије стварног седишта.

Претходно питање је произашло из следећих чињеница: Überseering, компанија регистрована у Холандији, прибавила је 1990. године је одређени пословни објекат у немачком граду Диселдорфу, ради чије обнове је закључила уговор са Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC). Ова је обавила уговорене послове, али Überseering није био задовољан са обављеним радовима. Пре него што је покренуо судски поступак пред немачким судом, све деонице Überseeringa су, 1994. године, прешле у својину двојице немачких држављана из Диселдорфа, који су управљали компанијом из свог града. Две године касније компанија је тужила NCC немачком суду ради накнаде штете. Првостепени и другостепени судови су одбацили тужбу због недостатка страначке способности Überseeringa. Судови су применили теорију стварног седишта као правило немачког међународног приватног права да би одредили припадност, односно да би признали Überseering као компанију која је основана у Холандији, али има своје стварно седиште у Немачкој. Према теорији стварног седишта, Überseering нема холандску припадност иако је основан у Холандији где има и статутарно седиште, али нема ни немачку припадност, пошто није основан у Немачкој иако тамо има стварно седиште, односно главну управу. Да би Überseering могао да се појави као странка пред немачким судом, требало је да се обави његова регистрација у Немачкој, на основу немачког права.

---

[48] Cf. W-H Roth, beleška br. 40, kao i Case C-212/97 Centros, 37 Common Market Law Review 2000, 147.

[49] Idem, као и код Vékás, *op. cit.*, 8-9.

[50] Case C-208/00, Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), 2002 ECR 9919.

Врховни суд Немачке је у поступку поводом жалбе упутио Европском суду правде два питања: (1) да ли је у ситуацији у којој компанија основана у складу са правом неке државе чланице (А) у којој има своје статутарно седиште, друга држава чланица (Б) - чије право сматра да је компанија преместила своју главну управу у државу чланицу Б – спречена одредбама чланова 43 и 48 у томе да таквој компанији ускрати правну способност и на тај начин и способност да покрене судски поступак ради остваривања својих права из уговора закљученог са компанијом која је основана у држави Б? и (2) да ли слобода настањивања компанија из чланова 43 и 48 УЕЗ намеће да се правна способност неке компаније и њена способност да буде странка у поступку одреди по праву државе у којој је компанија инкорпорисана?

Суд је на оба питања дао потврдан одговор[51]. Са аспекта националног међународног приватног права држава чланица постало је јасно да директан ефекат одредби чланова 43 и 48 УЕЗ[52] обавезује државе чланице да за циљеве остваривања слободе настањивања – које се може састојати у трансферу седишта из једне у другу државу чланицу - признају све компаније или фирме којима је правни субјективитет дала држава инкорпорације, без обзира на то да (међународно приватно) право те државе настанак, постојање и престанак правних лица процењује по праву места главне управе.Упркос могућој дилеми о домашају пресуде уколико се посматра из колизионоправног угла[53] мађарски аутор Vékás констатује: «признање и процена правних лица (компанија) у државама чланицама Уније врши се у

[51] Упоређујући чињенично стање са оним из случаја Daily Mail утолико што је у оба случаја реч о *емиграцији* компанија, тј. о премештању главне управе из једне у другу државу чланицу, с тим да је у Daily Mail-у трасфер уз задржавање правног субјективитета спречен пореским законима државе инкорпорације, а код Überseering-а задржавању правног субјективитета стеченог по праву државе инкорпорације стоји на путу немачко колизионо правило које као тачку везивања користи стварно седиште, тј. место главне управе.

[52] Видети тачке 56-60 Пресуде; у тачци 59 констатовано је "Неопходан предуслов за вршење слободе настањивања јесте признање тих компанија (из става 1 члана 48, прим. аутора) од стране било које државе чланице у којој оне желе да се настане."

[53] Међутим, правни писци у овој области поводом пресуде Überseering разликују две међународно-приватноправне ситуације: (i) прва је ова из случаја, у којој се стварно седиште компаније из државе која примењује теорију инкорпорације премешта у државу која усваја теорију стварног седишта; (ii) друга ситуација, на коју Überseering не даје одговор је она, у којој се стварно седиште компаније из државе која примењује теорију стварног седишта премешта у другу државу која, такође, стоји на позицијама стварног седишта. У овом другом контексту се тачка 79 Пресуде чита тако да би доследна примена теорије стварног седишта довела свакако до тога компанија која премешта своје стварно седиште не би могла да сачува свој ранији правни субјективитет, већ да би морала поново да буде основана у држави новог стварног седита; cf. Vékás, *op. cit.*, 10.

свакој држави чланици, тако и у држави свог стварног седишта, по праву државе у којој су инкорпорисана. Ово опште одређење значи да се *у европском компанијском праву, независно од колизионих правила држава чланица, свуда афирмисао принцип инкорпорације*.»[54]

Европски суд правде се и у овом случају изјаснио о томе да ли директан ефекат права загарантованог Уговором о ЕЗ *може да буде ограничен националним прописима држава чланица*, како је у поступку по претходном питању Немачка аргументовала у корист меродавности теорије стварног седишта у погледу трансфера главне управе из једне у другу државу чланицу. Суд је констатовао да «није незамисливо да примарни захтеви општег интереса, као што су заштита интереса поверилаца, мањинских деоничара, запослених или, чак, пореских власти могу, у извесним околностима и под одређеним условима оправдати ограничење слободе настањивања»[55], али да «такви циљеви не могу да правдају ускраћивање правног субјективитета неке компаније која је правилно инкорпорисана у другој држави чланици у којој има статутарно седиште.Таква мера је једнака отвореној негацији слободе настањивања која је дата компанијама одредбама чланова 43 и 48 Уговора о ЕЗ.»[56]

2.2.5. Inspire Art

После признања у Überseering-у да примена слободе настањивања на националне колизионе норме држава чланица захтева да се lex societatis правних лица одреди по начелу инкорпорације, а не стварног седишта[57], у случају Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art[58] поставило се питање примене слободе настањивања на начело стварног седишта које би довело до меродавности супстанцијалног права те државе чланице у погледу компаније чији је правни субјективитет (и страначка способност) признат на основу начела инкорпорације.

---

[54] Ibidem; Видети, међутим, секундарне изворе комунитарног права, на пример Council Regulation (EC) No 2137/85 on the European Economic Interest Grouping , OJ L 199/1, 1985, и Council Regulation (EC) No 2157/2001 on the Statute for a European Company (SE), OJ L 294/1, 2001, уместо свих W-H Roth, 52 ICLQ 2003, 190 et seqq.

[55] Тачка 92 Пресуде.

[56] Тачка 93 Пресуде.

[57] Тачка 2 изреке на енглеском језику гласи: "Where a company formed in accordance with the law of a Member State ('A') in which it has its registered office excercises its freedom of establishment in another Member State ('B'), Articles 43 EC and 48 EC require Member State B to recognise the legal capacity and, consequently, the capacity to be a party to a legal proceedings which the company enjoys under the law of its State of incorporation ('A')."

[58] Case C-167/01, 2003 ECR, I-10155.

Inspire Art је, као и Centros, компанија основана и инкорпорисана у УК, али је ради обављања трговине уметнинама као своје делатности основала огранак у Амстердаму користећи се правом на слободно настањивање из чланова 43 и 48 УЕЗ. С обзиром да се у Холандији примењује место инкорпорације као критеријум за lex societatis, није било спорно признање Inspire Art-а као иностране компаније, те је извршена регистрација огранка у складу са важећим правом код Трговинске коморе Амстердама. Испоставило се, међутим, да је та регистрација била мањкава са аспекта холандског закона из 1997. године који се односи на регистрацију формално иностраних компанија, који прописује посебне услове уколико компанија, основана у иностранству, послује искључиво у Холандији. Ти услови захтевају да се у регистру назначи да је реч о формално иностраној компанији, да компанија има одговарајући минимални капитал, да подноси посебне годишње извештаје, и сл., а пропуштање овога повлачи за собом посебне казне и строжу одговорност директора[59] - што све чини да су те компаније у тежем положају од компанија које имају холандску припадност и послују у Холандији. Холандске власти су захтевале да Inspire Art региструје огранак у складу са прописом из 1997. године што је компанија одбила. Са аспекта националног међународног приватног права дотични пропис би могао да се квалификује као императивни пропис у међународном смислу, односно lois d'application immédiate, Eingriffsnormen, који у овом случају припада праву државе у којој је главна управа компаније и која је и место пословања компаније, те би било места његовој примени управо из разлога што штити одређене вредности домаћег поретка које би иначе примена меродавног страног права (државе инкорпорације) отклонила од примене. Међутим, примена комунитарног права ће довести до другачијег резултата.

Пошто је надлежни суд прогласио Inspire Art формално иностраном компанијом у Холандији, покренут је поступак по претходном питању пред Европским судом правде о усклађености холандског закона из 1997. године са комунитарним правом. Суд је позван да дâ одговор на питање да ли чланови 43 и 48 спречавају Холандију да националним прописом постави посебне услове за настањивање огранка у Холандији једне компаније која је основана по праву неке друге државе чланице са јединим циљем да се обезбеде предности које право те друге државе чланице пружа у поређењу са инкорпорацијом која би била извршена по холандском праву, имајући у виду да су дотични холандски прописи о оснивању компанија строжи када дотична компанија обавља своје пословање (скоро) искључиво у Холандији и нема никакву стварну везу са државом чланицом у

[59] Видети тачке 22-33 Пресуде.

којој је инкорпорисана. Постављено је и питање да ли се оваква евентуална ограничења слободе настањивања могу правдати разлозима заштите јавног поретка из члана 46 УЕЗ или неким другим разлозима.

Суд је у погледу примене слободе настањивања на теорију инкорпорације и теорију стварног седишта поновио ставове из Centrosa.[60] Анализу усклађености холандског закона из 1997. године са комунитарним правом, односно анализу примене слободе настањивања на примену права места стварног седишта у случају када комунитарно право налаже да право места инкорпорације чини lex societatis компаније, Суд је обавио не само с обзиром на чланове 43 и 48 УЕЗ, већ и с обзиром на директиве из области компанијског права, нарочито Једанаесте и Прве[61] које пропи-сују обавезу регистрације и на тај начин обезбеђују јавност података огра-нака иностраних компанија у држави чланици у којој остварују право на слободу настањивања. Свака одредба националног права која је изван поља примене дотичних директива, као и чланова 43 и 48 УЕЗ представља ограничење слободе настањивања и сметњу у реализацији циљева ЕЗ, односно ЕУ. С обзиром на то да члан 1 дотичног холандског закона узима у обзир место у коме компанија, иначе призната као иностранa по праву места инкорпорације, обавља своју делатност да би је на основу тога подвргла мандаторним одредбама на снази у тој држави чланици, Суд је прихватио став Владе УК и Комисије да је «употреба места активности као тачке везивања, која се не уклапа ни у један показатељ предвиђен у чалну 48 УЕЗ, представља сметњу слободи настањивања у мери у којој ту слободу чини мање атрактивном за компаније које су основане у иностранству а намеравају касније да обављају активност у Холандији, на основу тога што се, уз прописе државе у којој је компанија основана, меродавним сматрају и други прописи.»[62] Суд је истакао да се ефекат холандског прописа из 1997. године огледа у томе да се норме холандског компанијског права о минималном капиталу и о одговорности директора примењују као мандаторне у погледу иностраних компанија попут Inspire Art-а када оне своју активност обављају искључиво, или скоро искључиво у Холандији.[63] Стога, захтев да се у погледу огранка компаније, која је основана у складу са правом неке државе чланице, примене правила државе настањења о минималном капиталу и о одговорности директора има дејство сметњи у остваривању слободе настањивања од стране тих компанија.[64] Из овога је Суд извео закључак да се у односу на компанију која је

[60] Видети тачке 95-98.
[61] Eleventh Directive 89/666/EEC i First Directive 68/151/EEC, видети тачку 51. Пресуде.
[62] Видети тачку 92 Пресуде.
[63] Видети тачу 100 Пресуде.
[64] Видети тачку 101 Пресуде.

основана по праву неке државе чланице али која обавља своје пословање у некој другој држави чланици, не може применити право ове друге[65]. У коментарима[66] се истиче да је Суд у случају Inspire Art потврдио да се у државама чланицама ЕЗ lex societatis компанија одређује по месту инкорпорације и да је право места инкорпорације меродавно како у погледу настанка и престанка, тако и у погледу активности компанија, без обзира на то где се та активност одвија. У погледу питања да ли се право места седишта може применити по основу члана 46 УЕЗ, позивом на заштиту јавног поретка, јавне безбедности или здравља, поред права места инкорпорације, Суд је потврдио став да се оправданост те могућности процењује по условима који су потврђени у његовој пракси[67].

3. Уместо закључка: Могуће последице примене комунитарног права на национално међународно приватно право држава чланица

О међународном приватном праву Европске уније, односно Европске заједнице као о посебној области комунитарног права може да се размишља тек од усвајања Амстердамског уговора 1997. године. Ове измене Римског уговора о успостављању ЕЕЗ из 1957. године уврстиле су у делатности Европске заједнице мере које се односе на улазак и кретање лица у складу са насловом IV (Визе, азил, имиграција и остале политике које се односе на слободно кретање лица), а међу које спадају и мере у области правосудне сарадње у грађанским стварима у складу са чланом 65.

Члан 65 служи као правни основ за усвајање мера комунитарног права ради осигурања доброг функционисања унутрашњег тржишта, које

[65] Видети тачку 62 Пресуде Überseering.

[66] Cf. D. Zimmer, Case C-167/01, Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amstredam v. Inspire Art Ltd., judgment of 30 September 2003, 41 Common Market Law Review, 2004, 1127; Ch. Kersting, Ph. Schindler, The ECJ's Inspire Art Decision of 30 September 2003 and its Effects on Practice, 4 German Law Journal, 2003, 1277; C. Kirchner, R. Painter, W. Kaal, Regulatory Competition in EU Corporate Law after Inspire Art: Unbundling Delaware's Product for Europe, University of Illinois, College of Law, Law and Economics Working Paper Series, Working Paper No. LE04-001, Electronic Paper Collection http://ssrn.com-abstract=617681 ; H.C. Hirt, Freedom of Establishment, International Companz Law and the Comparison of European Company Law System after the ECJ's Decision in Inspire Art Ltd., 2004 European Business Law Review, 1190.

[67] Тачка 133 Пресуде Inspire Art.

обухватају, између осталих, оне којима се *унапређује усклађеност правила држава чланица која се примењују на сукоб закона и на сукоб надлежности*. Ова одредба се може сматрати резултатом препознавања да неусклађена правила сукоба закона, односно колизионе норме могу у великој мери да утичу на остваривање делатности Заједнице из чланова 3 и 4 УЕЗ које су прописане ради постизања циљева из члана 2. Једна од тих делатности је успостављање унутрашњег тржишта које се карактерише укидањем препрека за слободно кретање лица и проток роба, услуга и капитала између држава чланица. Из дефиниције унутрашњег тржишта која је дата у ставу 2 члана 14 као «подручје без унутрашњих граница на коме су обезбеђени слободно кретање лица и промет робе, услуга и капитала» може се видети да правно окружење у коме се одвија остваривање политика Заједнице, и посебно четири основне слободе, не може да буде искључиво комунитарно право, већ исто тако и право држава чланица. У недостатку унификованих и/или хармонизованих правила супстанцијалних права држава чланица, национално међународно приватно право сваке од њих је позвано да одреди меродавно право када се пред међународно надлежним правосуђем нађе приватноправни однос са елементом иностраности, који би, додуше, требало да буде везан, у првом реду за територију ЕЗ. Неусклађена колизиона правила држава чланица носе у себи све недостатке колизионог метода, од којих важно место припада непостојању међународне хармоније у одлучивању. У овом простору и ради обезбеђивања међународне хармоније у одлучивању има места усклађивању правила о сукобу закона у ЕЗ на основу члана 65. Угвора о ЕЗ. Као што то наводи један од аутора који се баве овим проблемом, уколико већ не постоје унификована или хармонизована комунитарна правила, субјекти комунитарног права би морали у најмању руку да буду заштићени од шепајућих односа тако што ће применом унификованих колизионих норми бити обезбеђена примена истог меродавног права[68]. Овакву улогу има Римска конвенција о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године. Из реченог произлази да међународно приватно право ЕЗ има своје место у комунитарном праву и има свој основ у Уговору о ЕЗ, али ће његов предмет бити *ограничен* циљевима и задацима Европске заједнице, односно Европске уније.

[68] Cf. T. Pfeiffer, A nemzetközi magán- és eljárásjog közösségiesedése, Európai Jog, 2004/1, 10; kao i J. Basedow, The communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, 37 Common Market Law Review 2000, 687; O. Remien, European Private International Law, The Eurpean community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, 38 Common Market Law Review 2001, 53; K. Kreuzer, Die Europäisierung des internationalen Privatrechts, in: P-C. Müller-Graff, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1999, 457.

Национална међународна приватна права држава чланица су имала своју улогу у оквиру и поводом примене комунитарног права и досад[69], као што ће је имати и у будућности све док, и у мери у којој, међународно приватно право ЕЗ, односно ЕУ не буде створено. Имајући ово у виду, за овај рад је одабрано неколико примера из скорашње праксе Европског суда правде да би се указало на утицај примене и тумачења комунитарног права на правила о сукобу закона, односно на колизионе норме међународног приватног права држава чланица.

Случај Garcia Avello изабран је због тога што за предмет има статусно питање појединца које као такво не спада у поље примене комунитарног права, али је повезано са остваривањем слободе кретања *грађана Уније* из члана 17. и 18 УЕЗ. Применом тих одредби на lex nationalis и на правило белгијског међународног приватног права о одређивању држављанства бипатрида, Европски суд правде је донео пресуду која по меродавном супстанцијалном праву не би могла да буде донесена. Нови Закон о међународном приватном праву Белгије који је усвојен 16. јула 2004. године садржи у погледу промене имена и презимена и признања иностраних одлука о промени одредбу која регулише ово питање уколико је реч о држављанима који поред белгијског, имају и држављанство неке од држава чланица ЕЗ[70].

Остала четири случаја – Daily Mail, Centros, Überseering и Inspire Art – одабрана су из разлога што ове пресуде Европског суда правде недвосмислено указују да ће под њиховим утицајем уследити уједначавање колизионих норми за способност правних лица, односно компанија и фирми.

---

[69] Видети, на пример, неке од основних извора ове проблематике, као што су W-H. Roth, Der Einfluss der Europäischen Gemenischaftsrecht auf das internationale Privatrecht, 91 RabelsZ 1990, 623; J. Basedow, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktionsfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, 95 RabelsZ 1995, 59; L. Radicati di Brozolo, L'influence sur les conflit de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation, 82 Revue critique de droit international privé 1993, 82; J. D. González Campos, La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé, Festschrift Erik Jayme, 2005, 263; M. Fallon, Les conflits de lois et le jurisdictions dans un espace économique intégré, Recueil des Cours t. 253, 1995, 38.

[70] Упркос томе што аутор не располаже информацијом о разлогу усвајања овакве одредбе, не би се могла искључити претпоставка да је управо одлука Европског суда правде могла да има утицаја на ову формулацију: "Détermination ou changement de nom ou de prénoms intervenu à l'étranger. Art. 39. Une décision judiciaire ou administrative étrangère concernant la détermination ou le changement de nom ou de prénoms d'une personne n'est pas reconnue en Belgique si, outre l'existence d'un motif de refus visé à l'article 25: 1° en cas de changement par acte volontaire, cette personne était belge lors du changement, à moins que le nom obtenu soit conforme aux règles relatives à la détermination du nom applicables dans l'Etat membre de l'Union européenne dont la personne possède également la nationalité." Videti www.juridat.be/cgi_loi/#hit1

Ривалитет националних колизионих норми оличен у супротстављању теорије инкорпорације и теорије стварног седишта, по којима се одређује тачка везивања, и следствена правна несигурност код признања страних правних лица могли би да буду окончани по овим питањима у односима који се везују за државе чланице и за остваривање слободе настањивања по основу чланова 43 и 48 УЕЗ. На ово указује не само изванредно богата литература посвећена овим пресудама, већ и пракса националних судова Немачке и Аустрије по објављивању пресуда у случајевима Centros и Überseering[71]. Ова пракса Европског суда правде је значајна и због тога, што је превазишла нерешиве тешкоће у стварању одговарајућег извора комунитарног права: Конвенција о узајамном признању компанија и правних лица из 1968. године никада није ступила на снагу, пошто је Холандија одбила да је ратификује; Нацрт 14. директиве из области компанијског права из 1997. године који је предложила Комисија није прихваћен од стране држава чланица. Упркос томе што пракса Суда оставља дилеме, она ће свакако имати утицаја на примену и усвајање теорије инкорпорације у међународном компанијском праву држава чланица ЕУ у случајевима који спадају под поље примене комунитарног права.

[71] Наведени код Vékás, *op. cit.*, po P.Behrens, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering –Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 23 (2003) 193.

Bernadet Bordaš, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad Faculty of Law

The Effect of Community Law on National Private International Law – Selected Case Law of the European Court of Justice

The adoption of the Amsterdam Treaty on the Establishment of the European Community in 1997 made it possible to think about the private international law of the EU, i.e. EC as a particular and separate area of community law. The modifications introdued to the Treaty of Rome on the Establishment of the European Economic Community categorized as activities of the EC the measures to be adopted under Title IV (Visas, asylum, immigration and other policies related to free movement of persons) which include measures of judicial cooperation in civil matters as provided for in article 65.

Article 65 is the legal basis for the adoption of instruments of community law in the filed of judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, insofar as necessary for the proper functioning of the internal market, and they include, inter alia, those "promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and jurisdictions"[72]. This provision could be understood as the result of recognizing that incompatible conflict-of-law rules might produce significant effect on the realization of Community activities referred to in Articles 3 and 4 of the TEC which aim the achieving of goals and objectives set in Article 2. One of these activities is the establishment of an internal market characterized by the abolition of obstacles to the free movement of persons, goods, services and capital between the Member States. On the basis of Article 14/2 which gives the definition of the internal market as the "area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of this Treaty"[73] it could be concluded that the legal framework for the enforcement of the Community policies, and particu-

[72] Article 65/b of the TEC.
[73] Article 14/2 of the TEC.

larly the four fundamental freedoms, is not exclusively community law, but as well the domestic law of the Member States. If there are no unified and/or harmonized substantive rules of the Member States, the national private international law of each of them would apply in order to determine the law applicable by the court seized with a dispute containing a foreign element (which connects the relationship to the territory of the EC). Incompatible conflicts-of-law rules have all the weaknesses of the method itself, one of them being the lack of international decisional harmony. Within these limits and for the sake of ensuring the decisional harmony could be found the place and the task of the measures promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws on the basis of Article 65 of TEC. As it one of the scholars in this field states, if there are no unified or harmonized rules of community law, natural and legal persons who are subjected to community law, should be at least protected against limping relationships by the application of unified conflicts-of-law rules, that could ensure the application of the same applicable substantive law[74]. That is exactly the role and the significance of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. It follows, that the private international law of the EC has its place within community law, as it has its legal basis in the Treaty of EC, but its subject-matter will be limited by the objectives and the tasks of the European Community, i.e. the European Union.

National private international laws of the Member States have had so far their role within the enforcement of community law[75], as it would have it in the future, as long as a private international law of the EC, i.e. EU would not be drawn up, reserved the subject-matter that is determined by the objectives and goals of the EC/EU.

---

[74] Cf. T. Pfeiffer, A nemzetközi magán- és eljárásjog közösségiesedése, Európai Jog, 2004/1, 10; kao i J. Basedow, The communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam, 37 Common Market Law Review 2000, 687; O. Remien, European Private International Law, The Eurpean community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, 38 Common Market Law Review 2001, 53; K. Kreuzer, Die Europäisierung des internationalen Privatrechts, in: P-C. Müller-Graff, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1999, 457.

75 Cf., for example, W-H. Roth, Der Einfluss der Europäischen Gemenischaftsrecht auf das internationale Privatrecht, 91 RabelsZ 1990, 623; J. Basedow, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktionsfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, 95 RabelsZ 1995, 59; L. Radicati di Brozolo, L'influence sur les conflit de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation, 82 Revue critique de droit international privé 1993, 82; J. D. González Campos, La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé, Festschrift Erik Jayme, 2005, 263; M. Fallon, Les conflits de lois et le jurisdictions dans un espace économique intégré, Recueil des Cours t. 253, 1995, 38.

Taking account of the character of the private international law of the EC/EU, the enforcement of community law by the courts of the Member States, the relationship between community law and national law, this paper deals with a few cases which have been before the European Court of Justice recently. The goal is to show the effects of the application and the interpretation of the community law on the conflicts-of-law rules of the national private international laws of the Member States.

The Garcìa Avello case is selected because it deals with a question of status of an individual which falls outside the scope of application of community law, but it is connected with the enforcement of the right to freedom of movement of Union citizens under Articles 17 and 18 of the TEC. The application of these provisions to the lex nationalis and to the rule of the Belgian private international law on the determination of the nationality of persons who have the nationalities of two states, the ECJ reached a judgment which could not have been reached if had been based on the applicable substantive law provisions. The new Belgian Code on Private International Law, adopted on 16 July 2004, has a special rule on the change of names and forenames and on the recognition of foreign judgments on these changes, if they concern nationals of Belgium who also have the nationality of some other Member State of the EC[76].

The four other cases – Daily Mail, Centros, Überseering and Inspire Art – are chosen because these judgements of the ECJ undoubtedly show that their effect would be the unification of conflicts-of-law rules regarding the legal capacity of legal persons, i.e. companies or firms. The competition between the national conflicts-of-law rules seen as the rivalry of the theory of incorporation and the theory of the real seat which make the connecting factors, and the legal uncertainty that follows in the area of the recognition of foreign legal persons could come to an end, as far as it concerns the relationships connected to the Member States and to the exercise of the freedom of establishment based on Articles 43 and 48 of the TEC. This is witnessed not only by the abundant scholarly papers on the judgments of the ECJ, but also the case law of the national courts of Germany and Austria which followed after the Centros and Überse-

76 Although the author does not have information on the reason of the adoption of the following provision, it could not be excluded that it was found exactly in the effect of the Judgement of the ECJ in the Case Garcìa Avello. The provision reads as follows: "Détermination ou changement de nom ou de prénoms intervenu à l'étranger. Art. 39. Une décision judiciaire ou administrative étrangère concernant la détermination ou le changement de nom ou de prénoms d'une personne n'est pas reconnue en Belgique si, outre l'existence d'un motif de refus visé à l'article 25 : 1° en cas de changement par acte volontaire, cette personne était belge lors du changement, à moins que le nom obtenu soit conforme aux règles relatives à la détermination du nom applicables dans l'Etat membre de l'Union européenne dont la personne possède également la nationalité." Cf. www.juridat.be/cgi_loi/#hit1 .

ering judgments [77]. The case law of the European Court of Justice is significant also because of the reason that it has eliminated the irresolvable difficulties in the drawing up of a community source of law: the 1968 Convention on the Mutual Recognition of Companies and Legal Persons has never entered into force because the Netherlands rejected to ratify it; the 1997 draft of the 14th Company directive of the Commission was not adopted by the Member States. Despite the dilemma the ECJ case law generates, it will nevertheless have considerable effect in the application and the adoption of the incorporation theory in the international company law of the EU Member States in cases covered by the scope of application of the community law.

[77] Cited by Vékás, *op. cit.*, cf. P.Behrens, Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering –Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art, IPRax 23 (2003) 193

339:34
339.54:061.1(100)

Др Драго Дивљак, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

МЕЂУНАРОДНИ ОКВИРИ СПОЉНОТРГОВИНСКОГ ПОСЛОВАЊА

Сажетак: *Ширења међузависности држава, интернационализације производње,неопходност уклањања баријера за слободан проток роба, услуга, капитала све више захтева креирање јединствених правила за регулисање датих односа. То је посебно важно у сфери међународне трговине, јер глобално тржиште захтева стварање једнообразног наднационалног режима за спољнотрговинско пословање. Различити правни системи и њихова изразита протекционистичка усмереност ограничава развој међународне трговине.Стога је актуелни задатак унификација правила на међународном нивоу и успостављање међународних правних оквира . То се чини на различите начине и на различитом нивоу. У том погледу, настанком СТО и правила који се креирају унутар ње, учињен је значајан искорак,како у погледу институционализације светске привреде,тако у степену ширине обухвата,али и у степену правне обавезности.*

Кључне речи: *спољнотрговинско пословање, мултилатерализација спољне трговине, правни оквири, Светска трговинска организација, трговинске баријере, либерализација трговине*

Полазећи од природе материје и јасно израженог конгломерата интереса у овој области, усмерених ка једностраној заштити домаће производње , платног биланса, надзора над стратешким гранама, државе су дуго времена, у начелу, биле слободне да самостално регулишу област економ-

ских односа са иностранством. Разлике су постојале само у степену либерализације или монополизације државе у овој области.

У таквим условима, полазећи од наведених циљева и са њима уподобљених правних механизама, основни задатак националног законодавца је да се што успешније прилагоди овим глобалним трендовима на међународном нивоу. Ради се, пре свега, о општој експанзији међународне трговине и све израженијој комерцијализацији и других елемената размене, осим традиционалних робе и услуга. Тиме се пред право спољне трговине константно поставља императив проналажења адекватне правне регулације која би се прилагодила динамичним променама и измењеним околностима који настају по том основу. У том контексту би се промене постојећег законодавства сводиле на његову модернизацију по том основу.

Међутим, овакав партикуларан и међусобно неповезан, често и супротстављен регулаторни приступ националних правних система у области спољне трговине и њихови механизми једностране заштите домаће привреде, не одговарају све наглашенијем карактеру интернационализације привреде. Међузависност светске привреде и све израженија глобализација[1], те неопходност уклањања баријера у промету роба, услуга и капитала, изискивала је потребу да се и на наднационалном, међународном плану, сарадњом држава, створи међународни оквир за спољнотрговинско пословање и тако пружи даљни подстрек њеном развоју. Логично, глобално тржиште захтева једнобразан режим или бар основе тог режима за међународну трговину.

Таква кретања захтевају одговарајуће прилагођавање сваке земље, сагласно њеној величини, економској снази и интересима. По страни никако не може остати ни наша земља. Стога се и пред њу, односно пред наш економски и правни систем ургентно постављају захтеви у том погледу, уз вођење рачуна о свим легитимним захтевима и интересима, а посебно о есенцијалним економским интересима наших привредника.

У даљем раду ћемо анализирати процесе мултилатерализације и инификације правила у овој области, и међународни правни оквир који се креира у том процесу за спољнотрговинско пословање и начела на којима се он заснива. Такође ћемо указати и на формалне правне инструменте настале у том процесу. Превасходно пажња ће бити посвећена универзалним облицима организовања међународне трговине и правилима који се креирају у оквиру њих.

[1] Процењује се да више од половине светског друштвеног производа проистиче из интернационализоване привреде, путем страних компанија , или домаћих компанија повезаних са страним компанијама или са њима повезаних иностраних компанија, односно компанија који се налазе на страној територији.

1. Општи развој и принципи

До краја II Светског рата, регулисање спољне трговине је било у апсолутној диспозицији сваке суверене државе. Њихов различит нормативни приступ је битно отежавао међународно комерцијално пословање. Међузависност светске привреде и све израженији, иманентно међународни карактер привреде, све мање одговара једностраним и парцијалним правним системима у овој области. Промене у том погледу се постављају као актуелни задатак већ деценијама уназад. То нарочито из разлога, што се ионако разнородни, национални правни оквир свугде темељио на заштити домаће привреде. То је битно доприносило све већем затварању тржишта и отварало широка врата дискриминацији у међународној трговини.

У савременим условима економског развоја, кад се могућност развоја не само великих, већ и мањих земаља све више одређује степеном активног учешћа у међународној подели рада, експанзија међународне трговине је посебно лимитирана и наведеним протекционистичким мерама у националним економским и правним системима. Раст интернационализације привреде природно тежи уклањању националних баријера у овој области. У том контексту, стално унапређење услова за слободу трговине на међународном плану, све се више јавља као императив, са циљем да се установе међународни стандарди и правила понашања којим би се избегле или ублажиле негативне импликације неусклађених националних режима у области спољне трговине. Све израженији степен глобализације светске привреде, која је посебно изражена последње две деценије наведену потребу још више потенцира.[2]

Координација у сфери правне политике у овој области има своје фазе развоја и остварује се како на националном тако и на међународном плану. У протеклом периоду се показало да те разлике и баријере које се стварају у националним правима могу бити превладане процесима усклађивања, односно њиховог хармонизовања на разлијте начине и различитим механизмима. У пракси се то прво покушава учинити једностраним актима државе или путем билатералних уговора. Међутим, такав искључиво партикуларан приступ не може успешно решити проблем тензија између слободне трговине и монопола националних прописа.[3] Иако, једно време у експанзији,[4] постало је очигледно да овакав метод није могао дати

[2] Steinberg, R.H., *Trade Enviroment Negotitations ine the EU,NAFTA and WTO: Regional Trajectories of Rule Development*, American Journla of International Law, стр. 234.

[3] Steinberg, R.H., op. cit. str. 231.

[4] То се нарочито односи на осамдесете године прошлог века , кад долази до значајнијег отварања тржишта по овом основу.

оптималније резултате. Посебно је спор и недовољно глобално ефективан код мање развијених земаља. Стога је требало прићи међусобно усаглашеном приступу држава, на мултилатералном нивоу, уз узимање у обзир интереса свих земаља чесница. Међутим, како интереси земаља нису једнозначни ни процес развоја наднационалног система регулисања у овој области не тече глатко. У том погледу, раскорак интереса исказује се путем две међусобно супротстављене тенденције, с једне стране се показује жеља да се користе предности слободе трговине док је с друге стране видљива уздржаност.[5]. Ипак, наведене предности су навеле велик број држава да активно учествују у процесу унификације и резултати нису изостали.

Генерално посматрано, међународни оквири спољнотрговинског пословања обезбеђени су формално и садржински правилима различитог карактера, успостављеним у оквиру њима примерене институционалне структуре. Значај у том погледу прво добијају универзални облици организовања а касније и регионални облици повезивања држава.

Као првобитни уговорни облик мултилатерализације светске трговине се формално афирмише Општи споразум о царинама и трговини – ГАТТ (General Agreement on Tariffs iand Trade) из 1947 године. Ради се о вишестраном уговору међународног права који има за циљ постепено укидање баријера у међународној трговини робом пре свега путем смањења царинског оптерећења али и уједначавањем права међународне трговине.

У процесу унификације се на овај начин показало да утврђивање и примена унификованих правила представља изразито сложен процес који често не даје оптималне резултате без обзира на учињени труд. Правила ГАТТ-а су илустративна у том погледу. Рационално успостављена начела на којим се заснивају, губе на ефективности и скоро се суштински обесмишљавају многобројним изузецима у примени. [6]

Услед раста свести о недовољности постојећег општег оквира трговине у оквиру ГАТТ-а, током времена се све више исказује и увећава потреба креирања чвршћег, специјализованог организационог повезивања држава у овој области и промени карактера општих правила у овој области.

Потреба да се универзални облици интеграције све више институционализују и добију форму међународних организација, надрастајући уговорне форме повезивања држава, се практично реализује Маракешким споразумом о оснивању Светске трговинске организације (World Trade

[5] Bello, J., Holmer, A.F., *Dispute Resolutiom in the New Trade Organization: Concerns and Net Benefits*, The International Lawyer, 1994, vol, 28, Number 4 , стр. 1103.

[6] Trnavci, G., *Квантитативна трговинска ограничења у нормативним оквирима Светске трговинске организације*, Правни живот, 1998/ 11, стр. 715.

Organization – WTO) из 1994. године. Као виши облик институционализације светске привреде, она инкорпорише ГАТТ као међународни споразум и инструмент који је на привременој основи од 1947.године регулисао међународну робну размену. Иако су циљеви СТО скоро идентични циљевима ГАТТ-а, новости које настају у регулаторној сфери рада ове организације, битно мењају карактер, степен обавезности и усмереност општих правних оквира у овој области.

На глобалном плану осим процеса универзализације, односно глобализације међународне трговине, упоредо се одвија још један тренд који је усмерен ка регионалном повезивању националних привреда. Наиме, у модерним условима, успешно појединачно, индивидуално учешће у светској трговинској арени није више целисходно, посебно за мање земље. Привредни развој захтева шире тржиште а то је могуће само путем економског повезивања земаља. Како и универзални оквири сарадње имају своје недостатке, све то заједно је подстакло регионалну сарадњу и економску интеграцију држава у форми зона слободне трговине, царинских савеза и економских заједница и унија. Ова тенденција, посебно изражена задњих деценија XX века, уноси битне новине у област међународне трговине. У корпусу већег броја тих регионалних интеграција, нарочито са економског аспекта. нарочит значај има Северноамеричка асоцијација слободне трговине (НАФТА), а посебно Европска унија.

Стварање универзалних и регионалних облика институционалног повезивања држава у овој области, које се стално умножава, нужно је праћено креирањем општих правних правила и инструмената којим се реализују принципи и циљеви датог повезивања. Њима се потискују у други план, традиционални билатерални трговински уговори, који су дуго времена били једини регулатор међународног карактера у овој области.

Истовремено последично долази до потискивања улоге државе из ове области и оне престају бити једини креатори правне регулативе у овој области. Потреба прилагођавања и принципи економске ефикасности су постепено довели у питању ову суверену позицију државе. Наиме, одржавање њене такве позиције у том статусу успорио би раст светске привреде. У условима ширења утицаја и јачања значаја прописа које доносе међународне организације како у квантитативном, тако и квалитативном смислу, модерно право се последично суочава са све израженијим феноменом да државе све више губе на самосталности заснованој на апсолутној суверености уређења правних односа у спољнотрговинском пословању. До њега долази не само по основу универзалних облика сарадње државе већ и као последица економских интеграција. Наиме у израженијим облицима интеграција, као што је ЕУ, уређење, односно регулисање трговин-

ских политика се преноси на органе економских интеграција, који тиме добијају елементе супранционалних организација чија се правна правила директно примењују и на државе чланице. Истодобно, оне постају директни, субјекти споразумевања и нормирања на универзалном нивоу.[7]

Регионални и универзални облици интеграција у сфери међународне трговине су довели до успостављања одређених стандарда у датој области. Они су постали општи правни оквир за њено одвијање. Структурирани од принципа, правила, механизама и инструментарија функционисања у више институционалних и правних форми, они се морају узети у обзир при конципирању домаћег односног законодавства чиме држава добровољно умањује свој значај у овој области.. Наиме, систем модерног пословања намеће функционални тип интеграције у светској привреди који битно сужава и релативизује класични национални суверенитет држава у области међународног пословања. То се остварује не само директном применом међународних правила већ и обавезом њиховог инкорпорирања у свој правни систем. Изоловано поступање и самостално креирање сопствених правила у овој области, фактички је могуће, али је економски контрапродуктивно. То практично значи да економски императив намеће убрзано укључивање земаља у међународне универзалне механизме и стандарде који су све израженији и чији значај константно расте. Стога прилагођавање овим захтевима са наднационалног нивоа, све више постаје потреба свих земаља, не само мање развијених. То нема смисао само као претпоставка успешног укључивање у међународну трговину већ све више и као услов за учешће у међународној трговини.

Логично је онда што је велик број земаља исказују жељу за пријем у пуноправно чланство у СТО.[8] Све заинтересоване земље, осим смањења царина који неизбежно следи по уласку у ту универзалну организацију, морају прилагодити на десетине закона и прописа захтевима СТО.[9] То усклађивање се односи на све законе и прописе који директно или индиректно тангирају трговински систем. То значи да прикључење СТО, као најизраженијем облику мултилатерализма претпоставља значајне промене у привредносистемским законима и систему економских односа са иностранством, али и прихватање стандарда у области квалитета, паковања, санитарне и фитосанитарне заштите. У свим релевантним областима нужно је увођење мера и инструмената који су компатибилни са правилима СТО.

---

[7] ЕЕЗ се већ код кодекса Токијске рунде преговора појављује ка потписник ,уместо земаља чланица.

[8] У процесу преступања испитује се усаглашеност не само мера економске политике са СТО,већ и усаглашеност релевантног националног законодавства.

[9] Захтева се прилагођавање прописа о трговачким друштвима, о трговини, о банкама, о царини, индустријској својини,страним улагањима и сл.

Правила понашања створена као резултат сарадње држава у овој области, било на инстуционалном нивоу или уговорној форми, креирају опште правне оквире међународне трговине. Њу карактерише крајња динамичност у развоју и сталне промене у погледу намене, циљева и природе регулисања, и то све у складу с институционалном основом у оквиру које настају и промењеним околностима .

Иако у основи имају за циљ да покушају установити границу између протекционизма и легитимне заштите сопствених економских интереса, на универзалном плану аспирације и инструменти остваривања циљева се разликују и модификују. У процесу либерализације започетом у оквиру ГАТТ-а, првобитно се у првој фази пажња концентрише на умањење царинских баријера у светској трговини. Паралелно са смањењем општих царинских стопа, почео је расти значај и других облика затварања домаћег тржишта из групе тзв. нецаринских баријера (Non-Tariff Bariers), што је захтевало њихово регулисање и на наднационалном плану у оквиру ГАТТ'а. Стога се у оквиру ГАТТ-а тежиште све више усмеравало ка креирању општеважећих правила која би требала спречити произвољну дискриминацију али и привилегије у међународним трговинским односима. Она се заснивају на принципима забране квантитавних ограничења најповлашћеније нације и недискриминације.

У оквиру СТО долази до даљег преформулисња посебних правила која имају за циљ осавремењивање и актуализовање питања која су регулисана ГАТТ-ом. Осим искорака у нивоу инстуционализације и територијалној обухваћености и броју чланица [10], суштинске разлике између њих се испољавају пре у погледу ширине претензија, односно циљева и предмета регулисања.

Наиме, настанак СТО значи стварање наднационално правно обавезујуће институције у домену међународне трговине,[11] чији је циљ максимирање економске ефикасности међународне трговине са комплексном амбицијом да обухвати све аспекте трговинске размене који су дотад били изван опсега ГАТТ-а. Правила СТО регулишући светску трговину, проширују свеобухватности међународних универзалних правила на различите аспекте промета роба али све више и услуга у изразито динамичну и

[10] У садашње време СТО у свом чланству има око 150 земаља чланица, што је много више у поређењу са ГАТТ-ом.

[11] О различитим аспектима рада Светске трговинске организације: Scott.J., Interantiona Trade and Environmenatal Governance:Relatign Rules (and Standards) in the EU and the WTO,EJIL.15(2004); Mavroidis,P.C., Remedias in the WTO Legal System:EJIL.11(2000); Siegel.D.E., *Legal Aspects od the IMF/WTO Realtionship:The Funds Articles of Agreement and the WTO Agreements*,The American Journal of Internationalaw,vol.96:561,2002.

експанзивну област. Њима се уређују практично све области трансакција са светом, укључујући и правни статус и третман страних улагања и заштиту права индустријске својине.

Битна разлика у погледу правила које настају у оквиру ГАТТ-а и СТО је у и степену правне обавезности правила. Правила СТО имају израженији правни карактер.[12] Из уговорног карактера ГАТТ-а произилази да је он више конципиран као форум земаља чланица за доношење резолуција него орган за креирање правила.[13] Таква природа правила ГАТТ-а су један од битних разлога његове реформе и трансформације.[14]

У том погледу правила СТО су битно другачија. Превага легалистичког над политичким, изразито је сублимирана у развијеном систему правила у оквиру ове организације. Примерено томе, она је креирана и као институционална основа за решавања разлика и спорова између земаља чланица. Тиме је учињен битан помак у стварној ефективности њених правила и то по два основа. Прво, по основу надзора и контроле над релевантним националним законодавством и мерама држава у овој области. Систем надзора над трговинским политикама је значајно унапређен успостављањем механизама њиховог периодичног испитивања али и путем правила и процедура нотификовања мера трговинске политике.[15] Овакви захтеви у погледу транспарентности подразумевају и обавезу пружања и објављивања свих релевантних информација. Крајњи је циљ остварење предвидљивости и сталности услова пословања у међународној трговини а тиме и максимирање њене економске ефикасности.

Друго, путем учвршћивања развијенијег регулисања система решавања спорова у виду посебног документа, под именом Договор о правилима и поступку за решавање спорова, којим је направљен и значајан квалитативни искорак усмерен ка објективизацији решавања спорова и у обезбеђењу спровођења арбитражних одлука.[16] Овај нови систем решавања спорова подразумева и постојање посебних институционалних механизама за решавања спорова који могу санкционисати прописе и мере држава. У том смислу ранију надлежност Савета ГАТТ-а је преузео посебан орган за решавање спорова.

---

[12] Palmeter, D., Mavridis . P.C., *The WTO Legal System: Sources of Law* , American Journal of International Law, 1998/3, str. 398 i dalje.

[13] Bello, J.H., Holmer, A.F., op,cit. str. 1097.

[14] Bello, J.H., Holmer, A.F., op,cit. str. 1098-1099.

[15] Ова питања су систематизована у Анексу 3, Механизму за проучавање трговинске политике.

[16] Summary of the Final Act of the Uruguay Round, стр. 22.

Мултилеризација међународне трговине има јасно концептуално усмерење и заснива се на општеприхваћеним принципима и трендовима који су иначе уобичајени унутар развијених тржишних привреда. Тако посматрано нема сумње да су либерализација и дерегулација основни принципи на којима би требало да се заснива процес успостављања међународно-правног оквира спољнотрговинског пословања .

Стога је и ГАТТ своју активност усмерио у правцу креирања мера либерализације са циљем постепеног смањења ограничења у међународној трговини до нивоа потребног за ефикасну привредну сарадњу, али са променљивим успехом. Наравно, правни инструментариј и стандарди СТО су јој резолутније усмерени у том правцу и у том погледу је учињен значајан искорак у односу на правила ГАТТ-а. Један од њих је у правцу у ефективне универзалности, битно више него што се то може постићи билатералним уговорима о слободној трговини и регионалним облицима економске сарадње држава.

Универзалност наведеног процеса указује да процесе либерализације услова трговине на међународном нивоу вештачки не намећу процеси економске регионализације и глобализације. Он је пре свега израз интерних потреба националне привреде да јача своју конкурентску способност између осталог и путем већег отварања свог тржишта за инострану робу и услуге. Неке економске анализе показују да се позитивни учинци либерализације пре или касније исказују путем преусмеравања домаће производње према компаративним предностима као што су раст националне потрошње и могућности додатног инвестиционог раста. Врло је важна могућност коју либерализација даје домаћим извозницима путем коришћења предности либерализованог наступа на страним тржиштима. . Укупно посматрано либерализација нема алтернативу. Сагласно томе основни проблем је онда наћи модус да се она реализује поступним путем, како би домаћа привреда имала времена да се томе структурно прилагоди. На тај начин се умањују негативне последице које краткорочно неминовно настају у том процесу.

Либерализација о којој говоримо усмерена је у више праваца и вишезначног је карактера. То у првом реду значи инаугурисање и остварење слободе спољне трговине. Сагласно почетном стању у овој области, заједнички циљ и метод у процесу прилагођавања не воде аутоматској и потпуној слободи трговине већ реалистично умањењу ограничења. Ограничења и заштитне мере државе нису потпуно забрањена и укинута али су лимитирана. Начело неолиберализације има своју пуну ефективност ако под-

разумева либерализацију[17] свих елемената међународних трансакција, роба[18], услуга.капитала, информација и знања.

Из овог општег принципа се изводе други који значе његову разраду Они се односе се на позицију државе и њених органа у спољнотрговинском пословању.

У складу са начелом дерегулације класична национална држава се потискује из сфере стриктног регулисања и дефинисања ове области. Остваривање слободе спољнотрговинског промета претпоставља ограничење државне интервенције и администрирања а тиме, што није небитно и умањење корупције у овој области. То би обезбедило виши ниво правне сигурности учесницима у спољнотрговинском пословању а улога државних органа би била сведена на разумну меру. Улога и учешће Владе је неопходна само у оквиру стриктно утврђених услова и области.

3. Правни инструменти

Наведени процеси се правно формализују правним инструментима различитог карактера и облика. Они су само нормативни израз мултилатералног и регионалног организовања у међународној трговини.

На регионалном плану у оквиру Европске уније најосновнија правила у овој области потичу већ од Уговора о оснивању а касније су она разрађена уредбама и упутствима, посебно у сфери царина, али и нецаринске заштите, дампинга, субвенција које служе као заједнички стандарди спољне трговине.[19] Наведени акти не садрже само основна начела, већ и комплексне правне регулације, које су државе дужне да поштују , ускладе своје прописе са њима и доследно их примене. Њиховом реализацијом, ствара се кодекс обавезног понашања држава у доношењу и спровођењу правила из свог домена. Међутим, иако чланице Европске уније утврђују заједничка правила у овој области постоје и посебни закони о

[17] Нпр. као непосредан резултат преступања Хрватске у чланство СТО-а је прилагодила царинске заштите на ниво царинске заштите која данас постоји у европским транзицијским земљама. Одмах по примени нове, у СТО усаглашене царинске тарифе, висина просечне царинске заштите смањила се за индустријске производе се са 10% смањила на 6,5%, а до краја прелазног периода које завршава 2005. године смањиће се испод 5%. За пољопривредно-прехрамбене производе просечна царина смањена је с 33,7% на 24,3%, а до краја прелазног раздобља које завршава 2007. године, смањиће се на око 16%.

[18] Предвиђена је постепена либерализација трговине пољопривредним производима али и текстилом и одећом.

[19] Нпр. Уредба 2026/97 која се односи на заштиту од субвенционисаног увоза.

неким питањима из ове области. Поред њих се као извор користе и подзаконки акти, одвојено или у комбинацији са њима.

На универзалном плану, основни правни облици уједначавања трговинске политике су међународни вишестрани уговори којима се оснивају поједине међународне организације али и уговори и споразуми који настају у оквиру њих.

У овом моменту на универзалном плану, општи оквир међународне трговине превасходно се заснива на Уговору о оснивању СТО (WTO) из 1994. године и другим ,многобројним и правилима креираним у оквиру ње.[20]

СТО ствара глобални правни систем регулисања међународне трговине којим се на наднационалном плану унификују правила о спољнотрговинском пословању. Већ је речено да су правила СТО вишефункционална и усмерена на оне области које су традиционално биле изван међународнодних правила о овој области. Ради се пре свега о страним улагањима, индустријској својини, знањима и сл. Из тог разлога, интеграција једне државе у систем СТО, захтева комплексно прилагођавање, односно, многобројне и значајне промене у релевантном законодавству. Усклађивање релевантног законодавства с правилима СТО, на принципима предвидивости, сигурности и стабилности мора се обавити у релативно кратком року јер за разлику од ГАТТ-а, у СТО се инсистира на томе да се прихваћена правила морају спроводити у пакету, без изузетака и без дугачких прелазних рокова за њихову примену. Ипак, мање развијене земље имају посебан, привилегован статус који се не односи само на рокове прилагођавања, већ и ширину и могућност коришћења дозвољених изузећа.[21]

У формалном смислу тај институционални оквир међународне трговине данас превасходно чине споразуми и аранжмани систематизовани у више докумената.То су: Вишестрани споразуми о трговини робом, Општи споразум о трговини услугама, Споразум о трговинским аспектима права индустријске својине (Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights), Споразум о условима за страна улагања који утичу на трговину (Trade related investment measures – TRIMS).

Правила СТО у овој области садрже консолидована правила ГАТТ-а, формализована путем Мултилатералног споразума о трговини робом. Саставни део тог Анекса је Општи споразум о царинама и трговини из 1947 године, протоколи и допуне ГАТТ-а 1947, заједно са Маракешким протоколом и 12 посебних споразума о трговини са појединим врстама

[20] Уговор СТО који обухвата ГАТТ,његова правила ,измењена и допуњена резултатима Уругвајске рунде преговора ,што све заједно чини ГАТТ 94.

[21] У документима СТО се начелно утврђује став да се посебни води рачуна о трговинским,развојним и финансијским потребама тих земаља.

робе. Први пут, додуше у рудиментарном облику, њима се регулише и трговина пољопривредним производима и текстилом.[22]

Наведени карактер ових правила указује да се постојећа правила у овој области заснивају и даље на принципу забране квантитативних ограничења и принципу најповлашћеније нације. Исти значај има забрана дискриминације а у том оквиру принцип националног третмана. Страна роба и услуге, у том смислу не може бити подвргнута строжијем правном режиму него домаће робе и услуге. То се односи како на наметање фискалних обавеза,[23] тако и у погледу техничких услова и стандарда за стављање у промет[24] или обавеза у погледу сервисирања. Надзор над применом споразума врши Савет за трговину робом.

Најосетљивије подручје од свих релевантних области везаних за међународну трговину је подручје услуга. Спољнотрговинска размена услуга постаје све значајнији фактор у међународној трговини те стога расте и потреба њиховог детаљнијег регулисања и на међународном плану. Зато је у оквиру СТО усвојен систем правила која регулишу трговину услуга са тенденцијом да се процес либерализације у овом сектору убрза и њен обим прошири. У основи полазни став је да се правни режим услуга у спољнотрговинском промету заснује на истим принципима као и промет роба. То значи слободу вршења услуга и оквирну сличност у њиховом регулисању.

Последично, преступањем СТО земље чланице морају да либерализују свој сектор услуга и ускладе регулирање тог разноврсног и широког подручја с основним одредбама Општег споразума о трговини услугама, примјењујући на стране даваоце услуга принцип најповлашћеније нације и национални третман. То ће резултирати повећањем конкуренције на националном тржишту. Надзор над применом Споразума о услугама има Савет за трговину услугама.

Правилима СТО је направљен искорак у правцу хармонизације других елемената конкурентности као што су права индустријске својине и страна улагања.

Питање права индустријске својине је било једно од битних питања Уругвајске рунде преговора у оквиру ГАТТ-а. Пошло се од поставке да је ширењу технологије, као битног елемента међународне трговине и развоју

[22] У домену трговине пољопривредним производима предвиђене је да царинске и друге баријере буду уемњен у јединствену царинску тарифу ,протеком одређеног рока. У домену текстила се предвиђа постепено укидање квота у року од 10 година.

[23] О неким случајевима такве врсте: Still Hazy after All These Years:The Interpretation of National Treatment in the GATT/WTO Cae Law an Tax Discrimination, EJIL.15, (2004).

[24] У овом контексту, посебно питање је питање прихватања иностраних стандарда, посебно ако су они захтевнији од наших.

индустрија заснованих на знањима и искуствима, битна препрека недовољна заштита права индустријске својине. Растући проблеми неовлашћене продукције све већег броја производа,[25] умножили су настојања, првенствено развијених земаља да и на универзалном плану, подигну степен заштите ових права на виши ниво.

Као резултат тих настојања је настао Споразум о трговинским аспектима права индустријске својине. (Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights). Он је усмерен на обезбеђење адекватних стандарда и принципа и у њиховом коришћењу. Овим споразумом се предвиђа примена клаузиле највећег повлашћења на сва права, погодности и имунитете које државе стекну у погледу заштите индустријске својине. Утврђени су високи стандарди у погледу њиховог коришћења као и правила у погледу контроле робе са кривотвореним ознакама. Посебна пажња је посвећена питању обезбеђења ефикасне правне обавезности на поштовање установљених норми, како на међународном тако и на националном плану, као и обезбеђење делотворних инструмената њихове правне заштите. У том контексту посебну улогу добија посебно формиран орган Савет за трговинске аспекте права индустријске својине. Ипак, без обзира.на овакав приступ, у овој области је и даље могуће очекивати највише практичних проблема у погледу примене и спровођења наведених правила СТО-е.

Споразум о условима за страна улагања која утичу на трговину (Trade related investment measures-TRIMS) је настао као резултат пионирског подухвата да се за предмет мултилатералних трговинских преговара узме потпуно нова област међународног пословања, као што су страна улагања. Полазећи од тога да инвестициони услови могу да изазову рестриктивне и неповољне ефекте по обезбеђење експанзије и прогресивне либерализације светске трговине, њиме се жели олакшати инвестирање преко међународних граница. Према наведеним правилима су утврђена и општа правила у погледу статуса и системског третмана страних улагања, режима и услова страних улагања од значаја за трговину У циљу да се успостави уједначени и побољшани третман страних улагања забрањена је примена мера према страним улагачима које нису у складу са правилима ГАТТ-а о националном третману и општој забрани квантитативних ограничења. Она се односе како на правну норму, тако и на административну одлуку,[26] чиме

[25] Према неким проценама овакви производи достижу једну десетину њиховог укупног промета у међународној трговини.

[26] Илустративни попис мера које су неконзистентне са одредбама Споразума о условима за страна улагања која утичу на трговину (Trade related investment measures - TRIMS) дат је у његовом Анексу.

се државе ограничавају у доношењу рестриктивних прописа у овој области. Најчешће се ради о забрани разних видова везивања увоза и извоза или коришћења девизних средстава за остварени увоз.

У циљу надзора над примерног наведеног споразума, конституисан је посебан орган под именом Комитет за инвестиционе услове који утичу на трговину.[27]

Закључак

Један од најважнијих тенденција развоја друштва на крају XX и почетком XXI века су процеси изражене интеграције ,како на глобалном, тако и на регионалном нивоу. Ширења међузависности држава, интернационализације производње,неопходност уклањања баријера за слободан проток роба, услуга, капитала све више захтева креирање јединствених правила за регулисање датих односа. То је посебно важно у сфери међународне трговине, јер глобално тржиште захтева стварање једнообразног наднационалног режима за спољнотрговинско пословање. Различити правни системи и њихова изразита протекционистичка усмереност ограничава развој међународне трговине.

Стога је актуелни задатак унификација правила на међународном нивоу и успостављање међународних правних оквира . То се чини на различите начине и на различитом нивоу. У том погледу, настанком СТО и правила који се креирају унутар ње, учињен је значајан искорак,како у погледу инстиуционализације светске привреде, тако у степену ширине обухвата,али и у степену правне обавезности. У том контексту,пажња се све више усмерава ка њиховом спровођењу посебно од стране најразвијенијих националних и регионалних субјеката.

Прилагођавање овима захтевима са наднационалног нивоа, све више постаје потреба свих земаља,не само мање развијених,и то не само као услов успешног укључивање у светску привреду,већ све више као услов за учешће у међународној трговини. Општим усклађивање са правилима развијеног тржишног система, са стандардима међународног економског поретка и регионалним правилима понашања у овој области, једна земља се исказује као интегрални део светског тржишта.

[27] Он је замишљен и као форум за консултације земаља чланица у овој области. Чл. 7 Споразума о условима за страна улагања која утичу на трговину (Trade related investment measures -TRIMS).

Наравно, оваква кретања имају значајне импликације и по нашу земљу. И наш правни систем мора да се прилагоди захтевима и потребама мултилатерализације, правилима и стандардима регулисања који се успостављају у том процесу.Истовремено транспарентан и предвидљив спољнотрговински систем, те обавеза поступања према међународно прихваћеним правилима у спровођењу трговинске политике у најширем смислу, учиниће нашу земљу као поузданим спољнотрговинским партнером и стимулисати прилив страног улагања.

Drago Divljak, Ph.D. Associate Professor
Novi Sad Faculty of Law

International Frameworks for Foreign Trade Operations

Abstract

The paper analyses the processes of multilateralisation of international trade and international framework that is being created in such a process for foreign trade operations.

It is pointed out that globalised world economy requires setting of international rules and standards also in the fields that have been exclusively in the domain of sovereign state regulation. Logically, such market requires a uniform/unified regime, or at least the bases for such regime for international trade.

The unification in this field is accomplished in different ways and at different levels. In that respect, upon the establishment of WTO and setting of rules that have been created within it, a significant step forward was made both with respect of institutionalisation of the world economy and with respect of the extent of encompassing and the extent of legal mandatoryness. The rules of WTO regulating the world trade widen the comprehensiveness of international universal rules onto practically all the fields of transactions with the world, including the legal status and treatment of foreign investments and protection of industrial property rights.

Such trends require the appropriate adaptation in each country. Our country can by no means stand aside. That is why the demands in that respect are being placed urgently in front of it as well, namely in front of our economic and legal systems, with taking into account all the legitimate requests and interests and in particular the essential economic interests of our entrepreneurs.

339.923:061.1EU]:342.7

Др Родољуб Етински, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ДОПРИНОС СУДА ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА РАЗВОЈУ ЗАБРАНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ОБЛАСТИ ОСНОВНИХ СЛОБОДА

***Сажетак**: Основне слободе су од највеће важности за остваривање унутрашњег тржишта, повећање економске конкурентности и социјалне добробити у Заједници. Дискриминација је једна од највећих препрека остваривања тржишних слобода. Суд Европских заједница је значајно допринео превазилажењу ове препреке. Уговором о оснивању Економске заједнице предвиђена је забрана дискриминације по основу држављанства као начело примењиво у области основних слобода. Налазећи да ово није довољно, Суд Европских заједница забрањује дискриминацију по другим основама.*

***Кључне речи**: основне слободе, дискриминација, комунитарно право.*

Основне слободе чине значајан инструмент остваривања заједничког, односно унутрашњег тржишта. Ставом 1 (ц) члана 3 Уговора о оснивању Европске заједнице[1] (у даљем тексту: Уговор) речено је да унутрашње тржиште карактерише укидање препрека између држава чланица слободном промету роба, кретању лица, пружању услуга и инвестирању капитала. Царинске баријере међу државама чланицама Заједница су укинуте релативно лако. Ванцаринска заштита се показала много отпорнијом. Суд Европских заједница је својом праксом значајно допринео укидању пре-

[1] Official Journal C 325 of 24 December 2002.

прека слободном кретању радника, слободном промету робе, инвестирању капитала или пружању услуга.[2]

Економски разлог слобода унутрашњег тржишта јесте оптимална алокација привредних ресурса.[3] Циљ је да се економија Заједнице учини конкурентнијом на глобалном плану. Реализација ових слобода утиче на повећање бруто производа Заједница.[4] Међутим, унутрашње тржиште има и социјалну компоненту.[5] Оно има, свакако, и политички смисао. Тржишне слободе или основне слободе не могу да се сведу само на забрану дискриминације. Ипак, суштински елемента ови слобода јесте забрана дискриминације. Начело једнаког поступања служи постизању економских циљева али, такође, социјалних и политичких. Дискриминација представља препреку слободном промету роба, кретању радника, слободи предузетништва, пружању услуга или инвестирању капитала. Она је, такође, неспојива са идејом држављанства Уније јер оно треба да омогући исти правни третман држављана држава чланица без обзира на њихово национално држављанство.[6]

Комунитарно право садржи велики број прописа о забрани дискриминације. Неки од њих односе се првенствено на основне слободе док су другим уређени други комунитарни односи. Поред опште одредбе из чл. 12 Уговора о забрани дискриминације по основу држављанства, посебна правила о забрани дискриминације изложене су у одредбама о основним слободама. Члановима 28 и 29 Уговора о оснивању Европске заједнице забрањене су квантитативна ограничења увоза и извоза и све мере које имају еквивалентно дејство. Члан 30 Уговора дозвољава, међутим, забране или ограничења увоза, извоза или транзита роба које су оправдане јавним моралом, јавним поретком или јавном сигурношћу, заштитом здравља и живота људи, животиња или биљака или другим наведеним разлозима. Такве забране или рестрикције не смеју, међутим, да чине арбитрарну дискриминацију или прикривено ограничење трговине међу државама чланицама.

Чл. 39 Уговора (бивши чл. 48) у ст. 1 каже да је слобода кретања радника обезбеђена у оквиру Заједнице. Ст. 2 истог члана наводи да таква слобода обухвата укидање сваке дискриминације између радника држава чланица по основу држављанства у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада.

---

[2] Clive Archer, The European Union, Structure and Process, Third Edition, London, 2000, стр. 70, P.J.G. Kapteyn, P. VerLoren van Themaat, Introduction to the Law of the European Communities, Third Edition, London, 1998, стр. 587

[3] Rudolf Streinz, Europarecht, 7, völlig neu bearbeitete Auflage, Heidleberg, 2005, стр. 297

[4] Clive Archer, op. cit. стр. 71

[5] Rudolf Streinz, op.cit. стр. 297

[6] Egon Schempp v. Finanzamt München V, Case 403/03, 2005

У прописима о слободи кретања капитала и плаћања садржана је, такође, одредба о забрани дискриминације. Чланом 56 Уговора забрањена су сва ограничења у погледу кретања капитала и плаћања између држава чланица и између држава чланица и трећих држава. Ипак, чланом 58 Уговора држави чланици је дозвољено да својим пореским прописима разликује пореске обвезнике који нису у истој ситуацији у погледу места становања или у погледу места где је инвестиран њихов капитал. Њима је дозвољено да предузму све потребне мере да спрече повреде националних закона нарочито у области опорезивања и успоставе разборити надзор финансијских институција или да успоставе процедуре за пријаву кретања капитала ради административних или статистичких информација као и да предузму мере оправдане разлозима јавног поретка и јавне сигурности. Ст. 3 истог члана налаже да ове мере и процедуре не чине средства арбитрарне дискриминације или прикривена ограничења слободног кретања капитала и плаћања.

Поред наведених прописа о забрани дискриминације у одредбама основних слобода постоје други конкретни прописи о забрани дискриминације, садржани у Уговору а који су од значаја за остваривање унутрашњег тржишта. Ставом 1 члана 31 наложено је државама чланицама да подесе државне монополе комерцијалног карактера тако да обезбеде да нема дискриминације међу држављанима држава чланица у погледу услова под којима се роба набавља и ставља у промет. Ставом 2 члана 34 је предвиђено да ће се заједничком организацијом пољопривредног тржишта искључити свака дискриминација између произвођача и потрошача у Заједници. Чланом 75 Уговора је наложено да се у области транспорта у Заједници укине дискриминација која се састоји у наплаћивању различитих цена и наметању различитих услова за превоз исте робе на истим транспортним релацијама на основу земље порекла или дестинације. Чланом 87 Уговора проглашава се неспојивом са заједничким тржиштем свака помоћ у било ком облику којом се угрожава конкуренција фаворизовањем извесних предузећа или производње извесних добара ако се тиме погађа трговина између држава чланица. Ипак, став 2 истог члана дозвољава помоћ која је социјалног карактера и дата индивидуалним потрошачима, под условом да се даје без дискриминације у погледу порекла производа. Јасно је да ове забране дискриминације треба да служе функционисању унутрашњег тржишта те да имају исти циљ као оне у одредбама о основним слободама.

Постоје и друге забране којима се постижу ванекономски социјални циљеви. Тако је чланом 141 Уговора предвиђено једнако плаћање мушких и женских радника за једнак рад или рад једнаке вредности, дакле за-

брањена је дискриминација у овом погледу. Изменама и допунама учињеним у Амстердаму унета је општа одредба о забрани дискриминације, која сада чини члан 13 Уговора и којом је Савет овлашћен да, на предлог Комисије и после консултовања Европског парламента, предузме одговарајуће акције ради борбе против дискриминације засноване на полној, расној или етничкој припадности, религији или веровању, хендикепираности, старости или сексуалној оријентацији. Пре него што је ова одредба унета у Уговор, дакле пре Уговора из Амстердама, Суд Европских заједница примењивао је општу забрану дискриминације као опште начело комунитарног права.[7]

Општи пропис о забрани дискриминације по основу држављанства садржан је у члану 12 Уговора и гласи: „У оквиру примене овог Уговора и без прејудицирања посебних прописа садржаних у њему, свака дискриминација по основу држављанства је забрањена." Суд Европских заједница примењује овај пропис као правно начело Заједнице у посебним областима основних слобода.[8] Јасно је, међутим, да сама природа појединих слобода захтева и забране дискриминације по другим основама. Када је у питању слобода промета робе у равноправном односу треба да буду увозне и домаће робе. Разлог дискриминације овде може да буде различит третман појединих начина увоза робе.[9] Или, када је у питању слобода пружања услуга у односу једнаког третмана треба да буду они који пружају услуге, односно они који примају услуге. Држављанство није ту од кључног значаја. Тамо где је Уговором изрично забрањена дискриминација по основу држављанства, као што је то случају у области слободе кретања радника, Суд Европских заједница је проширио ову забрану и на друге разлоге дискриминације, развијајући доктрину индиректне или „прикривене" дискриминације. Закључио је да различит третман заснован на месту становања, месту рођења или неком другом разлогу може посебно да погађа стране раднике, дакле да има слично дејство као дискриминација по основу држављанства.[10] Поред тога, Суд је важење ова забране проширио и на запошљавање у јавним службама, иако су ове изузете од слободе кретања радника.[11] Свако различито поступање не чини дискриминацију. Суд Европских заједница сматра да дискриминација постоји ако се упоредиве, дакле приближно једнаке ситуације третирају различито без

[7] Р. Етински, Општа забрана дискриминације, Допринос Суда Европских заједница у праву Европске уније, Правни живот, бр. 12/2005, с.299

[8] Reyners v. Belgium, Case 2/74, ECR, 1974, стр. 63

[9] Commission v. Italy, Case 154/85, ECR, 1987, стр. 2717

[10] Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v Salvatore Ugliola, Case 15/69, ECR, 1969, стр. 363

[11] Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost, Case 152/73, ECR, 1974, стр. 153

оправданог разлога или ако различит третман није пропорционалан оправданом циљу.[12] Постоје разлози као што су јавни поредак, јавна безбедност или јавно здравље које Уговор наводи као допуштена ограничења гарантованих основних слобода. Суд ове разлоге, који су изузетци од правила, тумачи уско и не прихвата да се они проширују додатним разлозима као што су економски разлози.[13] Поред тога, сам Уговор захтева да ова допуштена ограничења не постану средство самовољне дискриминације. И тамо где то Уговором није изричито тражено, Суд тражи да ова ограничења не буду дискриминациона.[14] Суд Европских заједница забрањује сваку дискриминацију коју врши држава чланица а којом се ограничавају основне слободе. Проблеми на унутрашњем тржишту унутар Заједнице се јављају и због различитог третмана који не проистиче из националне дискриминације већ из различитих националних прописа који важе у државама чланицама. Ови прописи сами по себи нису дискриминациони али њихово кумулативно дејство доводи у тежи положај оне који учествују у комунитарном саобраћају и односу на оне који не учествују. Ако једна роба која се извози у другу државу чланицу треба да задовољи критерије квалитета државе у којој је произведена као и критерије квалитета државе у коју се извози, а при томе ове критерији нису једнаки, онда се она налази у тежем положају у односу на робу која се не извози. Или, ако неко ко је стекао диплому у једној држави мора да полаже додатне испите да би могао да се запосли у другој држави, тада се он налази у тежој ситуацији од оног који остаје да ради у земљи у којој је стекао диплому. Ситуација је заиста сложена. Идеал је једнак третман не само на националном нивоу државе чланице већ и на нивоу унутрашњег тржишта Заједнице, са једне стране, а са друге стране постоје затечени национални прописи који нису дискриминациони. Суд Европских заједница је значајно допринео да се ови проблеми ублаже. Када је у питању слобода промета роба, он је развио доктрину о забрани двоструког терета. Ако робе удовоље захтевима државе у којој су произведене оне могу да буду извежене у другу државу чланицу без додатног удовољавања њених услова.[15] Уколико су у питању друге основне слободе, Суд испитује колико су циљеви који се желе постићи националним мерама оправдани и колико су те мере пропорционалне циљевима.

[12] Case C-315/02,Anneliese Lenz v. Finanzlandesdirektion für Tirol, Judgment of 16 july 2004.

[13] Case C-367/98, Commission of the European Communities v. Portuguese Republic, Judgment of 4 June 2002.

[14] Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam and Inspire Art Ltd, Case C-167/01, Judgment of 30 September 2003.

[15] Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolvewlatung fűr Branntwein, Case 120/78, ECR, 1979, стр. 649.

Суд Европских заједница није ограничио примену забране дискриминације у области основних слобода само на дискриминацију по основу држављанства. Ипак, забрана дискриминације по овом основу има посебан значај у области основних слобода и то је истакнуто у члану I-4 Уговора о установљавању Устава за Европу, који се налази у Првом делу Устава под насловом „Основне слободе и недискриминација" и који гласи:

„1. Гарантовано је слободно кретање лица, роба, капитала, пружања услуга и слобода предузетништва у оквиру Уније, сагласно овом Уставу. 2. У оквиру поља примене Устава и без прејудицирања посебних прописа, свака дискриминација по основу држављанства је забрањена."[16]

Забрана дискриминације у области слободног промета роба

Горе су наведене одредбе Уговора о оснивању Европске заједнице којима су забрањена квантитативна ограничења увоза и извоза и све мере које имају еквивалентно дејство. Сама одредба не помиње забрану дискриминације али суштина одредбе је забрана дискриминације. Суд Европских заједница је у „мерама које имају еквивалентно дејство" нашао простор за примену забране дискриминације у овој материји.

Италија је увела додатне услове за регистровање нових и половних аутомобила увезених из других држава чланица. Ови услови су се односили на возила која нису купљена преко званичне дистрибутивне мреже. Да би се регистровало такво возило било је потребно да се приложи потврда о пореклу возила коју је требао да изда произвођач као и документ произвођача о техничким карактеристикама возила, а ако је у питању половно возило, била је потребна и потврда регистровања тог возила у земљи из које је увезено. Како произвођачи нису издавали потврде о пореклу, оваква врста увоза била је потпуно паралисана. Разлози за ове мере су били да се спречи регистровање украдених возила и да се обезбеди да техничке карактеристике возила удовољавају безбедносне италијанске стандарде. Комисија ЕЗ је сматрала да је мера непропорционална циљу и да има за последицу дискриминацију увоза возила која се не увозе преко званичних дистрибутивних мрежа. Суд Европских заједница се сагласио са ставом Комисије и наредио је Италији да успостави стање које је било пре доношења ових мера.[17] Суд Европских заједница је нашао да национална

[16] Official Journal of the European Union, C 310/11, December 16, 2004.

[17] Commission v. Italy, Case 154/85, ECR, 1987, стр. 2717.

правила или пракса која каналише увоз на такав начин да једино неки трговци могу да увозе а други не могу, чини меру која има еквивалентан ефекат квантитативном ограничењу увоза. Суд је, дакле, општу забрану дискри-минације уврстио међу мере које имају еквивалентно дејство квантитатив-ном ограничењу увоза.

Суд Европских заједница је нашао, такође, да ако се стандарди обавезног квалитета примењују једино на производе за извоз а не и на производе који се продају у тој држави чланици, то чини дискриминацију између две групе производа која чини меру која има исто дејство као квантитативно ограничење извоза.[18]

Суд Европских заједница је наметнуо високе стандарде опште забране дискриминације о питањима квантитативних ограничења увоза или извоза. Тако је нашао да владина рекламна кампања чини дискриминацију. Ирска влада је предузела извесне мере да поспеши продају домаћих производа. Водила је, између осталог, рекламну кампању и увела је посебне ознаке за ирску робу „гарантовано ирско". Циљ ових мера је био да за три процента смањи куповину увезене робе и да за толико повећа куповину домаће робе. Према ирској тржишној статистици, међутим, овај циљ није постигнут. Поред тога, ове мере нису биле обавезујуће. Без обзира на ове чињенице, Суд Европских заједница је ове мере квалификовао као мере које су аналогне мерама којима се ограничава увоз. Оне су могле да утичу на понашање трговаца и потрошача, а то је довољно.[19]

Суд Европских заједница је нарочито допринео слободи промета робе у трговању унутар Заједнице тиме што је националне прописе о неким својствима робе, као што су састав, техничке карактеристике, паковање, означавање и сл. подвео под мере које имају исто дејство као ограничења увоза робе. Водећи случај у том погледу је Cassis de Dijon. Према немачким прописима ликери треба да имају најмање 25% алкохола те пошто је ликер Cassis de Dijon имао мање од тога његов увоз из Француске није био дозвољен. У одсуству комунитарне регулативе о алкохолним пићима, државе чланице доносе своје прописе, каже Суд. Због тога могу да настану препреке у трговини робом у оквиру Заједнице које су прихватљиве ако су нужне ради задовољавања императивних захтева који се односе нарочито на ефикасан фискални захтев, заштита јавног здравља, поштење у комерцијалним пословима и заштита потрошача. Како одређивање минималног садржаја алкохола не служи овим императивним захтевима, Суд Европских заједница је нашао да се тим немачким прописом крши

[18] Procureur de la République de Besançon v Les Sieurs Bouhelier and others, Case 53/76, ECR, 1977, стр. 197.

[19] Commission v. Ireland, Case 249/81, ECR, 1982, стр. 4005.

забрана коришћења мера које су еквивалентне ограничењу увоза.[20] Исто је нашао у погледу белгијског прописа да се маргарин пакује у четвртаста паковања[21] или француског прописа према коме сир „едамер" мора да има 40% масноће.[22] У поменутим случајевима поменути прописи се примењују једнако на домаћу и страну робу. Суд Европских заједница се у овим случајевима не позива на дискриминацију. Поменути национални прописи се примењују без разлике на домаћу и страну робу. У националним релацијама дискриминације нема. Она постоји, међутим, у оквирима Заједнице. Јер, ако се очекује да роба која је пуштена у промет у једној држави чланици и која је задовољила прописе те државе чланице треба да задовољи и прописе друге државе чланице да би се нашла у промету на њеној територији онда се према њој поступа другачије у односу на робу која остаје у промету само у оквирима једне државе чланице. Различито поступање, дакле, постоји ако се гледа са нивоа Заједнице.

Горе је наведено да члан 30 Уговора дозвољава забране или ограничења увоза, извоза или транзита роба које су оправдане јавним моралом, јавним поретком или јавном сигурношћу, заштитом здравља и живота људи, животиња или биљака или другим наведеним разлозима. Такве забране или рестрикције не смеју, међутим, да чине арбитрарну дискриминацију[23] или прикривено ограничење трговине међу државама чланицама. Оне чине дискриминацију ако исти домаћи производи нису подвргнути истим критеријумима којима су подврнути увозни производи.

Фитосанитарна инспекција увезених биљних производа, коју врше државе чланице, чини једно од оправданих ограничења увоза али она може да чини самовољну дискриминацију ако домаћи производи, приликом транспорта у тој земљи, нису подвргнути истоветном испитивању. Ако су, међутим, домаћи производи подвргнути ефикасној контроли и ако постоје разлози за уверење, на бази ранијег искуства, да постоји ризик ширења штетних организама, фитосанитарна инспекција увезених производа на граници не чини самовољну дискриминацију. До оваквог закључка је дошао Суд Европских заједница у случају Rewe 1975. године.[24]

---

[20] Rewe-Zentrale AG v. Bundesmonopolvewlatung fűr Branntwein, Case 120/78, ECR, 1979, стр. 649.

[21] Walter Rau Lebensmittelwerke v. de Smedt Pvba, Case 261/81, ECR, 1982, стр. 3961

[22] Ministère Public v. Dèserbais, Case 286/86, ECR, 1988, стр. 4907.

[23] "Arbitrary discrimination" је преведена код нас као "својевољна дискриминација".Уговори о Европској Унији, Рим, Мастрихт, Амстердам, приредио Д. Лопандић, Београд, 1999, стр. 82. Мислим да би бољи превод био "самовољна" или "произвољна" дискриминација.

[24] Rewe-Zentralfinanz eGmbH v Landwirtschaftskammer, Case 4/75, ECR, 1975, стр. 843.

Критеријуми јавног морала не смеју да буду строжији за увозну робу у односу на домаћу робу. Забрана увоза порнографије из Холандије у В. Британију спада под британско схватање јавног морала и није самовољна дискриминација јер је у В. Британији забрањено штампање и стављање у промет порнографије.[25] Међутим, није тако када је у питању увоз лутака у природној величини, за које је увозник навео да треба да служе као лутке за излог али цариник је посумњао да могу да служе и за друге сврхе супротне британском моралу. Иако британско право садржи извесна ограничења у погледу промета и коришћења ових лутака, нема апсолутне забране њихове производње и промета у В. Британији те је отуда забрана увоза дискриминаторна.[26]

Занимљиво је да је Суд показао спремност да иде ван листе разлога за забрану или ограничење увоза утврђених Уговором. Белгија је забранила увоз отпада у једну своју област иако у њој није било забрањено одлагање домаћег отпада. Суд је нашао да постоје јаки разлози да се отпад складишти локално, у области у којој је настао те да свака област треба да преузме одговорност за свој отпад. Наводећи ово, Суд је нашао да забрана није дискриминациона.[27]

Јасно је да слободан промет робе може да буде погођен дискриминаторном пореском политиком. Зато, сагласно ст. 1 члана 90 Уговора државе чланице не могу да наплаћују непосредно или посредно веће унутрашње порезе било које врсте на производе из других држава чланица од оних који се наплаћују за сличне домаће производе. Иако се сам термин дискриминација не помиње, јасно је да је сврха ове одредбе да се спречи фаворизовање домаће робе дискриминаторним опорезивањем стране робе. Суд Европских заједница тражи не само једнаке порезе већ и једнак начин наплате пореза. У случају Комисија п. Ирске Суд је нашао да Ирска крши ову одредбу јер је примењивала блажи поступак убирања пореза на домаће производе, дозвољавајући одлагање плаћања за неколико недеља, док је тражила да се порези на увезене производе плате одмах по увозу.[28] У случају Имблоа п. Директора Пореске службе, Суд Европских заједница је нашао да је Француска прекршила забрану дискриминације у наплати пореза. Она је наплаћивала таксу за аутомобиле пропорционално снази мотора али само до 16 CV (фискална коњска снага). За кола која су имала јачи мотор од 16 CV била је прописана годишња такса од 5000 франака

[25] R. v. Henn and Darby, Case 34/79, ECR, 1979, стр. 3795.

[26] Conegate Ltd v. Commission of Commissioners of Customs and Excise, Case 121/85, ECR, 1986, стр. 1007.

[27] Commission v. Belgium, Case C-2/90, ECR, 1992, стр. I-4431.

[28] Commission v. Ireland, Case C-55/79, ECR 1980, стр. 481.

линеарно. Највећа годишња такса за кола испод ове границе износила је 1100 франака. У Француској се нису производила кола снаге преко 16 CV. Суд је нашао да овде постоји дискриминација јер се пет пута већом таксом декуражирају купци увозних возила са снагом изнад 16 CV.[29] После ове пресуде, француске власти су промениле правила опорезивања. Увеле су девет категорија за опорезивање возила по прогресивној скали према растућој снази аутомобила са тим што је раст пореске стопе постајао експоненцијалан за возила изнад 16 CV. Суд је нашао да је метод обрачуна пореза такав да једино увозна кола ставља у много теже пореске категорије без оправдања заснованог на објективном критеријуму. Суд је, дакле, нашао да је повређен члан 95 Уговора.[30] Имајући у виду ове случајеве, Комисија је сматрала да специјална потрошачка такса и једнократна додатна специјална такса којима је Грчка оптеретила категорије возила преко 1200 кубних сантиметара запремине мотора и нарочито оне преко 1800 кубних сантиметара запремине мотора нису у складу са чланом 95 Уговора јер погађају нарочито возила преко 1800 кубних сантиметера која се не производе у Грчкој. Грчка влада је одговорила да се у Грчкој возила преко 1800 кубних сантиметера сматрају луксузним које користе људи са веома високим приходима те је теже опорезивање правично. Поред тога, велики проблем загађивања је мотивисао пореско законодавство да обесхрабрује куповину кола веће запремине. Како овом мером нису била погођена искључиво возила из увоза већ и домаћа возила из категорије преко 1200 кубних сантиметера, Суд је нашао да овде нема дискриминације.

Забрана дискриминације из става 1 чл. 90 Уговора односи се на сличне производе. У случају Rewe Суд одређује као сличне оне производе „који имају сличне карактеристике и задовољавају исте потребе са становишта потрошача.“[31] Постоје, међутим, производи који измичу овој дефиницији али који се налазе у међусобној конкуренцији у смислу да један може у потрошњи да буде замењен другим. Овим супституитима је посвећен став 2 члана 90 Уговора према коме држава чланица не може на производ из друге државе чланице наплаћивати било какве унутрашње порезе ради заштите других производа. В. Британија је, тако, наметнула порез на промет вина који је био око пет пута већи у односу на порез на промет пива. Познато је да В. Британија не производи баш много вина али да је велики произвођач пива. После исцрпних анализа појединих карак-

[29] Humblot v. Directeur des Services Fiscaux, Case C-112/84, ECR 1985, стр. 1367.

[30] Jacques Feldain v Directeur des services fiscaux du département du Haut-Rhin. Article 95 - Differential tax on motor vehicles. Case 433/85. ECR, 1987, стр. 3521.

[31] Rewe case, C-45/75, ECR, 1976, стр. 181.

ристика ова два пића на које су указали В. Британија, Италија и Комисија, Суд Европских заједница је нашао да ова два пића могу да буду међусобни супститути. Потрошачке навике нису непроменљиве те оне не могу да буду оправдање за ово фискално разликовање.[32]

Ако је различити третман истих роба оправдан, дискриминације нема. Суд Европских заједница је одбио тужбу Комисије ЕЗ према којој су ниже француске таксе на слатко вино произведено на традиционални начин у односу на таксе за друга десертна вина биле супротне члану 90 Уговора. Ова вина су произведена у областима које нису биле најпогодније, дакле на лошем земљишту са мало падавина. Разлог овог фискалног фаворизовања је била жеља Француске да подстакне производњу у тим областима. Суд је нашао да је ово објективно оправдање за фискално разликовање.[33]

У области слободног промета роба Суд Европских заједница примењује општу забрану дискриминације, дакле забрањује дискриминацију по било ком основу ако се њом омета или ограничава слободан промет роба. Он је примењује као меру која има једнако дејство као забрана или ограничење увоза или извоза или као недозвољено опорезивање стране или домаће робе. Њоме контролише, такође, исправност примене дозвољених ограничења промета робе.

Забрана дискриминације у области слободног кретања радника

На нормативном плану, ситуација је нешто другачија у погледу забране дискриминације у области слободног кретања радника. Експлицитно је речено да ова слобода обухвата укидање сваке дискриминације између радника по основу држављанства. Сагласно ставу 1 члана 39 Уговора слобода кретања радника је обезбеђена у оквиру Заједнице. Ставом 2 истог члана је речено да таква слобода обухвата укидање сваке дискриминације између радника држава чланица по основу држављанства у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада. Брзо се показало да овај пропис није довољно широк да постигне жељени циљ: укидање сваке дискриминације међу држављанима држава чланица у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада. Зато је Суд Европских заједница развио доктрину „индиректне“ или „прикривене“ дискриминације. „Инди-

[32] Commission v. United Kingdom, Case 170/78, ECR 1983, стр. 2265.
[33] Commission v. France, Case C-196/85, ECR, 1987, стр. 1597.

ректна" или „прикривена" дискриминација није дискриминација по основу држављанства већ по другим основама, као што су место становања или место рођења, али она делује тако да су њом погођени већином држављани друге државе.

Поводом питања немачког Савезног суда за радне спорове да ли период служења војске у држави држављанства треба да буде једнако узет у обзир у погледу рачунања радног стажа у земљи запослења као и период служења војске у тој земљи, Суд Европских заједница је одговорио потврдно. Питање је постављено због немачког закона који је дозвољавао да се једино период служења војске у немачким оружаним снагама рачуна у стаж запослења код послодавца у Немачкој. Изузев у случајевима изричито предвиђеним у ставу 3 члана 48 (сада 39), каже Суд, тај члан не дозвољава државама чланицама да чине било какве изузетке од једнаког третмана и заштите захтеване Уговором за све раднике унутар Заједнице индиректним увођењем дискриминације у корист својих држављана по основу војне службе.[34]

Сагласно италијанском радном праву, у случају када се радно ангажовање на одређено време трансформише у стално радно ангажовање, радник ужива право на плату као и обавезу у погледу социјалног осигурања као да је од почетка радног ангажовања био ангажован на неодређено време. Њему се, дакле, признаје стаж стечен ангажовањем на одређено време. Ово није важило, међутим, за асистенте који су на италијанским државним универзитетима предавали стране језике. Комисија ЕЗ је сматрала да је у питању дискриминације те је повела поступак пред Судом Европских заједница против Италије. Суд је констатовао да је око 25% асистената за стране језике на италијанским државним универзитетима италијанског држављанства те да ова мере погађа углавном асистенте који су држављани других држава чланица. Према устаљеној пракси (Суд користи термин „settled case-law"), начело једнаког третмана, које члан 48 (сада 39) Уговора изражава на посебан начин, забрањује не само отворену дискриминацију, засновану на држављанству, већ, такође, све прикривене облике дискриминације, који применом других посебних критерија воде до истог резултата.[35] У овом случају Суд каже да је конкретна забрана дискриминације по основу држављанства само посебан израз начела једнаког третмана. Он користи овај метод констатовања да се конкретним правилом изражава опште начело те да је и оно примењиво када конкретно правило није довољно широко да покрије случај пред Судом те је потребна примена ширег правила, дакле начела.

[34] Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG v Salvatore Ugliola, Case 15/69, ECR, 1969, стр. 363.

[35] Commission v. Italy, Case C-212/99, ECR, 2001, стр. I-4923.

Сагласно британским прописима, трошкови сахране су исплаћивани једино ако је сахрана обављена у В. Британији. О' Флин, ирски држављанин, је сматрао да је овај услов индиректно дискриминаторан за раднике мигранте. Тврдио је да је у сваком случају дискриминаторни карактер доказан ако се покаже да је мање вероватно да радници мигранти могу да задовоље услов у питању. Британска власт је сматрала да је услов дискриминаторан једино ако се докаже да га радници мигранти суштински могу теже задовољити, имајући у виду, између осталог, њихове обичаје. Ради тога, треба доказати да је учешће страних радника у задовољавању тог услова битно мање процентуално у односу на домаће раднике. Суд је, позивом на своју устаљену праксу, нашао да се услови постављени националним правом морају сматрати индиректно дискриминаторним када, иако се примењују без обзира на држављанство, суштински погађају раднике мигранте или када их лакше могу задовољити домаћи радници или када постоји ризик да они могу да узрокују посебну штету радницима мигрантима. Уколико нису објективно оправдани и пропорционални циљу, закључује Суд, национални прописи су индиректно дискриминаторни ако суштински погађају раднике мигранте више него домаће раднике и ако постоји ризик да ће прве довести у неповољнију ситуацију. Суд је још додао да није нужно да се покаже да је релевантан пропису у пракси погодио пропорционално битно већи број радника миграната.[36]

Суд Европских заједница придаје највећи значај слободи кретања радника и једнаком поступању према њима. Он каже да слободно кретање лица, и нарочито радника и једнако поступање према њима чини, како следи из чл. 3(ц) Уговора и из позиције чланова 48 до 51 (сада 39 до 42) у Делу II Уговора, један од темеља Заједнице.[37] Забрана дискриминације не примењује се само на акције јавне власти, већ се протеже, каже Суд Европских заједница, на правила било које друге природе које имају за циљ да регулишу на колективан начин лукративно запошљавање и пружање услуга. Разлог овоме је што су у неким државама услови запошљавања уређени законом, а у неким споразумима или другим актима закљученим или прихваћеним од приватних особа па би ограничавање ове забране на акте јавне власти створило неједнакост у њеној примени.[38] Случај Валраф

[36] John O'Flynn v Adjudication Officer, Case C-237/94, ECR, 1996, стр. I-2617.

[37] Commission v. France, Case 167-73, ECR, 1974, стр. 359. Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost, Case 152-73, ECR, 1974, стр. 153, Union royale belge des sociétés de football association ASBL v Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v Jean-Marc Bosman and others and Union des associations européennes de football (UEFA) v Jean-Marc Bosman. Case C-415/93. ECR, 1995, стр. I-4921.

[38] Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale, Case 36/74, ECR, 1974, стр. 1405.

је значајан и зато што је Суд одредио територијално дејство ове забране. Пошто је питан да ли се ова забрана примењује и када се бициклистичка такмичења изводе ван територије Заједнице, он је објаснио да се она примењује на све правне односе који настају унутар територије Заједнице било по месту закључивања правног посла било по основу места његовог извршења. Радило се о правилу Међународне асоцијације бициклистичких удружења према коме је бициклиста члан тима који вуче трку морао да има исто држављанство као други члан тима што је двојици холандских бициклиста, Валрафу и Коху сметало. Ова забрана не утиче, међутим, на формирање спортских тимова, нарочито националних тимова јер је то питање спортског интереса, дакле није економско, према томе налази се ван дејства комунитарног права.

Забрана дискриминације по основу држављанства из става 2 члана 39 Уговора штити, на посредан начин, и домаће раднике. Апсолутна природа ове забране делује, каже Суд, не само обезбеђујући у свакој држави једнак приступ запошљавању држављанима других држава чланица већ гарантује, такође, сагласно циљу чл. 177 Уговора, да држављани те државе неће трпети штетне последице које би могле да проистекну због понуде или прихватања услова запошљавања или награђивања од стране држављана других држава мање повољних од оних гарантованих националним правом, пошто је то дискриминација која је забрањена.[39]

Суд Европских заједница је протегао примену забране дискриминације по основу држављанства и на запошљавање у јавним службама. Сагласно ставу 4 члана 39 Уговора, одредбе тог члана не примењују се у јавним службама. Суд Европских заједница је нашао, међутим, да ако држава, упркос томе што није обавезна, запосли странца у својој јавној служби, овај је заштићен забраном дискриминације. Соњу, италијански професионални поштар у служби Немачке савезне поште, нашао се у спору са својим послодавцем у вези накнаде за одвојени живот. У поступку пред Судом Европских заједница Немачка је изнела, између осталог, да се пошто је реч о запошљавању у јавној служби, не примењују одредбе о забрани дискриминације. Суд је, међутим, пошао од циља дерогирајућих одредби из ст. 4 чл. 39 Уговора. Интереси заштићени овом дерогацијом су задовољени могућношћу да држава чланица ограничи пријем страних држављана у јавне службе. Ако, међутим, држава прими страног држављанина у своју јавну службу, ова дерогација не може да оправда дискриминаторне мере у погледу плаћања или других услова.[40] Ово је још једна потврда да Суд примењује забрану дискриминације као опште начело које се примењује на свако запошљавање страног радника.

[39] Commission v. France, Case 167/73, ECR, 1974, стр. 359.

[40] Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost, Case 152/73, ECR, 1974, стр. 153.

Суд Европских заједница примењује забрану дискримиације у области слободе кретања радника као опште начело о забрани дискриминације. Суд је проширио дато уговорно правило на дискриминацију по било ком основу која погађа стране раднике, развијајући доктрину индиректне дискриминације. Он примењује, такође, ово начело на запошљавање странаца у јавним службама, иако је запошљавање у јавним службама изузето из слободе кретања радника.

Забрана дискриминације у области слободе предузетништва[41] и пружања услуга

Чланом 43 Уговора забрањена су ограничења слободе предузетништва држављана државе чланице на територији друге државе чланице. Ова забрана се односи и на ограничења у погледу оснивања агенција, пословница или филијала од стране држављана било које државе чланице који послују на територији друге државе чланице. Став 2 истог члана каже да слобода предузетништва укључује право оснивања и обављања самосталних делатности личним радом и оснивање и управљање предузећа, посебно фирми или трговачких друштава под условима предвиђеним за држављане законом државе у којој се врши предузетништво и под условима прописа из главе Уговора која се односи на капитал.

Забрана дискриминације није изричито наведена али је имплицирана ставом 2. Из слободе предузетништва су чланом 45 Уговора изузете активности повезане са вршењем службених овлашћења. Чланом 46 Уговора је предвиђено да прописи ове главе Уговора, који се, дакле, односе на слободу предузетништва, као и комунитарни прописи донети на основу њих не спречавају примену закона, прописа и административне праксе о посебном поступању према страним држављанима на основу јавног поретка, јавне безбедности или јавног здравља. И овде Уговор не каже да ће се ове мере примењивати без дискриминације. Такође, чланом 48 Уговора је речено да ће компаније и фирме основане на основу закона државе чланице и које имају регистровано седиште, централну администрацију или

[41] "The freedom of establishment" се код нас преводи као "слобода настањивања". Види Уговор о Европској унији – иновирани текст – Рим – Мастрихт – Амстердам, превео и приредио др Душко Лопандић, Београд, 1999, стр. 89. Мр. Гордана Илић, Право настањивања у праву Европске уније, Право Европске уније, физичка и правна лица, Зборник радова, припрема и редакција Добросав м. Митровић, Београд, 1998, стр. 69. Мислим да је бољи превод "слобода оснивања предузећа" или краће "слобода предузетништва".

главно место пословања у Заједници, за потребе ове главе, бити третирани једнако као физичка лица држављани држава чланица.

Чланом 44 Уговора Савет Заједнице је овлашћен да путем директива постигне слободу предузетништва у погледу посебних делатности. Имајући у виду ову одредбу, и стандард директне примењивости уговорних одредби постављен у случају *Van Gend and Loos*, одредбе из члана 43 Уговора не би биле директно примењиве. Међутим, у случају Рајнерс[42] Суд Европских заједница је нашао да оне јесу директно примењиве. Рајнерс је био холандски држављанин који је завршио студије права у Белгији али коме је одбијен захтев за упис у регистар адвоката зато што није био белгијски држављанин. Суд Европских заједница је констатовао да члан 7 (данас 12) Уговора о забрани дискриминације по основу држављанства чини један од „начела" Заједнице те да је одредбом члана 52 (данас 43) Уговора предвиђена примена овог општег прописа у посебној области права на предузетништво. Суд је дошао до закључка да члан 52 Уговора прописујући да ће се право на предузетништво обезбедити до краја транзиционог периода, одређује прецизан резултат који тада треба да се постигне директивама али, такође, овај резултат не чини зависним од имплементације програма мера већ једино његово постизање олакшава имплементацијом ових мера. Зато је Суд закључио да је по окончању транзиционог периода члан 52 Уговора директно примењив. Што се тиче изузимања активности повезаних са вршењем јавних овлашћења из слободе предузетништва, Суд је, имајући у виду фундаментални карактер слободе предузетништва и правила о једнаком поступању према држављанима у правном систему Уговора, нашао да ово изузимање не може да превазиђе циљ ради кога је установљено. Дакле, он је закључио да ово изузимање значи овлашћење да се странци изузму од вршења неких послова директно повезаних са јавним овлашћењима а не и овлашћење да се изузму читаве професије, као што је адвокатска.

Суд Европских заједница је, затим, дошао до закључка, баш као и у случају слободе кретања радника, да забрана дискриминације по основу држављанства није довољна те да би се постигао циљ остваривања слободе предузетништва нужно је ићи даље од ове забране. Он није, међутим, овде применио своју доктрину о индиректној дискриминацији.[43]

Као у случају слободе промета роба, Суд се нашао у позицији да обезбеђује једнако поступање ван националних граница, дакле у оквирима простора Заједнице. Тако је поступио у случају госпође Власопулу, која је

[42] Reyners v. Belgium, Case 2/74, ECR, 1974, стр. 63.

[43] Paul Craig, Gráinne De Búrca, EU Law, Text, Cases and Materials, Third Edition, Oxford, 2003, стр. 785.

завршила право у Грчкој, обавила правну праксу у Немачкој али којој није дозвољен упис у регистар адвоката јер није положила државни испит предвиђен немачким законом као услов за упис. Тим поводом Суд Европских заједница је рекао да, иако се примењују без дискриминације по основу држављанства, национални захтеви у вези квалификација могу да чине препреку држављанина других држава чланица у уживању слободе предузетништва. Ово може да буде случај ако национална правила не узимају у обзир већ стечено знање и квалификације од стране заинтересоване особе у другој држави чланици. Према томе, држава чланица мора да узме у обзир дипломе, потврде и друге доказе о квалификацијама стечене у другој држави ради вршења исте професије када одлучује о пријему држављана друге државе у професију за коју се њеним прописима тражи професионална квалификација.[44]

Са друге стране изједначавање на нивоу Заједнице, може да отвори питање обрнуте дискриминације којом се домаћи држављани доводе у неравноправан положај. Ово питање је отворено у спору Луксембурга п. Европског Парламента и Савета у вези Директиве 98/5 која се односила на слободно вршење правничке професије.[45] Признавање страних диплома у сврхе уживања слободе предузетништва уређено је Директивом Савета 89/48. У области правне професије ово питање је уређено Директивом 98/5ЕС Европског Парламента и Савета од 16. фебруара 1998 којом се олакшава пракса правничке професије на сталној основи у држави чланици у којој није стечено правно образовање. Овом Директивом је предвиђено да правници мигранти могу да делују у држави домаћину не само у области међународног, комунитарног и права државе у којој су стекли правно образовање већ и у области права државе домаћина. Луксембург је покушао да оспори легалност ове Директове пред Судом Европских заједница. Између осталог, доказивао је да се њом одступа од начела једнаког третмана, уграђеног у став 2 члана 52 (сада 43) Уговора којим се тражи да се страним држављанима омогући вршење самосталних професија под истим условима као домаћим држављанима. Укидањем сваког захтева претходне обуке о праву државе домаћина и дозвољавајући правницима мигрантима да врше праксу у вези тог права, Директива 98/5, по мишљењу Луксембурга, врши неоправдану дискриминацију између држављана и миграната супротно члану 52 Уговора, којим Заједница није овлашћена да укине захтев претходне обуке. Парламент и Савет, подржани од неколико умешача, негирали су постојање обрнуте дискриминације. Они су тврдили да се

[44] Vlassopoulou v. Ministerium für Justiz, Bundes und Europaangelegenheiten Baden-Wuerttemberg, Case 340/89, ECR, 1991, стр. 2357.

[45] Luxembourg v. Parliament and Council, Case C-168/98, ECR, 2000, стр. I-9131.

правници који врше праксу под професионалним насловом своје државе и правници који врше праксу под професионалним насловом државе домаћина налазе у различитој ситуацији јер су први подвргнути неким ограничењима у погледу иступања пред судом. Суд Европских заједница је поновио да забрана дискриминације предвиђена чланом 52 (сада 43) Уговора је посебан израз општег начела једнакости које, као једно од основних начела комунитарног права, мора да буде поштовано од комунитарне легислатуре и које захтева да упоредиве односно сличне ситуације не треба да буду третиране различито изузев ако таква разлика у третману није објективно оправдана. У конкретном случају Суд је нашао да комунитарна легислатура није повредила ово начело, пошто ситуација правника миграната који врше праксу под професионалним насловом стеченим у својој држави и ситуација правника који врше праксу под професионалним насловом државе домаћина нису упоредиве. Док последњи могу да врше све активности резервисане за ту професију, првима може бити забрањено да врше извесне послове и у погледу представљања или одбране клијената у правним поступцима они могу да буду подчињени извесним обавезама.

Луксембург је оспоравао валидност Директиве 98/5 и са становишта заштите потрошача и исправног вршења правде. Упућивао је на case-law Суда према коме примена професионалних правила на правнике, нарочито оних који се односе на организацију, квалификације, професионалну етику, надзор и одговорност обезбеђује заштиту конзумента правних услуга и исправно вршење правде. Укидањем свих захтева у погледу обуке о праву државе домаћина, ова Директива штети јавном интересу и нарочито заштити конзумента коју обезбеђују поједине државе чланице. Он је одбацио аргумент да се обука може стећи кроз праксу јер то значи да пракса претходи обуци што је неприхватљиво. Парламент и Савет су тврдили да Директива узима у обзир јавни интерес и нарочито заштиту конзумената. Сагласно правилима професионалног понашања, правници су дужни да не раде случајеве када знају или треба да знају да су ти случајеви изван њихових професионалних компетенција и да свако кршење овог правила повлачи дисциплинску одговорност. Суд Европских заједница је рекао да комунитарна легислатива треба да води рачуна о јавном интересу и заштити потрошача када доноси комунитарне прописе. У конкретном случају Суд је нашао да је неколико прописа унетих у Директиву са циљем да заштите конзументе правних услуга и исправно вршење правде.

Питање обрнуте дискриминације се појавило и у случају једног холандског водоинсталатера који је завршио занат у Белгији а желео је да ради у Холандији. Холандска влада је заузела став да он не може да се

позива на Директиву 64/427, која је регулисала његову занимање, јер као холандски држављанин позивом на образовање стечено било где он би могао да настоји да избегне примену националних прописа. Заиста, основно је правило да се комунитарни прописи не примењују на односе који имају карактер искључиво унутрашњих односа. Поред тога, сам члан 52 (сада 43) регулише слободу предузетништва држављана једне државе чланице на територији друге државе чланице. Суд је, међутим, сматрао да држављанин државе чланице које је легално становао на територији друге државе чланице и тамо стекао занимање које је признато комунитарним прописима не може да буде искључен из уживања права и слобода гарантованих Уговором.[46] Међутим, у случајевима стицања занимања која нису уређена комунитарним прописима, Суд није следио ову логику.[47]

Што се тиче разлога који могу да оправдају одступање од слободе предузетништва, први услов њихове оправданости јесте недискриминаторна примена. Тако је Суд одлучио, на пример, у случају *Inspire Art.*[48] Реч је о компанији која је основана у В. Британији по енглеском и велшком праву. Она је, међутим, пословала у потпуности или скоро у потпуности у Холандији. Основана је у В. Британији јер су тамо услови оснивања и неки услови исплате деоница повољнији него у Холандији. Основана је, дакле, у В. Британији, да би избегла строжије холандске прописе. Холандија је, међутим, за такве компаније – формално стране компаније - донела посебан закон којим је наметнула одређене обавезе тим компанијама у погледу минималног капитала и њиховим директорима посебне одговорности. Дошло је до спора између *Inspire Art* и холандске трговачке коморе да ли су те обавезе сагласне слободи предузетништва. Кантонални суд из Амстердама је тражио мишљење Суда Европских заједница. Трговачка комора Холандије, владе Холандије, Аустрије, Италије и Немачке су сматрале да се прописи о слободи предузетништва не односе на овај случај или ако се односе да је примена ових обавеза оправдана разлозима из чл. 46 Уговора. Суд Европских заједница је, нашао, да се наведеним обавезама нарушава слобода предузетништва. Разматрајући питање посебне одговорности директора оваквих компанија, Суд је констатовао да је држава чланица обавезна да обезбеди поштовање комунитарног права и да је зато овлашћена да предвиди одређене казне. Он је препустио националном суду да закључи да ли се казне предвиђене холандским законом за директоре формално страних компанија разликују од оних предвиђених за нацио-

[46] Knoors v. Secretary of State for Economic Affairs, Case 115/78, ECR, 1981, стр. 2311.

[47] Ministère Public v. Auer, Case 136/78, ECR, 1979, стр. 437.

[48] Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam and Inspire Art Ltd, Case C-167/01, Judgment of 30 September 2003.

налне компаније. Ако се разликују, каже Суд Европских заједница, национални суд ће закључити да су оне супротне комунитарном праву. Суд није овде изрично поменуо забрану дискриминације али је очигледно био инспирисан овом забраном. Што се оправдавајућих околности тиче, Суд је упутио на своју устаљену праксу према којој националне мере којима се спречавају или чине мање привлачним основне слободе треба да испуне четири услова да би биле оправдане: морају да се примењују на недискриминациони начин, морају да буду захтеване императивним потребама у јавном интересу, треба да буду погодне да се њима постигне циљ и не смеју да иду ван оног што је нужно да би се постигао овај циљ.

Суд је нашао да одређене холандске мере у погледу регистровања страних бродова нису пропорционалне циљу те да зато нису у складу са захтевом из члана 46 Уговора. Комисија ЕЗ је изнела пред Суд Европских заједница тврдњу да холандски прописи о регистровању бродова чине ограничење слободе предузетништва.[49] Она је навела да иако ови прописи могу да се оправдају позивом на општи интерес вршења ефективне контроле, они нису пропорционални овом циљу. Она је сматрала да се следећим захтевима холандских прописа у погледу регистровања бродова ограничава слобода предузетништва: да део деоничара компаније, основане у Заједници, која поседује брод мора да има држављанство Заједнице или државе из Европске економске области (даље ЕЕО); да директори компаније која поседује брод морају да имају држављанство Заједнице или неке ЕЕО земље, и да физичка лица одговорна за свакодневно управљање пословањем представништва бродара у Холандији морају да имају држављанство Заједнице или државе из ЕЕО. Суд је подсетио на свој case-law према коме члан 43 Уговора забрањује сваку националну меру која, чак иако се примењује без дискриминације, омета или чини мање атрактивном вршење слободе предузетништва гарантовано Уговором држављанима Заједнице. Рекао је, даље, да слобода предузетништва може да буде, у одсуству хармонизационих мера Заједнице, ограничена националним прописима позивом на разлоге наведене у ставу 1 члана 46 Уговора, дакле на јавни поредак, јавну безбедност, јавно здравље или неизбежне разлоге општег интереса. Али и да држава у питању мора да води рачуна о начелу пропорционалности, дакле да са ограничењима не иде преко оног што је нужно за постизање циља. У конкретном случају Суд је нашао да предузете мере нису пропорционалне легитимном циљу: вршењу ефективне контроле и јурисдикције над бродовима који вију холандску заставу. Тешко је видети, каже Суд, како структура деоничарског капитала или борда

[49] Case C-299/02, Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands, Judgment of 14 October 2004.

директора бродовласничке компаније или држављанство директора или локалних представника компаније у Холандији може да утиче на вршење ефективне контроле над бродом. Ове околности нису од значаја за вршење инспекције брода, регистровање релевантних података, верификацију квалификација и радних услова посаде или отварање и вођење истраге у случају несреће на отвореном мору. Што се тиче обезбеђивања ефикасне контроле, довољно је да се захтева да се управљање бродом врши из места пословања у Холандији од стране лица овлашћених да представљају компанију. Важно је, каже Суд, да држава може да ради директно са овлашћеним представником бродовласника. Исто важи у погледу аргумента да услов држављанства значајно повећава изгледе ефективног вршења јурисдикције. Суд је приметио да ефикасно вршење јурисдикције над неким лицем зависи од тога да ли је то лице стварно доступно држави а не од његовог држављанства. У овом случају Суд није одредио наведене мере као дискриминационе или као нелегитимне већ једино као несразмерне. Оне не могу бити дискриминационе у оквирима члана 12 Уговора који забрањује дискриминацију по основу држављанства међу држављанима држава чланица. Међутим, у ширем смислу ван комунитарног права, оне би могле да се одреде као дискриминационе. Али, то је ван надлежности Суда Европских заједница.

Чланом 49 Уговора забрањена су ограничења слободе пружања услуга у оквиру Заједнице у погледу држављана држава чланица која се баве предузетништвом у држави Заједнице која није држава лица коме су пружа услуга. У случају Фан Бинсберген Суд Европских заједница каже да прописи овог члана укидају сваку дискриминацију против лица које пружа услуге по основу његовог држављанства или чињенице да има предузетништво у држави чланици другој од оне у којој се пружају услуге.[50] Холандски држављанин које је радио као правни саветник Фан Бинсбергена у поступку пред холандским судом за социјално осигурање преместио је своје пребивалиште током поступка из Холандије у Белгију. Обавештен је да даље не може да представља свог клијента пошто према холандском закону једино лица која станују у Холандији могу да раде као правни саветници. Питање које је упућено Суду Европских заједница било је да ли је члан 59 (сада 49) уговора директно примењив и да ли је поменути холандски пропис у складу са њим. Прво питање је упућено јер је било предвиђено да ће се током транзиционог периода прогресивно укидати ограничења ове слободе сагласно програму који је усвојио Савет 1961. године. Суд је нашао да је одредба из члана 59 Уговора непосредно примењива бар што се тиче посебних захтева у погледу држављанства или

[50] Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheld, Case 33/74, ECR, 1974, стр. 1299.

места становања. Сама одредба о слободи пружања услуга не захтева да су у односу лица различитог држављанства већ лице које пружа услугу не сме да станује у држави лица коме се пружа услуга.

Слобода пружања услуга укључује слободу примања услуга. Она укључује, дакле, слободу примаоца услуга да иду у другу државу чланицу да добију услугу без ограничења чак у погледу плаћања. Тако се туристи, лица која примају медицински третман или лица која путују ради образовања сматрају примаоцима услуга.[51]

Суд Европских заједница је нашао да је Француска повредила своју обавезу из овог члана тиме што је наметнула обавезу лабораторијама за биомедицинске анализе установљеним у другим земљама чланицама да имају место пословања у Француској да би добиле оперативну дозволу и тиме што је забранила надокнаду плаћања биомедицинских анализа извршених у лабораторијама које су установљене у другим државама чланицама.[52] Закон о социјалном осигурању је забрањивао плаћање из фондова здравственог осигурања ако се осигураник или члан његове породице лечи изван Француске, изузев ако би осигураник доказао да исто лечење није могао да добије у Француској. Он није дозвољавао споразуме између ових фондова и лабораторија установљених ван Француске. Одговарајућом наредбом, којом су одређени услови за добијање дозволе за рад, тражено је да лабораторија има место пословања у Француској. Комисија је сматрала да су ове одредбе француских прописа супротне слободи предузетништва и слободи пружања услуга и, како Француска није одговорила на задовољавајући начин на образложено мишљење Комисије, ова је изнела ствар пред Суд. Комисија је сматрала, такође, да су француска правила дискриминаторна јер услуге учињене изван Француске не третирају као овлашћене услуге. Она је потврдила да држава може да предузме, сагласно ст. 1 члана 46 Уговора, извесне дискриминаторне мере специјалног поступања према страним држављанима у вези слободе предузетништва и пружања услуга ако су ове оправдане разлозима јавног поретка, јавне безбедности или јавног здравља. Међутим, ове мере не смеју да искључе читаве економске секторе и морају да буду пропорционалне. Француска је указивала на високе стандарде здравствене заштите прописане њеним правом и на немогућност провере поштовања лабораторијских стандарда и процедура ван њене територије. Она је сматрала да у одсуству комунитарне хармонизације или билатералних споразума није могуће да њени инспектори проверавају биомедицинске лабораторије у другим државама чланицама. Шта више, у одсуству хармонизације у погледу критерија ква-

[51] Luisi and Carbone v. Ministero del Tesoro, Cases 286/82 &26/83, ECR, 1984, стр. 377

[52] Commission v. French Republic, Case C-496/01. Judgment of 11 March 2004.

литета и контроле процедура, друге државе чланице не могу вршити ове провере уместо француских власти а ове не могу, зато, признати провере у другим државама чланицама као *a priori* еквивалентне. Суд је нашао да се француским прописима не крши слобода предузетништва, односно право грађана Заједнице да послују у Француској као француски грађани. Они могу да оснивају биомедицинске лабораторије и раде у њима ко и француски грађани. Суд је нашао, међутим, да се француским прописима вређа слобода пружања услуга. Уместо што тражи да ове лабораторије послују на француској територији, Француска би могла да тражи да оне прибаве француску дозволу за рад. Условима за добијање ове дозволе, каже Суд, не смеју да се удвостручавају еквивалентни законски услови који су већ задовољени у држави пословања. Услови за добијање дозвола могу да укључе захтев да лабораторије које послују у другој држави чланици обезбеде да њихови налази буду разумљиви лекарима који раде у Француској. Француска није убедила Суд да је нужно да лабораторија послује на територији Француске да би ова могла да врши контролу над њеним радом. Могуће је, сматра Суд, захтевати од лабораторија које раде у другим државама да докажу француским властима да контрола у тим земљама није мање строга од оне која се примењује у Француској као и да правила која се примењују обезбеђују исту здравствену заштиту као француска правила. Ништа не би спречавало француске власти да повуку или суспендују дозволу за рад лабораторије која послује у другој држави чланици а не удовољава условима прописаним француским правилима. Суд је, такође, нашао да се француским прописима, којима је забрањено здравственим фондовима да исплаћују накнаде за анализе учињене у иностранству, изузев ако осигураник докаже да такву анализу није могао да добије у Француској, крши слобода пружања услуга.

Забрана дискриминације у области кретања капитала

Чланом 56 Уговора забрањена су сва ограничења кретања капитала између држава чланица и између држава чланица и трећих земаља. Ставом 2 истог члана забрањена су сва ограничења платног промета у односима међу поменутим државама. Међутим, чланом 57 је остављена могућност примене одређених ограничења према трећим земљама које су биле важеће 31. децембра 1993. године. Такође, чланом 58 остављена је могућност државама чланицама да примене одговарајуће одредбе свог фискал-

ног законадвства којима се прави разлика између пореских обвезника који нису у једнаком положају када је реч о њиховом пребивалишту односно месту где је њихов капитал уложен. Истим чланом оне су овлашћене да предузму све неопходне мере ради спречавања кршења њихових закона, посебно у опорезивању и разумном надзору над финансијским институцијама, да успоставе поступке пријављивања кретања капитала ради административног или статистичког информисања, односно да предузимају мере оправдане разлозима јавног поретка и јавне безбедности. Ставом 3 овог члана је речено, међутим, да ове мере и поступци не смеју представљати средство самовољне дискриминације нити прикривено средство ограничења слободног кретања капитала и платног промета.

Начело једнаког поступања према држављанима држава чланица је од суштинске важности и у овом начелу. Португал је у процесу приватизације донео неке законске прописе који су, према мишљењу Комисије, били супротни начелу слободног кретања капитала.[53] Радило се о два проблема. Према поменутим прописима инвеститори из других држава чланица нису могли да стекну више од одређеног броја деоница у појединим португалским предузећима чиме је повређено начело једнаког поступања према држављанима држава чланица и ограничено је слободно кретање капитала. Португалска влада није спорила дискриминаторни карактер ових прописа али је навела да она у својој политици приватизације не користи ова овлашћења према инвеститорима из других држава чланица као и то да комунитарно право има предност над националним и да се директно примењује те дезавуише поменуте португалске законске прописе. Суд Европских заједница није био задовољан овим одговором. Упућујући на своју устаљену праксу у вези са овом ствари и истичући значај правне сигурности, Суд је поновио да је држава чланица обавезна да националне прописе несагласне са комунитарним правом елиминише националним прописима исте правне снаге. Нашао је, дакле, да је овим прописима Португал прекршио начело слободног кретања капитала. Комисија је, такође, сматрала да се португалским захтевом, установљеним поменутим законским прописима, а којим се тражи да инвеститор, домаћи или страни, који стиче власништво над капиталом у извесним предузећима, изнад одређеног нивоа, добије претходно овлашћење Португала, крши слобода кретања капитала. Португалска влада је сматрала да се овим захтевом не чини дискриминација јер се он једнако примењује на све инвеститоре, домаће и стране а мотивисан је разлозима економске политике у вези избора стратешког партнерства или старања о побољшавању конкурентности

[53] Case C-367/98, Commission of the European Communities v. Portuguese Republic, Judgment of 4 June 2002.

структуре тржишта и модернизације средстава производње. Суд није прихватио овај аргумент. Истакао је да члан 73 (б) 1 (сада 56 (1)) Уговора успоставља општу забрану ограничења слободног кретања капитала међу државама чланицама и да се ова забрана протеже изван пуке елиминације неједнаког третмана по основу држављанства инвеститора на финансијском тржишту. Она се односи на све оно што може обесхрабрити инвеститоре из других земаља да инвестирају у та предузећа. Ови прописи ће се сматрати недозвољеним ограничењем слободе кретања капитала, изузев ако се могу оправдати ваљаним разлозима. Суд је нашао да општи финансијски интереси државе чланице не чине адекватно оправдање.

Суд је доследан у ставу да економски разлози не могу да буду оправдање за препреке забрањене Уговором у погледу слободног промета робе или слободе пружања услуга. Дакле, оно што је навела Влада Португала као разлог ових прописа: избор стратешког партнера, јачање конкурентске структуре тржишта или модернизација и јачање ефикасности средстава производње не чине оправданим ограничења слободног кретања капитала.

Аустријски закон о опорезивању прихода из 1988. године обезбеђивао је повлашћено опорезивање прихода од капитала уложеног у Аустрији у односу на капитал уложен у другим државама чланицама.[54] Аустријски порески обвезник могао је да плати линеарни порез од 25% или половину стопе прогресивног пореза на приход од капитала уложеног у Аустрији а био је дужан да плати порез на приход од капитала уложеног у компанију која је пословала у другој држави по редовној пореској стопи која је могла да достигне 50%. Директно опорезивање је надлежност држава чланица али је стандардни став Суда Европских заједница да оне ову надлежност морају да врше сагласно комунитарном праву. Суд је нашао да ови аустријски порески прописи одвраћају аустријске пореске обвезнике од улагања капитала у компаније основане у другим државама чланицама, да отежавају тим компанијама прикупљање капитала у Аустрији продајом деоница те да, зато, они чине ограничење слободе кретања капитала забрањено чланом 73 б (1) (сада чл. 56 (1)) Уговора. Пошто је ово констатовао, Суд је испитивао да ли постоји оправдани разлог за ово ограничење, предвиђен тада чланом 73 д(1) а сада чланом 58 Уговора. Према мишљењу аустријске, данске, француске и британске владе, поменут члан Уговора овлашћује државе чланице да примене пореске погодности за приходе од капитала са њихове територије.Суд је, међутим, приметио да овај изузетак од правила мора да се тумачи уско, тим више што је тада члан 73 д(3) а

[54] Case C-315/02,Anneliese Lenz v. Finanzlandesdirektion für Tirol, Judgment of 16 july 2004.

сада члан 58 ст. 3 тражио да се њиме не чини самовољна дискриминација или скривена препрека кретању капитала. Суд је нагласио да треба разликовати неједнак третман који је дозвољен Уговором и арбитрарну дискриминацију која је забрањена. Разликовање у третману мора да се тиче ситуације које нису објективно упоредиве или мора да буде оправдано преовлађујућим разлозима општег интереса као што је потреба да се успостави кохезија пореског система, борба против избегавања пореза и ефикасност пореског надзора. Поред тога, мора да се поштује начело пропорционалности, дакле разликовање у третману између различитих категорија прихода од капитала не сме да иде преко оног што је нужно да би се постигао оправдани циљ.

Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

Contribution of European Court of Justice to Development of Prohibition of Discrimination in Areas of Fundamental Freedoms

Abstract

A discrimination is an obstacle to the free movement of goods, persons, services and capital. It is also opposite to an idea of the citizenship of the Union that should provide nationals of Member States with equal treatment in the frames of the Union. Art. 12 of the Treaty establishing the European Community (further the Treaty) prohibits any discrimination on grounds of nationality. The Court of Justice of the European Communities (further the European Court of Justice) applies this Article of the Treaty, as a „principle" of the Community, to special spheres of fundamental freedoms, where it is appropriate. But, there are some fundamental freedoms that require prohibition of discrimination on other grounds. The free movement of goods asks equal treatment of imported and domestic goods. The European Court of Justice has even considered that „national rules or practices which result in imports being channelled in such a way that only certain traders can effect those imports, whereas others are prevented from doing so, constitute a measure having an effect equivalent to a quantitative restriction..." It seems that the European Court of Justice is ready to prohibit any discrimination related to fundamental freedoms.

The Treaty prohibits explicitly discrimination on grounds of nationality in an area of the freedom of movement of workers. Discrimination limited to grounds of nationality has been proved insufficient to secure equal treatment between national and non-national workers. Including other grounds of discrimination, the European Court of Justice has developed a doctrine on „indirect" discrimination to eliminate an indirectly different treatment between these two groups of workers. It has extended an applicability of this prohibition to employment in public services, in spite of the fact that public services are not covered by the freedom of movement of workers.

Any different treatment does not necessary mean discrimination. The European Court of Justice considers that discrimination means unequal treatment of similar situations without justified reason. The Treaty allows a special treatment for foreign nationals on grounds of public policy, public security or public health. In such situations, the European Court of Justice controls whether a measure is discriminatory applicable, whether it is really necessitated by justified objective and whether the measure is proportional to this objective. If the wished result may be achieved by a less restrictive measure, there is discrimination.

The European Court of Justice prohibits any discrimination on national level that endangers the fundamental freedoms. But, the fundamental freedoms may be endangered by unequal treatment caused by various national provisions, which are not discriminatory. Inequality is caused here by cumulative effects of parallel provisions of two Member States. If goods prepared for export have to satisfy provisions on quality in force in exporting and importing countries they are in much more difficult situation than goods not intended for export which have to satisfy requirements of just one of the Member States. Or, if somebody who acquired a diploma in a Member State is asked to pass additional exams to be admitted in a regulated profession in another Member State, he is not in equal situation with a person who stayed to work in a Member State where he had acquired diploma. An ideal is not just equal treatment on a national level than it is also equal treatment on Community level. In the field of the free movement of goods, the European Court of Justice made break by the Cassis de Dijon. It has established that it is generally enough that goods satisfy requirements of a Member State where they are put to market. In areas of other freedoms, the European Court of Justice explore whether objectives intended by national measures are justifiable and whether national measures are proportional to these objectives.

The European Court of Justice has not limited applicability of prohibition of discrimination in spheres of fundamental freedoms to grounds of nationality. But, the discrimination based on grounds of nationality remains the main obstacle of proper functioning of the internal market of the Community. This fact has been emphasised by the 2004 Treaty establishing a Constitution for Europe which assembled general rules on fundamental freedoms and general rule on prohibition of discrimination based on grounds of nationality in the same Article I-4 of the Treaty.

339.923:061.1EU]:342.7

Др Сања Ђајић, доцент
Правног факултета у Новом Саду

СУДСКА ЗАШТИТА У ПРАВУ ЕУ: ПРОЦЕСНЕ ГАРАНЦИЈЕ ЗА ОКРИВЉЕНЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ УНУТАР ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сажетак: *Рад представља преглед најновијих комунитарних мера у области људских права, тачније процесних гаранција окривљених у кривичном поступку унутар Европске уније. Предложивши нове мере у форми Зелене књиге, Комисија је користила релативно новији правни основ из Уговора о ЕУ и Уговора о ЕЗ. Предложене мере се односе на пет категорија права и слобода: право на правну помоћ и правног заступника, право на тумача и/или преводиоца, заштита посебно угрожених група, право на конзуларну помоћ и право на обавештење о својим правима. Тумачење гарантованих права и слобода ослања се на праксу Европског суда за људска права. Посебан значај је у чињеници да је реч о комунитарној мери и другачијим и ефикаснијим контролним механизмима који стоје на располагању поретку Европске уније.*

Кључне речи: *право ЕУ – људска права – процесне гаранције – право на правично суђење - право на правну помоћ и правног заступника - право на тумача и/или преводиоца - заштита посебно угрожених група - право на конзуларну помоћ - право на обавештење о својим правима*

Увод

Европска комисија је 2003. године предложила усвајање минималних процесних гаранција у кривичном поступку које би важиле у државама чланицама Европске уније. Реч је о минимуму заједничких процесних правила усвојеним у форми тзв. зелене књиге, чиме се отвара нови простор комунитарне регулативе у области људских права. Као и у сличним случајевима, документ Комисије образлаже правни основ за деловање Европске уније у овој области, права и слободе која су обухваћена минималним процесним гаранцијама у кривичном поступку и она права и слободе које су државе чланице дужне поштовати на основу важећих међународних уговора.

У овом раду ћемо испитати правни основ за поступање Европске уније у овој области, избор права и слобода, досадашњи обим њихове регулисаности комунитарним правом, мере које су уследиле након усвајања овог документа, и целокупни значај легислативне надлежности Европске уније у овој области, у самом ЕУ систему и шире.

Зелена књига о процесним гаранцијама за осумњичене и оптужене у кривичном поступку унутар Европске уније[1]

У циљу остваривања поверења у правосудне системе држава чланица Европске уније, Комисија је сматрала да је потребно остварити минимум заједничких гаранција које би важиле на простору свих држава чланица. Дугогодишња израда овог документа и консултације, у којем су учествовале владе држава чланица, али и тела ЕУ, невладине организације и експерти за поједина питања, резултирале су усвајањем зелене књиге и, касније, предлозима конкретних одлука на комунитарном нивоу. Поље примене прилично је широко постављено: гаранције се односе на све осумњичене, окривљене, оптужене и осуђене у кривичном поступку у било којој држави чланици ЕУ. Ипак, постављање стандарда, ограничених на извесна права и слободе која, по мишљењу Комисије, припадају групи фундаменталних у области права на правично суђење у вези са кривичним

[1] *Green Paper from the Commission of European Communites: Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union, COM (2003) 75 final, 19.02.2003, није објављено у Сл. листу ЕУ.*

поступком, због форме у којој је то учињено, оставља право и слободу државама чланицама да одаберу начине и средства за њихово постизање.

Правни основ за усвајање документа о заједничким процесним гаранцијама

Европска заједница дуги низ година није имала никаквих надлежности у области људских права, самим тим ни у области кривичног поступка и права на правично суђење. Познато је да људска права прво улазе у комунитарни поредак у форми општих правних начела.[2] Упркос непостојању примарних и секундарних извора комунитарног права који би регулисали право на правично суђење, Европски суд правде је у форми општих правних начела обезбедио њихову заштиту на нивоу ЕЗ.[3] Потписивањем Уговора о ЕУ из Мастрихта 1992. године, обезбеђена је примена Европске конвенције о заштити људских права.[4] Уговором из Амстердама из 1997. године проширена је надлежност Европске уније у области полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима у циљу стварања заједничког простора слободе, безбедности и правде, познатијим као „Европски правни простор". Уговор о ЕУ у чл. 6. експлицитно је предвидео обавезу поштовања људских права унутар Уније. Измене Уговора о ЕУ у Ници 2003. године задржавају ову одредбу и проширују је системом санкција у случају да држава чланица озбиљно крши заштићена права и слободе.[5] Такође, чл. 31. Уговора о ЕУ унет изменама из Нице дозвољава Европској унији предузимање заједничких мера у области правосудне сарадње у кривичним стварима ради убрзавања сарадње између надлежних органа држава чланица, олакшавања екстрадиције, осигурања усклађености прописа држава чланица, спречавања сукоба судске надлежности, итд. Уговор

[2] *Nold* v. *Commission* [1974] ECR 491. Европски суд правде је у овом случају нашао да основна људска права представљају општа правна начела чије поштовање Суд мора обезбедити.

Такође: "Европски суд правде заслужује признање јер је започео заштиту основних људских права у оквиру правног поретка Заједнице, и онда када сами Уговори нису регулисали ово питање. Суд је био тај који је установио основна начела поштовања људских права која су обележила сва каснија дешавања." – P.Alston, J. Weiler, *"An 'Ever Closer Union' in Need of Human Rights Policy: The European Union and Human Rights"*, 9 European Journal of International Law 658 (1998), стр. 720.

[3] Случај C-49/88 *Al-Jubail Fertilizer Co. and Saudi Arabian Fertilizer Co.* v. *Council [1991] ECR.*

I-3187 (право на саслушање) и случајеви 46/87 и 227/88 *Hoechst AG v. Commission* [1989] ECR 2859 (право на одбрану).

[4] Члан К.2 дела VI Уговора о ЕУ из 1992. године.

[5] Члан 7. Уговора о ЕУ, измењен Уговором из Нице 2003. године.

о оснивању ЕЗ[6] у Наслову IV (Визе, азил, имиграција и остале политике које се односе на слободно кретање лица) и чл. 61-64. Савету гарантује законодавну надлежност у погледу минималних стандарда у поступцима утврђивања избегличког статуса и пружања азила.

Повеља ЕУ о основним људским правима из 2000. године усвојена је управо у циљу јачања Европске уније као политичке заједнице. Права и слободе наведена у Повељи су подељена у шест делова: достојанство, слободе, једнакост, солидарност, права грађана и правосуђе. Право на правично суђење је регулисано одредбама чл. 47-50 на сличан начин као и у Европској конвенцији за заштиту људских права: претпоставка невиности, начело законитости и сразмерности приликом изрицања кривичне санкције, *ne bis in idem*, итд.

Потреба постављања заједничких процесних гаранција[7] проистиче и из других института Европске уније, као што су полицијска и правосудна сарадња у кривичним стварима,[8] слобода кретања и заједничка политика имиграције и азила. Наиме, грађани имају право да очекују једнак третман у свим државама чланица ЕУ, јер би у супротном њихова слобода кретања била осујећена или ограничена.

Комисија је тако, утврдивши правни основ, нашла да једино мера на нивоу Европске уније може обезбедити постизање неопходних заједничких минималних стандарда у кривичном поступку, чиме се, са друге стране, оправдава одступање од начела супсидијарности.[9]

Права и слободе гарантована у кривичном поступку

Право на правично суђење, како је нормирано међународним инструментима за заштиту људских права, комплексно је право које обухвата низ гаранција: право на независтан и непристрасан суд, право на суђење у разумном року, право на саслушање, право на одбрану, испитивање сведока, преводиоца, претпоставку невиности, начело законитости, право на оспоравање одлуке о лишењу слободе пред независним телом, право на

[6] Службени лист Европских заједница Ц 325 од 24. децембра 2002. године.

[7] За поједине аспекте овог питања видети: S. De Mas, „*Protecting the Rights of the Travelling Citizen: Easier Said Than Done*“, Criminal Law Review, 2003, December, str. 865-874.

[8] Постоји низ одлука ЕУ у овој области: узајамно признање кривичних пресуда, европски налог за хапшење (European arrest warrant), i sl.

[9] Што је нарочито осетљиво у области правосудне сарадње у кривичним стварима, новој надлежности пренетој на Европску унију. Видети: *Report from the Commission 'Better lawmaking 2003' pursuant to Article 9 of the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality* (11th report), COM/2003/0770 final

одбрану, које, опет, укључује право на правног заступника, приступ доказима и време за припрему одбране, итд. Комисија је била свесна сложености овог права, али се определила за селективан приступ тако што је одабрала права која сматра важнијим и значајнијим за окривљеног у кривичном поступку: право на правну помоћ и правног заступника, право на тумача и/или преводиоца, заштита посебно угрожених група, право на конзуларну помоћ и право на обавештење о својим правима.

Одабравши поједине гаранције из групе процесних обезбеђења гарантованих међународним инструментима и домаћим законодавствима држава чланица, њима је додала и поједина која се, по правилу, гарантују посебним инструментима (право на конзуларну помоћ) или до сада у њима нису нашла места (заштита угрожених група и право на посебно обавештење „Letter of rights"), али која по својој природи одговарају праву на правично суђење. Избор права је свакако био опредељен и важећим међународним инструментима, као смерницама приликом нормирања процесних гаранција, али и да би се државама чланицама омогућило поштовање постојећих међународних обавеза. Из ових разлога Комисија и упућује на друге релевантне међународне инструменте: Повељу УН, Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године, Бечку конвенцију о конзуларним односима из 1963. године, Статуте Међународног кривичног суда за бившу Југославију и Руанду који, према мишљењу Комисије, обавезују државе чланице ЕУ на основу чл. 25. и 103. Повеље УН, и Статут Сталног међународног кривичног суда из 1998. године.

1. Право на правну помоћ и правног заступника

Право на правну помоћ и правног заступника стандардна је гаранција у оквиру права на правично суђење у међународним инструментима за заштиту људских права.[10] Право на правну помоћ укључује и право на бесплатну правну помоћ и заступника по службеној дужности у случају да окривљени није у могућности да сам себи обезбеди одговарајућу правну помоћ. И Европски суд правде је био у ситуацији да потврди општи карактер и значај ове гаранције: у случају *Hoechst v. Commission,*[11] Европски суд правде је изричито утврдио да право на правног заступника представља једно од основних права у управном поступку чије кршење мора бити

[10] Члан 6, ст. 3. Европске конвенције за заштиту људских права, чл. 14. Међународног праката о грађанским и политичким правима, чл. 55, ст. 2 и чл. 67. Римског статута, чл. 18. Статута Међународног кривичног суда за бившу Југославију.

[11] Cases 46/87 & 227/88 *Hoechst AG v. Commission* [1989] ECR 2859, Paras 15 and 16.

санкционисано. Иако у овом случају није било речи о кривичном поступку, Суд је право на правног заступника образложио карактером поступка у којем обе стране истичу супротстављене захтеве тако да ово право мора бити обезбеђено од самог почетка поступка.

Пошто је реч о гаранцији чија је садржина мање спорна, јер је и у довољној мери била предмет праксе Европског суда за људска права, Комисија је у погледу ове гаранције извела права која за окривљеног проистичу из ове гаранције: право да самостално изабере заступника, право на бесплатну и адекватну правну помоћ и браниоца у случају да није у могућности да га обезбеди, право на савесног браниоца, право на заступање и савет од момента лишења слободе. Ослањајући се на постојећи нормативни оквир, Комисија предлаже и корак даље тако што би од држава чланица захтевала установљавање националног система правног заступништва, односно потврду држава чланица да су одабрани адвокати довољно компетентни и да им је гарантована одговарајућа накнада.

2. Право на тумача и/или преводиоца[12]

И у овом случају је реч о праву које је већ утемељено у међународној пракси и које се налази у великом броју уговора о заштити људских права.[13] Тиме је Комисији донекле био олакшан задатак, с обзиром да постојеће право укључује право окривљеног на компетентног тумача, ако окривљени не разуме језик на којем му је саопштена оптужба, и помоћ тумача током целог поступка. Римски статут је у погледу овог права нешто детаљнији и праву на бесплатну помоћ преводиоца ради разумевања оптужбе и тока усменог поступка додаје и право на бесплатне преводе свих докумената који су потребни ради разумевања оптужбе, тока поступка и припреме одбране.

[12] Занимљиво је да је Комисија образложила разлику између тумача и преводиоца: „Иако се често сматра да не постоје разлике између преводилаца и тумача, они би се морали третирати као две различите професије због знања и вештина које користе и различитих улога које имају током крвичног поступка. (а) Тумачи су потребни током полицијског испитивања (испитивање осумњичених и сведока) и судског претреса. Такође, потреба за тумачем се може јавити и када окривљени даје упутства свом браниоцу како да поступа (у полицији, током притвора, у адвокатској канцеларији или на суду). (б) Преводиоци су потребни за превођење свих процесних аката (кривична пријава, оптужница), изјава сведока датих у писаној форми, и других доказа. Из ових разлога било би боље да постоје одвојени национални регистри за ове две професије." – Зелена књига, оп. цит., стр. 29-30, пара. 5.2.2. (б).

[13] Члан 5, ст. 2, чл. 6, ст. 3, т. а) и е) Европске конвенције за заштиту људских права, чл. 14, ст. 3, т. а) и ф) Међународног пакта о грађанским и политичким правима, чл. 55, ст. 1 и чл. 67, ст. 1 Римског статута.

Право на преводиоца постоји од самог започињања кривичног поступка и доношења одлуке о лишењу слободе. Међутим, проблем који се у пракси јавља је како утврдити да ли постоји потреба за преводиоцем, односно да ли окривљени довољно познаје језик поступка тако да му може бити обезбеђено правично суђење. Став је да не постоји неки општи критеријум за утврђивање потребе за преводиоцем, већ се она проверава према околностима конкретног случаја.[14] Ипак, терет доказивања донекле олакшава положај окривљеног: у случају *Brozicek v. Italy,* Европски суд за људска права је нашао да је на националним судовима да докажу да окривљени довољно разуме језик суда, и да није на окривљеном да доказује како тај језик не познаје.[15] Ово право укључује бесплатну помоћ преводиоца која се односи не само на превођење целокупног усменог дела поступка, већ и на преводе писмених у поступку. Према пракси Европског суда за људска права, право на бесплатан превод докумената односи се само на оне акте који су окривљеном потребни да би могао уживати правично суђење.[16] У појединим случајевима право на правично суђење захтева два преводиоца, било зато да се обезбеди непристрасност суђења и спречи сукоб интереса у поступку, или једноставно зато што окривљени има право да прати целокупни ток усменог поступка а не само питања која су њему непосредно постављена.

Овим правом се обезбеђује равноправност страна у поступку. Имајући у виду природу комунитарних мера, којима се обезбеђују и друге слободе попут слободе кретања у окружењу у којем је вишејезичност изузетно честа, јасно је и зашто се Комисија определила да посебно издвоји ово право. Зелена књига зато и предвиђа могућност стварања једног формалног механизма којим би истражни органи морали обавезно проверити да ли окривљени разуме довољно језик поступка. Предлог државама чланицама је и да на државном нивоу установе регистар овлашћених правних преводилаца и тумача којима би, у овим случајевима, обезбедила одговарајућу накнаду.

3. Заштита посебно угрожених група

Комисија је утврдила групе лица за које је извесно да су више изложене различитим ризицима у току кривичног поступка. У складу са тим

[14] Што је закључак Европског суда за људска права у случају *Kamasinski v. Austria* (Presuda od 19. децембра 1989. године, Ser. A, br. 168) para. 74.

[15] *Brozicek v. Italy,* Evropski sud za ljudska prava, presuda od 19. decembra 1989. godine, A Series br. 167, para. 41.

[16] *Kamasinski* v. *Austria*, op. cit.

се од држава чланица очекује да угроженим групама обезбеде заштиту. Комисија је издвојила следеће категорије лица као угрожене: странце, децу, болесна лица, труднице и родитеље, неписмене, избеглице, алкохоличаре и наркомане. У погледу свих ризичних група, Комисија предлаже обавезивање држава чланица на претходну проверу да ли осумњичени припада категорији ризичне групе.

а) Странци – Странци се сматрају угроженом групом већ због страног држављанства, могућег непознавања језика суда и чињенице да се налазе ван своје државе услед чега су изложени додатним ризицима (губитак запослења и средстава издржавања у држави порекла). Државе чланице су дужне да странцу обезбеде помоћ тумача и/или преводиоца, али и конзуларну помоћ. Такође, потребно је обезбедити и друге различите видове практичне помоћи, под контролом конзулата или неке организације.

б) Деца – Конвенција УН о правима детета[17] одређује децу као угрожену категорију лица. Посебна заштита деце детаљно је регулисана чл. 40. Конвенције тако да се, поред општих гаранција које проистичу из права на правично суђење, води рачуна о узрасту детета, правилима о кривичној одговорности деце и одговарајућим мерама кажњавања које би могле заменити класичне кривичне санкције. Дететом се сматра свако лице млађе од 18 година, уз могућност прописивања другачијих година старости националним законодавством. Такве разлике постоје и међу државама чланицама Европске уније, па се узраст од којег се дете може сматрати кривично одговорним креће од 8 година у Шкотској до 16 година у Португалији.

ц) Болесна лица – Ова категорија обухвата физички и ментално оболела или поремећена лица. Група лица са физичким недостацима, као што су хендикеп, епилепсија, оштећеност слуха, говорне мане и слично, или лица заражена ХИВ вирусом, без одговарајуће медицинске помоћи, не могу уживати правично суђење. Лица са менталним поремећајима и емоционалним проблемима могу током испитивања и судског поступка

[17] *The United Nations Convention on the Rights of the Child* (1989). Србија и Црна Гора је обавезана овом Конвенцијом и додатним Протоколима: *Закон о ратификације Конвенције Уједињених нација о правима детета*, Сл. лист СФРЈ – Међ. уговори, бр. 15/1990, *Закон о изменама Закона о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета*, Сл. лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 4/1996, *Закон о потврђивању Амандмана на чл. 43. став 2. Конвенције о правима детета*, Сл. лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 2/1997, *Закон о потврђивању Факултативног протокола о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији, уз Конвенцију о правима детета*, Сл. лист СРЈ – Међ. уговори, бр. 7/2002, *Закон о потврђивању Факултативног протокола о учешћу деце у оружаним сукобима, уз Конвенцију о правима детета*, Сл. лист СРЈ – Међ. уговори, бр. 7/2002.

давати изјаве које су штетне по њих.[18] Стога је предлог Комисије да већ током првог испитивања полиција обавезно постави питање, или на други начин провери, да ли осумњичени припада овој категорији. Ако би полиција била дужна да постави ово питање, извесније је да би се ова група лица лакше идентификовала у раним фазама поступка. Други предлог Комисије је да се окривљеном увек и обавезно обезбеди приступ лекару, ако тврди да има здравствених проблема. Када се такво лице налази у притвору или затвору, потребно је обезбедити и стални лекарски надзор.

Иако у појединим државама неке од ових околности могу искључити кривичну одговорност, то није увек случај нити су нужно све физичке или психичке сметње укључене у групу изузетака. Са друге стране, мере нису усмерене на питање изрицања кривичне санкције колико на сам третман током поступка.

д) Труднице и родитељи – Труднице, родитељи са малом децом и самохрани родитељи, сматрају се такође посебно угроженом категоријом лица у кривичном поступку. Код ове категорије ризик наступа због извесности да ће ова лица покушати да учине све како би окончали боравак у полицији или притвору, нарочито у случајевима када верују да ће признањем или неком изјавом, без обзира на истиност дате изјаве, успети да издејствују условно пуштање или окончање притвора.

е) Неписмена лица – Реч је о лицима која су угрожена због опасности да неће у довољној мери разумети поступак и оптужбе.

ф) Избеглице – У овој категорији заштићених лица налазе се избеглице које су стекле такав статус на основу Конвенције о статусу избеглица из 1951. године, лица под међународном заштитом и она лица која су поднела захтев за добијање азила. Издвајање ове групе заслужује посебну пажњу из најмање два разлога: посебан третман избеглих лица у кривичном поступку, поред основних процесних гаранција која уживају на основу избегличког статуса, и чињеница да положај избеглица и лица под међународном заштитом представља део комунитарног права и надлежности Европске уније на основу чл. 63. Уговора о оснивању ЕЗ. У том смислу издвајање ове групе и предложене мере представљају пресек досадашње нормативне делатности Европске уније у овој области.

Издвајање ове групе као ризичне Комисија образлаже постојањем културних разлика, страхом од антагонизма у новој средини и од власти државе пријема, ограниченим правима у односу на домаће држављане и, нарочито, много неповољнијим положајем у односу на остале странце за

[18] Gudjonsson et al, „Persons at Risk During Interviews in Police custody: the Identification of Vulnerabilities", Research Study n° 12., The Royal Commission on Criminal Justice, HMSO, London (1993).

разлику од којих нису у могућности да уживају заштиту државе порекла. Врло често ће домаћи државни органи оспоравати законитост боравка ових лица на територији државе домаћина, услед чега је вероватније да ће ова лица бити изложена кривичном поступку. Такође, због кривичне осуде постоји могућност губитка статуса избеглице. За избеглице и лица којима је потребна међународна заштита, кривични поступак и кривична осуда представљају много већи терет и ризик него осталим окривљенима.

Правила ЕУ која се односе на избегла лица и лица под међународном заштитом налазе се у међународним уговорима држава чланица, оснивачким уговорима и законодавним актима ЕУ усвојеним на основу чл. 63. Уговора о оснивању ЕЗ. Међународни уговори обухватају, поред Конвенције УН о статусу избеглица из 1951. и Протокола из 1967. године, и Споразум из Шенгена из 1990. године и Даблинску конвенцију о утврђивању надлежне државе за одлучивање о захтеву за азил који је поднет у једној од држава чланица ЕЗ из 1990. године. Уговор о оснивању ЕЗ[19] у Наслову IV (Визе, азил, имиграција и остале политике које се односе на слободно кретање лица) и чл. 61-64. Савету гарантује законодавну надлежност у овој области. У контексту процесних гаранција, Савет има надлежност на основу чл. 63, ст. 1, т. д) Уговора о ЕЗ да доноси мере о азилу у погледу минималних стандарда у поступку одобравања или одбијања статуса избеглице у државама чланицама. Најважнији секундарни извори комунитарног права усвојени у складу са чл. 63. Уговора о ЕЗ су Директива Савета Европске уније бр. 2003/09/ЕС од 27. јануара 2003. о минималним условима за пријем азиланата у државе чланице,[20] Директива Савета бр. 2004/83/ЕС од 29. априла 2004. о минималним условима и положају држављана трећих држава или лица без држављанства за стицање статуса избеглице, односно статуса лица којима је потребна међународна заштита[21] и Уредба Савета бр. 343/2003 од 18. фебруара 2003. године о утврђивању критеријума и механизама за одређивање надлежне државе чланице за одлучивање о захтеву за азил који је држављанин треће државе поднео у једној од држава чланица („Даблин II“).[22]

Комунитарним правом о статусу избеглица проширена је заштита предвиђена општима међународним правом, тачније Женевском конвенцијом о статусу избеглица из 1951. године и додатним Протоколом из 1967. Лица која имају право на заштиту нису само избеглице у смислу чл.

[19] Службени лист Европских заједница Ц 325 од 24. децембра 2002. године.

Уговором из Амстердама унет је и Протокол бр. 29 о азилу за држављане држава чланица Европске уније.

[20] Сл. лист ЕУ Л 031 од 6.2.2003.

[21] Сл. лист ЕУ Л 304/23 од 30.9.2004.

[22] Сл. лист ЕУ Л 050 од 25.2.2003.

1. Женевске конвенције, већ и лица која имају право на тзв. супсидијарну заштиту која обухвата друге облике међународне и привремене заштите. У погледу процесних гаранција важна је она која овим лицима допушта приступ поступку за добијање избегличког или сличног статуса упркос чињеници да су изложени кривичном поступку. Допуштено је лицу ускратити заштиту уколико се утврди да је учинило неко кривично дело које га чини неподобним за његово добијање.[23] Избеглицама је могуће ограничити слободу кретања на исти начин као и држављанима трећих држава, тако да су у погледу приступа суду неке од држава чланица изједначени са странцима.

Комисија је издвојила избеглице као ризичну групу у кривичном поступку. У том смислу би се на избеглице примењивале не само гаранције предложене у контексту заштите људских права у кривичном поступку, већ и гаранције које је Европска унија усвојила у области избегличке заштите.

г) Алкохоличари и наркомани – Ризици који ову групу чине угроженом у кривичном поступку су бројни, нарочито током полицијског испитивања. У зависности од година, степена зависности и општег здравственог стања, према овим лицима би се могло поступати као према лицима са здравственим проблемима. Додатни ризик је опасност од условљавања помоћи сарадњом са полицијом и давањем одређених изјава. Међутим, кривични поступак је истовремено и прилика да се овим лицима пружи одговарајућа помоћ и могућност лечења.

4. Право на конзуларну помоћ

Бечка конвенција о конзуларним односима из 1963. године страним држављанима гарантује право на конзларну помоћ у случају да су ухапшени, притворени или затворени у држави пријема. Комисија је за странце предложила и право на конзуларну помоћ, као додатну процесну гаранцију, управо на начин како је прописано самом Бечком конвенцијом, чији чл. 36. предвиђа да конзуларни функционери имају слободу општења са држављанима државе именовања, право да буду обавештени ако је држављанин те државе ухапшен, стављен у притвор или задржан на неки други начин, право на пријем обавештења од тако затвореног лица, право да посете држављанина државе именовања који је затворен, да разговарају и да се дописују са њим и да воде рачуна да буде заступан пред судом. Страног држављанина који је притворен или затворен, државни органи

[23] На основу чл. 12. и 17. Директиве Савета бр. 2004/83/ЕЦ од 29. априла 2004; на основу чл. 1Ф и 32. Женевске конвенције о статусу избеглица из 1951. године.

државе пријема су дужни без одлагања обавестити о његовим правима на основу Бечке конвенције и омогућити му уживање конзуларне помоћи.

Занимљиво је да међународни уговори о заштити људских права не помињу ово право, те би се могло закључити да се оно више везује за саму државу именовања, како потврђује и међународна судска пракса.[24] Упркос томе, могао би се заговарати став да се конзуларна помоћ, као специфичан вид помоћи у кривичном поступку који није доступан домаћим држављанима, представља услов правичног суђења за странце.[25] Чак је и Међународни суд правде закључио да је чл. 36. Бечке конвенције одредба која се има непосредно применити у унутрашњем правном поретку, што значи да физичка лица могу непосредно стећи права и обавезе на основу овог уговора. Домаћи процесни прописи не могу ограничити ову гаранцију.[26] Овај закључак, заједно са ставом Комисије да право на конзуларну помоћ посебно издвоји, ово право сврстава у процесне гаранције из заштите људских права.

5. Право на обавештење о својим правима („Letter of Rights“)

Комисија предлаже увођење формалног писменог обавештења о правима окривљеног које би му се уручило већ приликом хапшења.[27] На овај начин би се обезбедило поштовање основних права, али би истовремено и државни органи били упознати са правима које окривљени у

[24] Кршење овог права било је предмет неколико случајева пред Међународним судом правде: *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. USA)*, Наредба о привременим мерама од 9. априла 1998. године, ICJ Reports 1998 (postupak obustavljen), *LaGrand (Germany v. USA)*, Пресуда од 27. јуна 2001. године, ICJ Reports 2001, *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. USA)*, Пресуда од 31. марта 2004. године, ICJ Reports 2004.

[25] C. Bassiouni, „Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions“, 3 Duke Journal of Comparative and International Law 235, 1993.

R. Ahdieh, „*Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts*“, 79 New York University Law Review 2029, 2004, str. 2127.

S. Djajic, „The Effect of International Court of Justice Decisions on Municipal Courts in the United States: Breard v. Greene“, 23 Hastings International and Comparative Law Review 27, 1999, str. 85-88.

[26] Чл. 36, ст. 2 Бечке конвенције о конзуларним односима из 1963.

[27] Очигледна је сличност са правилом „*Миранда*“ које постоји у праву САД. Реч је о обавези државних органа да приликом хапшења осумњиченог усмено упознају са његовим основним правима. У случају пропуста, хапшење се сматра незаконитим и лице мора бити пуштено на слободу.

околностима конкретног случаја поседује. Истовремено, умањује се могућност злоупотреба у полицији, током истраге и кривичног поступка, као и извесност ризика да услед појединих пропуста окривљени буде онемогућен да се на кршење појединих права позове у каснијим фазама поступка. Европски парламент је подржао ову иницијативу и предложио издвајање буџетских средстава за спровођење ове мере.[28]

Писмено обавештење о правима би требало да буде униформно на подручју целе Европске уније. Да би се изашло у сусрет разликама које постоје међу државама чланицама и њиховом праву да нека од ових питања самостално регулишу, предложено је да обавештење садржи два дела: први, који би био идентичан у свим случајевима и који би садржао основне међународне гаранције, и други, у којем би биле наведене специфичности националног кривичног поступка. Слобода кретања унутар Европске уније намеће обавезу државама да овакво обавештење обезбеде на више страних језика, или бар на службеним језицима Европске уније, чиме се не укида обавеза обезбеђивања преводиоца и/или тумача. Из самог предлога Комисије није јасно какве би биле последице у случају пропуста уручења обавештења о правима окривљеног.

* * *

Вредно је још једном напоменути значај и посебност избора права и слобода за које се Комисија определила. Реч је о правима које Комисија сматра најважнијим за правично суђење, заједнички именитељ правичног суђења на подручју Европске уније. Иако су нека од ових права предвиђена основним међународним инструментима за заштиту људских права, значај није само у издвајању основних гаранција важних за кривични поступак које су услов уживања других права и слобода, већ и додавању њима појединих права и слобода која се традиционално не налазе у категорији гаранција из права на правично суђење, попут права на конзуларну помоћ и обавештење о правима. На овај начин се формира својеврсни јединствени међународни стандард правичног суђења, чиме се истовремено значајно поправља положај окривљених странаца.

Питање је у каквој би вези могле бити предложене мере са Европским системом заштите људских права под окриљем Европског суда за људска права. Европска конвенција као таква већ представља део комунитарног поретка на основу чл. 6. Уговора о ЕУ. Комисија не може, нити јој је то намера, да замени на било који начин стандарде и механизме Европског суда за људска права, већ само тежи побољшању стандарда на нивоу држава чланица чиме се, у крајњој линији, постиже и већи степен пош-

[28] Зелена књига, *op. cit.*, стр. 37, пара. 81.

товања Европске конвенције. Ипак, како Комисија примећује, Европски суд не може на одговарајући начин обезбедити увек поштовање права на правично суђење, управо због своје специфичне надлежности и међународног карактера. Контролни механизми који су на располагању ЕУ и државама чланицама су ипак ефикаснији. Контролни механизам би одговарао стандардној контроли коју Комисија спроводи након усвајања одлуке, дакле путем националних извештаја, експертских анализа и сл. Овим мерама би се могло изаћи у сусрет и тежњи за контролом мера предузетим у области полицијске и правосудне сарадње.

Након усвајања Зелене књиге Комисија је примила 78 писмених одговора којима је подржана идеја успостављања заједничких минималних стандарда на подручју Европске уније. Тако је Комисија и предложила Савету усвајање Оквирне одлуке о одређеним процесним правима у кривичном поступку широм Европске уније,[29] која би гарантовала право на правну помоћ, право на тумача и преводиоца, заштиту угрожених група, право странаца на конзуларну помоћ и обавештење о правима у кривичном поступку. У овом контексту вредно је напоменути и усвајање Оквирне одлуке о Европском налогу за хапшење[30] и предлог Оквирне одлуке о Европском налогу за прибављање доказа.[31]

Закључак

Развој европских интеграција довео је до проширивања уговорног основа за предузимање заједничких акција на комунитарном нивоу. Политичке интеграције, што је обележје и циљ Европске уније, условљене су мерама у области људских права. Правни основ за усвајање процесних гаранција за осумњичене и оптужене у кривичном поступку унутар Европске уније јесте Уговор о Европској унији, члан 6. и 31, и Уговор о оснивању ЕЗ, Наслов IV, чл. 61-64.

Зелена књига о процесним гаранцијама определила се за пет категорија гаранција: право на правну помоћ и правног заступника, право на тумача и/или преводиоца, заштита посебно угрожених група, право на конзуларну помоћ и право на обавештење о својим правима. Важно је

[29] COM (2004) 328 final

[30] *Council Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States* (13.06.2002) . Official Journal of EU, L190 od 18.7.2002

[31] *Proposal for a Council Framework Decision on the European Evidence Warrant for obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters*, COM (2003) 688 final.

нагласити оригиналност оваквог селективног приступа, пошто су се међу одабраним правима нашла и она која се не срећу често у уговорима о заштити људских права, попут права на конзуларну помоћ, право на обавештење о својим правима у поступку и заштита угрожених група. Овим кораком Европска унија потврђује правац политичке интеграције и истовремено формира посебан комунитарни стандард права на правично суђење, који је, према мишљењу Комисије, услов за остваривање начела узајамног признања у кривичним стварима.

Dr Sanja Đajić, Assistant Professor
Novi Sad Faculty of Law

Judicial Protection in EU Law: Procedural Safeguards for Defendants in Criminal Proceedings Throughout the European Union

Abstract

In order to facilitate the application of the principle of mutual recognition, the Commission presented the *Green Paper on Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings Throughout the European Union (2003).* This paper examines whether it is appropriate and necessary to introduce in the Member States of the EU common minimum standards for procedural safeguards for persons suspected or accused of, and prosecuted or sentenced for, criminal offences. Green paper defines these minimum standards and the areas in which they will be applicable.

Reasons why the Commission is taking action at the European level, and grounds for such an action, could be found in EU and EC Treaties. The Commission draws up a list of basic provisions compliance with which calls for EU action. In order to ensure the efficacy of the compliance, at this stage the Commission gives the priority to those rights which are considered essential: the right to legal advice and assistance (representation) provided by a lawyer; the right to an interpreter and to translation of essential documents; the right for persons accused of an offence to obtain written information about their fundamental rights in a language they understand, which may take the form of a „Letter of Rights"; the right of vulnerable persons to proper protection; the right to consular assistance.

The Green Paper also points to the need to set up a system making it possible to evaluate the level of compliance by all Member States with these minimum standards, to create tools for evaulation, and to provide sanctions in the event of failure by a Member State to comply with the standards.

347.132.6
341.9:347.132.6

Петар Ђундић, асистент - приправник
Правног факултета у Новом Саду

МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ОДГОВОРНОСТ ПРОИЗВОЂАЧА И ПРЕДЛОГ РЕГУЛАТИВЕ ЕВРОПСКОГ ПАРЛАМЕНТА И САВЕТА О ЗАКОНУ КОЈИ СЕ ПРИМЕЊУЈЕ НА ВАНУГОВОРНЕ ОБАВЕЗЕ (РИМ II)

Сажетак: *Овај рад се бави проблемима који се јављају приликом одређивања меродавног права у случајевима одговорности произвођача за своје производе. Реч је о питању које, у новије време, заузима једно од централних места када је у питању сукоба закона у материји деликата. Поменутом проблему је посвећена посебна пажња и у предлогу Регулативе Европског парламента и Савета о закону који се примењује на вануговорне обавезе, тексту који би требало да, након дугог низа година напорног рада, коначно доведе до унификације колизионих норми за вануговорне обавезе, у оквиру Европске уније. Једно од основних питања које се наметнуло у процесу формулисања овог предлога је следеће: да ли је неопходно постојање посебне колизионе норме за одговорност произвођача, или посао одређивања меродавног права може адекватно да врши, и у овој материји, опште колизионо правило формулисано у предлогу? Анализа резултата до којих би довела примена закона места наступања директне штете, као основног колизионог решења предвиђеног поменутим предлогом (став 1. члана 3), и на питање одређивања меродавног права за одговорност произвођача, показује оправданост опредељења предлагача да се*

од општег решења одступи када је у питању ова специфична материја. Наиме, место наступања штете врло често може бити потпуно случајно, тј. указивати на примену права које је у вези слабог интензитета са случајем и странкама. Такође, некада није лако ни утврдити где се то место налази (код случајева погоршања здравственог стања оштећеног, које је изазвано употребом производа). Са друге стране, решење које је у члану 4. предложено за одговорност произвођача (примена права редовног боравишта оштећеног, односно штетника), мада је, у највећем броју случајева, у складу са легитимним очекивањима странака, не води довољно рачуна о потреби да се слабија страна (оштећени) заштити применом оног супстанцијалног права које је за њега повољно.

Кључне речи: *одговорност произвођача, меродавно право, lex loci delicti, производ, штета.*

Питање одређивања меродавног права у случају одговорности произвођача за своје производе, представља данас једно од централних питања у материји сукоба закона код деликата. Ако се може рећи да је интересовање законодаваца и правних писаца за проблеме сукоба закона код деликата, уопштено посматрано, изазвано све чешћом појавом прекограничних случајева у овој материји, захваљујући примени нових технолошких решења на пољу производње, дистрибуције робе, транспорта, комуникација[1], онда је за питање сукоба закона у материји одговорности произвођача посебно оправдано рећи да представља модеран феномен. Ситуације у којима је роба произведена на територији једне државе, ретко прелазила државну границу, данас припадају далекој прошлости. Развој међународне трговине неминовно доводи до случајева у којима, роба произведена на територији једне државе, због неадекватног квалитета или пропуштања да се потрошач упозори на сва њена својства, проузрокује физичку повреду или имовинску штету лицу које се налази на територији друге државе.

Појава тужбених захтева за накнаду штете против произвођача, подразумева и, у наведеним случајевима, питање одређивања меродавног права. Меродавно право би требало да суду и странкама пружи одговоре на многа питања: да ли штетник одговара по основу кривице или је његова одговорност објективна? Које врсте штете подлежу праву на накнаду? Да ли постоји ограничење у погледу износа накнаде? Колики је рок застаре-

[1] *O. Kahn-Frund, Delictual Liability and the Conflict of Laws, Recueil des cours, 1968/II, vol. 124,* стр. 9.

лости потраживања (у системима у којима се ово питање сматра материјалноправним)? Да ли се право на накнаду штете може пренети на друга лица итд?[2] При томе, под одговорношћу произвођача се подразумева одговорност због штете проузроковане употребом производа који садржи неки недостатак. Штету представља, како оштећење имовине, тако и физичка повреда нанета неком лицу[3]. Најчешће, питање одговорности ће се поставити због непажње штетника, али може постојати и без обзира на ову околност[4].

Питање одређивања меродавног права за одговорност произвођача заузима значајно место и у предлогу Регулативе Европског парламента и Савета о закону који се примењује на вануговорне обавезе (у даљем тексту: Предлог), тексту којим би требало да, након дуготрајног и мукотрпног рада, коначно буде извршена унификација колизионих норми у материји вануговорне одговорности, када су у питању земље чланице Европске уније. О значају који аутори овог Предлога поклањају поменутом питању, довољно говори и то што је специјална колизиона норма за одговорност произвођача своје место у структури Предлога нашла одмах након општег правила, садржаног у члану 3. овог текста.

Даље излагање ће обухватити кратак осврт на напоре у оквиру ЕУ, усмерене на стварање јединственог система колизионих норми за материју вануговорне одговорности[5]. Други део рада ће бити посвећен покушају да се да одговор на питање да ли је оправдано установљавање посебне колизионе норме за ово питање, тј. да ли постоји потреба за одступањем од општег колизионог правила за деликте из члана 3. Предлога. На крају, пажња ће бити посвећена анализи колизионе норме која је предвиђена за регулисање конкретног питања, тј. покушају да се сагледају добре и лоше стране понуђеног решења.

---

[2] За упоредноправни приказ норми о одговорности произвођача у појединим државама, у домаћој литератури види А. Јакшић, С. Стојановић, Одговорност произвођача за недостатке производа, Правни живот бр. 10/2003.

[3] Види члан 2. Хашке конвенције о праву које се примењује у случају одговорности произвођача за своје производе (1973).

[4] Види *M. C. Pryles, Tort and Related Obligations in Private International Law, Recueils des cours*, 1991/II, vol. 227, стр. 114.

[5] Треба имати у виду да је, када је реч о одговорности произвођача, у земљама ЕУ извршена и хармонизација супстанцијалног права, доношењем Директиве Савета 85/374/ЕЕЦ о одговорности произвођача од 25. јула 1985. године. Такође, Народна скупштина Републике Србије је 14. новембра 2005. године, усвојила Закон о одговорности произвођача ствари са недостатком, чије су одредбе превасходно засноване на решењима из поменуте Директиве.

Унификација колизионог права у материји вануговорне одговорности, у оквиру Европске уније

Рад на унификацији колизионих норми у материји вануговорне одговорности у оквиру ЕУ, који је још увек у току, започет је давне 1967. године, као логична последица утврђивања текста Конвенције о надлежности и признању и извршењу одлука у грађанским и трговинским стварима (Бриселска конвенција), чије је усвајање уследило следеће године[6]. Конвенција, заснована на обавези из члана 293. (некада 220.) Уговора о оснивању ЕЗ, требало је да послужи успостављању заједничког тржишта, кроз олакшавање признања и извршења судских одлука у грађанским и трговинским стварима, донетих од стране судова држава чланица, у споровима који садрже прекогранични елемент. Међутим, творцима конвенције је било јасно да само успостављање јединствених критеријума надлежности судова држава чланица у оваквим споровима, и јединствених услова за признање и извршење судских одлука у другим државама чланицама, не може довести до униформности у одлучивању, нити до предвидљивости исхода спора за странке, ако судови у државама чланицама примењују различите, националне колизионе норме.

С обзиром на поменуте околности, на предлог земаља Бенелукса, током 1967. године је формирана група сачињена од националних експерата шест првобитних држава чланица, са задатком да изради нацрт једне конвенције која би садржала колизионе норме за материју уговорних и вануговорних обавеза. Прелиминарни нацрт Конвенције о закону који се примењује на уговорне и вануговорне обавезе је објављен 6. децембра 1972. године. Међутим, проширење ЕЗ које је уследило 1973. године, уласком Данске, Ирске и Велике Британије у чланство, довело је до потребе да се и представници ових земаља укључе у радну групу. То је неминовно имало за последицу да рад на усвајању текста који би био прихватљив за све државе чланице буде успорен, и, на крају, резултирало тиме да се циљ читавог подухвата дефинише мање амбициозно, тј. да обухвати само усвајање јединствених колизионих норми за материју уговора. Након дугогодишњег рада, у јуну 1980. године, отворен је за потписивање текст Конвенције о закону који се примењује на уговорне обавезе (Римска конвенција)[7].

---

[6] Види *W. Posch, International Law of Non-Contractual Obligations in Europe (European International Tort Law*, у књизи: *European Private International Law, ed. B. Von Hoffmann, Nijmegen*, 1998, стр. 88.

[7] Конвенција је ступила на снагу 1. априла 1991. године.

И поред првобитног неуспеха, идеја о стварању инструмента који би садржао једнообразне колизионе норме за материју деликата и квази-деликата није напуштена. Напори у овом правцу су поново интензивирани током деведесетих година двадесетог века, након што је, 1993. године, на снагу ступио Мастрихтски споразум (Уговор о оснивању Европске уније). Овај споразум је питања правосудне сарадње у грађанским стварима сврстао у тзв. трећи стуб Европске уније, односно у сферу сарадње у области правосуђа и унутрашњих послова. У овом периоду, тачније током 1998. године, Комисија ЕЗ је финансирала пројекат *GROTIUS*, спроведен од стране Европске групе за Међународно приватно право, који је резултирао настанком нацрта Европске конвенције о закону који се примењује на вануговорне обавезе. До новог преокрета долази 1999. године, када је на снагу ступио Споразум из Амстердама. Овим споразумом је измењен Уговор о оснивању ЕЗ, и то, између осталог, тако да је правосудна сарадња у грађанским стварима премештена из трећег у први стуб ЕУ (стуб Европских заједница), што је омогућило да ова област буде регулисана и регулативама, тј. непосредно обавезујућим, општим актима органа ЕЗ. После прелиминарног нацрта, објављеног 3. маја 2002. године, Комисија је, у јулу следеће године усвојила предлог Регулативе Европског парламента и Савета о закону који се примењује на вануговорне обавезе (тзв. регулативу Рим II)[8].

Када је у питању материја одговорности произвођача за своје производе, у државама чланицама Европске уније, извршена је и хармонизација супстанцијалних норми које регулишу ово питање. То је учињено путем Директиве о одговорности произвођача за производе из 1985. године. Међутим, и поред супстанцијалне хармонизације, потреба за постојањем колизионих норми у овој области је још увек присутна, с обзиром да разлике између националних права држава чланица која регулишу ово питање и даље постоје[9].

Такође, у оквиру једног круга држава чланица је већ извршена и колизиона унификација у овој области. То су оне државе чланице које су уговорнице Хашке конвенције о закону који се примењује у случају од-

[8] *COM (2003) 427 FINAL; 2003/0168 (COD).*

[9] Директива се односи само на уједначавање норми које се тичу објективне одговорности произвођача, док се националне норме које се тичу одговорности по основу кривице остављене по страни. Државама чланицама се, поред тога, оставља могућност да у своје законодавство унесу решења која могу варирати од државе до државе, а која се тичу, на пример: објективног рока застарелости потраживања (члан 11), могућност проширења одговорности произвођача и на производе који нису наведени у члану 2. Директиве (члан 15), могућност прописивања горњег лимита накнаде штете која може бити досуђена у случају смрти или телесне повреде (члан 16) итд.

говорности произвођача за своје производе од 1973. године. Међутим, чињеница да је ову конвенцију ратификовао мали број држава чланица ЕУ[10], очигледно је определио Комисију да у свом предлогу предвиди и посебну колизиону норму за одговорност произвођача. Осим тога, судбина ове конвенције, макар када је у питању њена примена у односима између чланица ЕУ, у овом тренутку је далеко од извесне. Наиме, предлог Комисије, у члану 25, садржи решење према којем међународне конвенције на снази у државама уговорницама у време усвајања Регулативе, настављају да се примењују, у случају да регулишу исту материју. Међутим, текст који је усвојио Европски парламент у јулу 2005. године предвиђа да Регулатива дерогира, у односима између држава чланица ЕУ, све остале инструменте који регулишу исту материју, осим оних инструмената који су изричито набројани у посебном анексу. Да ли ће то бити случај са Хашком конвенцијом, остаје да се види.

Да ли је неопходна посебна колизиона норма за одговорност произвођача?

Опште правило за одређивање меродавног права за деликте, садржано је у члану 3. Предлога. Реч је о решењу које, с једне стране, води рачуна о правној традицији свих држава чланица, а са друге, покушава да рефлектује савремене тенденције у материји сукоба закона, када је реч о деликтима. Наиме, као примарна тачка везивања, у члану 3, користи се *lex loci delicti* у једном од својих модалитета. Решење, конкретно, упућује на примену закона места у којем је наступила директна штета за оштећеног. Како се то изричито наводи у ставу 1. члана 3. Предлога, место у којем је штетник предузео своју радњу, као ни место наступања индиректне штете, нису релевантни за одређивање меродавног права. У националним правима свих европских држава, проблем одређивања меродавног права код деликата решава се употребом принципа *lex loci delicti*, уз разлике у погледу квалификације појма места деликта. Може се рећи, за разлику од ранијег стања, да у новијим законодавним решењима доминира схватање места деликта као места наступања штетне последице[11]. У доктрини се овакво решење оправдава схватањем права грђанскоправних деликата као скупа правила усмерених, првенствено, на то да омогуће оштећеном да буде

[10] Према стању од 28. фебруара 2005. године, конвенција је на снази у следећим чланицама ЕУ: Финској, Француској, Луксембургу, Холандији, Италији и Шпанији.

[11] Такав је случај са италијанским и енглеским законодавством у овој области. Закони који регулишу ово питање су, у овим државама, усвојени 1995. године.

обештећен за штету коју је претрпео према стандардима средине у којој је штета настала, а не на кажњавање штетника за извршени деликт[12].

Ставови 2. и 3. члана 3. овог Предлога пружају могућност одступања од примарног решења и, на тај начин, ублажавају механичко дејство принципа *lex loci delicti*, тј. омогућавају примену права које је у ближој вези са случајем и странкама, у односу на право на чију примену је упутила примарна тачка везивања. Став 2. конституише изузетак који се тиче заједничког редовног боравишта штетника и оштећеног, док, са друге стране, став 3. има општи карактер – одступа се од примене права меродавног на основу става 1. члана 3. ако је, на основу свих околности случаја, јасно да је вануговорна обавеза у очигледно ближој вези са другом државом. При томе, посебно се истиче да се „очигледно ближа повезаност" са другом државом може манифестовати кроз постојање ранијег односа између странака, као што је уговор који је тесно повезан са деликтом. Ово решење може бити нарочито значајно за случајеве који се односе на одговорност произвођача, у ситуацији када је оштећени, на основу уговора, прибавио производ директно од произвођача. Одредба става 3. тада би пружала могућност да се право меродавно за уговор примени и на однос настао проузроковањем штете за оштећеног. Међутим, ситуације у којима је између произвођача и оштећеног претходно закључен уговор, ипак су ретке у пракси[13].

Опште правило из члана 3. Предлога се заснива на покушају да се интереси странака заштите на тај начин што се, усвајањем претпоставке меродавности права места наступања штетне последице, инсистира на предвидивости меродавног права и заштити правне сигурности, али се, исто тако, уводи и доза флексибилности у поступак одређивања меродавног права, предвиђањем могућности одступања од претпоставке, у случајевима у којима је примена неког другог права правичније и прикладније решење. У основи, ради се о савременом приступу проблему одређивања меродавног права код деликата, који је добро познат и прихваћен, како у доктрини, тако и у законодавним решењима појединих европских држава[14]. Питање, међутим, које се овде поставља је следеће: да ли је ово оп-

[12] Види *P. Kaye, Private International Law of Tort and Product Liability (Juridiction, Applicable Law and Extraterritorial Protective Measures), Aldershot*, 1991, стр. 81.

[13] *T.K. Graziano, The Law Applicable to Product Liability: The Present State of the Law in Europe and Current Proposal for Reform, International and Comparative Law Quoterly, Vol. 54, April 2005*, стр. 480.

[14] Види, нпр., Савезни закон о Међународном приватном праву Аустрије (1978; члан 48), Закон о Међународном приватном праву и међународном грађанском поступку Турске (1982; члан 25), Закон о Међународном приватном праву Велике Британије (1995; члан 12), Закон о Међународном приватном праву Естоније (2002; члан 53). Исти приступ пре-

ште правило подобно за примену када је реч о специфичној материји одговорности произвођача за своје производе? Другим речима, постоји ли уопште потреба за специјалном колизионом нормом за наведено питање? Јасно је да није целисходно оптерећивати текст прописа посебним колизионим нормама за поједина питања, ако је опште правило подобно да, у сваком конкретном случају (или барем у најчешћим, типичним ситуацијама) доведе до задовољавајућих резултата. У прилог схватању да питање одговорности произвођача за своје производе захтева посебно колизионо регулисање, могу се навести три значајна аргумента.

Први аргумент се тиче опште подобности примене колизионог принципа *lex loci delicti* код одређивања меродавног права за деликте, а нарочито када је реч о одговорности произвођача. Ослањање на закон места деликта представља традиционално решење које се користи у националним законодавствима свих држава чланица ЕУ[15]. Ово је, вероватно, и један од разлога који је определио Комисију да у ставу 1. члана 3. Предлога усвоји овај принцип (у варијанти места наступања штете), као опште колизионо правило. Међутим, употреба класичног принципа приликом одређивања меродавног права за деликте, носи са собом значајне недостатке, због чега је и у доктрини тако често критикована.

Један од главних аргумената који користе критичари класичног принципа, тиче се неодређености самог појма места деликта. Наиме, није јасно где се налази место деликта, ако је штетник предузео своју радњу на територији једне државе, а штетна последица је наступила на територији неке друге државе. Дислокација штетникове радње и штетне последице, када је о одговорности произвођача реч, није изузетак већ правило. Ситуација у којој је производ који садржи недостатак произведен у држави А, прибављен од стране оштећеног у држави Б, конзумиран у држави В, а изазвао нарушавање здравља оштећеног у држави Г, нису тешко замисливе у пракси. Наравно, случајеви у којима овакви „мултилокални" деликти, како се понекад називају[16], подразумевају контакт производа са само две државе, су најчешћи. Наведени проблем ставља законодавца или суд пред избор: определити се за схватање места деликта као места предузимања штетникове радње, или као места у којем је наступила штетна последица. Избор између ових алтернатива, међутим, не значи и крај проблемима.

поручује и Институт за међународно право, у својој Резолуцији о деликтној одговорности у Међународном приватном праву (1969),а следи га и предлог Европске конвенције о закону који се примењује на уговорне и вануговорне обавезе од 1972. године (члан 10).

[15] Види извештај Комисије уз Предлог, стр. 5.

[16] *T. K. Graziano*, *op.cit*, стр. 476.

Наиме, ако се под местом деликта подразумева место деловања штетника (у овом случају произвођача), избор меродавног права неће бити лак задатак. Како одредити место предузимања штетне радње ако је, на пример, компонента производа који садржи недостатак произведена у једној држави, склапање делова у целину у другој, а недостатак на делу финалног производа је резултат мањивог дизајна који је осмишљен у трећој држави? Ако је штета проузрокована пропуштањем произвођача да адекватно упозори кориснике производа на његова штетна својства, да ли је то пропуштање извршено у држави у којој је производ пакован, или у држави у којој је производ продат крајњим корисницима, без адекватног упозорења?

Чак и када не би постојале тешкоће са утврђивањем места деловања штетника, примена закона места у којем је производ произведен, била би проблематична из још једног разлога. Усвајање овакве тачке везивања би омогућило произвођачима да избегну одговорност за штету проузроковану неадекватним својствима производа, кроз концентрисање производње у земљама чије законодавство предвиђа ниске стандарде одговорности произвођача.

Очигледно свесна недостатака овакве квалификације појма места деликта, Комисија се, у ставу 1. члана 3. Предлога, определила за другу варијанту – за вануговорну одговорност је меродавно право места у којем је наступила директна штета за оштећеног. Међутим, када је реч о материји одговорности произвођача, ни ово решење није мање проблематично. Истина, место наступања штетне последице, када је реч о поменутим случајевима, лакше се утврђује него када је у питању место деловања штетника (произвођача). Али, то није случај у свакој ситуацији. На пример, тешкоће могу настати у случајевима сличним оном који наводи енглески аутор Парк (*Park*) – Енглез који се налази у туристичкој посети Италији се отрује поквареном храном, али погоршање здравственог стања осети тек након што је наставио своје путовање, у Француској, да би се тешко разболео тек након повратка кући, у Лондон[17]. Остављајући по страни овакве проблеме, главна примедба месту наступања штете као тачки везивања, ипак се односи на чињеницу да ће она често доводити, не само у овој специфичној материји, до примене права које је у врло слабој вези са случајем или странкама. Веома чести се може чути примедба да је место наступања штете потпуно случајно. У коментару који је на првобитни нацрт Предлога упутила Хамбуршка група за Међународно приватно право, наводи се хипотетички пример европског туристе који купи, у својој земљи, флашу

[17] *W.W. Park, International Products Liability Litigation: Choosing the Applicable Law, International Lawyer, Vol. 12, No. 4/1978*, стр. 851.

пића, да би она експлодирала, наневши му повреде, тек по слетању авиона у Индонезију[18] Примену права Индонезије, у овом случају, не би очекивала ни једна од странака. Овај аргумент који се тиче механичког деловања поменуте тачке везивања, сам по себи је довољан за одбацивање решења из става 1. члана 3. Предлога, када је реч о одређивању меродавног права за одговорност произвођача.

У прилог става да примена општег правила из члана 3. ипак може дати одговарајуће резултате, односно да није потребна посебна колизиона норма за одговорност произвођача, могла би се навести чињеница постојања ставова 2. и 3. поменутог члана. Наиме, сваки пут када примена примарне тачке везивања не би водила до права које је у стварној вези са странкама или случајем, суд би могао применити одредбе које предвиђају одступање од претпостављеног везивања. Став 2. успоставља изузетак за који би се могло рећи да је широко распрострањен у европским законодавствима и пракси. Реч је о случајевима у којима штетник и оштећени имају редовно боравиште у истој држави, када ће се на расправљање њиховог међусобног односа применити право те државе[19]. Чак и у оним земљама у чијем законодавству није експлицитно предвиђен изузетак заједничког редовног боравишта, сматра се да је ова чињеница довољна да укаже на ближу везу случаја са неким другим правом. Такво је схватање прихваћено у аустријској судској пракси[20].

Став 3. поменутог члана садржи одредбу којом се, на општи начин, судовима даје могућност одступања од примарне тачке везивања из става 1. Реч је о клаузули одступања која омогућава примену права у очигледно ближој вези са вануговорном обавезом. То је одредба која би се могла користити сваки пут када, у конкретном случају, примена закона места наступања штете на одговорност произвођача, не би била оправдана. Међутим, аргумент да се применом клаузуле одступања може кориговати неадекватност примарног колизионог решења из става 1. члана 3, представља управо и један од најважнијих аргумената против примене општег правила на материју одговорности произвођача. Наиме, сваки пут када право државе у којој је наступила штета не би било у стварној вези са чињеницама случаја или странкама, морало би се посегнути за применом одредбе става 3. овог члана. То би ову одредбу, намењену само изузетној примени, мог-

[18] *Hamburg Group for Private International Law, Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, RabelsZ Bd. 67/2003*, стр. 16.

[19] Види Закон о реформи италијанског система Међународног приватног права (1995; члан 62. став 2), Грађански законик Португалије (1966; члан 45. став 3), Савезни закон о Међународном приватном праву Швајцарске (1987; члан 133. став 1).

[20] Види *W. Posch*, *op. cit.*, стр. 89

ло претворити у основно правило, макар када је реч о одговорности произвођача. Примена принципа најближе везе, као фактички примарног решења за одређивање меродавног права, угрозила би интересе правне сигурности и онемогућила предвидивост меродавног права за странке, с обзиром на недостатак јасних критеријума на којима би судови заснивали избор меродавног права.

На крају, а у вези са претходно реченим, решење из члана 3. Предлога није у складу ни са легитимним очекивањима странака.У одређеном смислу, поменуто решење је повољније за оштећеног, с обзиром да он може разумно очекивати да ће бити обештећен у складу са прописима места у којем му је и проузрокована штета. Ова констатација је, међутим, тачна само ако се оштећени налази у одговарајућој вези са друштвеном средином у месту наступања штете (на пример – има редовно боравиште или пребивалиште у дотичној држави), али не и у случајевима када се у том месту налази потпуно случајно. Са друге стране, произвођач би могао разумно очекивати да се његова одговорност процењује према правилима која важе на тржиштима на којима се његова роба дистрибуира. Ако би се роба нашла на одређеном тржишту без његовог знања, или без његовог пристанка, у случају штете проузроковане потрошачима или трећим лицима употребом ових производа, тачка везивања усвојена у ставу 1. члана 3. могла би довести до примене права чију примену произвођач ни на који начин није могао предвидети.

Ако се имају у виду тешкоће које би примена општег правила из члана 3. Предлога проузроковала у специфичној материји одговорности произвођача, јасно је опредељење предлагача да ово питање регулише посебном колизионом нормом. У наредном делу овога рада, више пажње ће бити посвећено управо овом решењу.

Колизиона норма за одговорност произвођача (члан 4)

Формулисање колизионе норме за ово питање представља сложен задатак. Наиме, законодавцу стоји на располагању више тачака везивања између којих може да изврши избор. То су, на пример, место производње, место седишта произвођача, место у којем је производ стављен у промет, редовно боравиште (пребивалиште) оштећеног, место наступања штете. При томе, формулисање колизионе норме увек зависи од циљева који се имају у виду током овог процеса. Опредељење за колизиону норму са једном тачком везивања доприноси поједностављењу процеса одређивања меродавног права. Тиме се олакшава посао суда пред којим се јавља ово питање, а странке могу, релативно лако, одредити конкретне одредбе које регулишу њихова права и обавезе. Како се често истиче у доктрини, на

овај начин се странке подстичу на закључење поравнања, будући да им извесност у погледу меродавног права омогућава да јасно сагледају своју позицију и пре окончања судског поступка. Са друге стране, дозвољавајући могућност да се меродавно право утврди на основу контакта само једног елемента правног односа са одговарајућим правним системом, законодавац оставља отворена врата за случајеве у којима ће бити примењено право једне државе, мада се сви остали елементи односа везују за другу државу. Оваква могућност се спречава комбиновањем више тачака везивања. У таквим случајевима, примењује се право оног суверенитета на кога заједнички укаже више тачака везивања. Тиме се спречава да веза између правног односа и суверенитета чије се право примењује буде случајна.

Овај последњи приступ је примењен у Хашкој конвенцији о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе, од 1973. године[21]. Наиме, творци ове конвенције су се определили за две тачке везивања као основне, али ниједна од њих не може бити одлучујућа за одређивање меродавног права, без указивања и помоћних тачака везивања на исто право. Тако члан 4. предвиђа да је за одговорност произвођача меродавно право државе у којој је наступила штета, али само уколико је та држава такође, алтернативно, и држава редовног боравишта оштећеног, држава у којој се налази главно место пословања произвођача[22] или држава на чијој територији је оштећени купио производ. Међутим, неће се применити право наведено у члану 4, већ закон државе редовног боравишта оштећеног лица, ако је та држава, уједно, и држава главног места пословања произвођача или држава на чијој територији је оштећено лице купило производ (члан 5.). Према члану 6. конвенције, ако се до меродавног права не може доћи на основу одредаба претходно поменутих чланова, оштећеном лицу се даје могућност да бира између примене закона државе главног места пословања штетника, и закона државе на чијој територији је штета наступила. За одређивање меродавног права битна је и примена члана 7. Поменута одредба је у конвенцију унета са циљем заштите произвођача, будући да спречава примену закона места наступања штете и закона места редовног боравишта оштећеног, ако штетник докаже да се разумно није могло предвидети да ће његови производи бити пуштени у продају у односној држави. Сложеност колизионог решења из конвенције, представља најчешћи разлог за критику напора њених твораца, а вероватно је и разлог тога што конвенција није доживела значајнији успех.

[21] Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори бр. 8/1977.

[22] У службеном преводу на српски језик, израз *principal place of business* је означен као главно пословно седиште, што битно одступа од значења тачке везивања употребљене у тексту конвенције.

Посматрано у односу на Хашку конвенцију, творци Предлога су, по свему судећи, изабрали другачији пут решавања проблема. Члан 4. се ослања на једну тачку везивања која се јавља у два различита вида. Поменута одредба гласи:

Не искључујући примену ставова 2. и 3. члана 3, на вануговорну обавезу која проистекне из штете или ризика наступања штете изазване производом који садржи недостатак, примениће се право државе у којој редовно боравиште има лице које је претрпело штету, осим ако лице чија је одговорност у питању не успе да докаже да се производ нашао на тржишту те државе без његовог пристанка, када ће меродавно бити право оне државе у којој редовно боравиште има лице чија је одговорност у питању.

Појмови производа и производа са недостатком се утврђују у сладу са Директивом 85/374 о одговорности произвођача[23].

Идеја коришћења редовног боравишта странака као тачке везивања у материји деликата није сасвим нова у правној доктрини. Занимљиво теоријско објашњење оваквог решења даје енглески аутор Кеј (*Kaye*).Према схватању овог аутора, деликти представљају само правни израз стандарда понашања које једна заједница поставља својим члановима, и које они морају поштовати. Ова правила понашања се односе на одређену заједницу, тј. на њене чланове, а не на неку територију, те би требало да везују појединца без обзира где се он налазио приликом извршења деликта[24]. Практично, ово би значило да и штетник и оштећени, слично правилу које је општеприхваћено у материји статуса, са собом „носе" право свог редовног боравишта, без обзира где се налазе.

Оно што се не може оспорити решењу из члана 4. Предлога, јесте његова једноставност. У питању је норма која неће стварати веће проблеме судовима приликом одређивања меродавног права. Једноставност решења значи и да странке могу, релативно једноставно, да утврде које ће право бити меродавно, односно да, на тај начин, сазнају своју позицију у евентуалном спору.

Такође, творци овог Предлога, према извештају Комисије који је уз њега приложен, сматрају да решење из члана 4. доприноси остваривању још једног циља – стварање разумне равнотеже заштите интереса странака, односно легитимних очекивања штетника и оштећеног. Разумно је очекивање оштећеног да буде обештећен према правилима свога друштвеног окружења, нарочито ако је у месту свог редовног боравишта и прибавио производ, што је и најчешћи случај. Са друге стране, решење у

[23] Види извештај Комисије уз Предлог, стр. 13.

[24] *P. Kaye*, *op. cit.*, стр. 102.

погледу одређивања меродавног права је предвидиво и за произвођача који контролише своју продајну мрежу[25]. Право редовног боравишта оштећеног ће се примењивати без обзира да ли је он прибавио производ на територији државе редовног боравишта или у иностранству, али само, у оба случаја, под условом да је производ стављен на тржиште државе редовног боравишта оштећеног уз пристанак штетника. У супротном, тј. у случају када је оштећеном проузрокована штета употребом производа који се није налазио на тржишту његовог редовног боравишта уз пристанак произвођача, примениће се право редовног боравишта произвођача. На први поглед, чини се да супсидијарно решење фаворизује штетника, с обзиром да се предвиђа примена права његовог редовног боравишта, што је, како се у доктрини наводи, решење без преседана у законодавству европских држава које имају колизионе норме за одговорност произвођача[26]. Међутим, чини се да предлагач, барем када је у питању супсидијерна тачка везивања није имао много избора. Наиме, једино решење које је фигурирало као алтернатива примени закона редовног боравишта произвођача, било је примена закона места наступања штете[27], о чијим је многобројним слабостима већ било речи.

Када се говори о решењу из члана 4. Предлога, потребно је истаћи да је Комисија имала на располагању и коментаре који су на првобитни нацрт Предлога, од 3. маја 2002. године, упутили разна струковна удружења и појединци. Међу решењима која се се нудила Комисији, нарочито су интересантна она која подразумевају везивање деликта за државу на чијем тржишту је стављен у промет проблематични производ. Тако је, на пример, Хамбуршка група за Међународно приватно право предлагала да се као тачка везивања усвоји место комерцијализације предметног производа[28]. При томе, под местом комерцијализације се подразумева место у којем је производ продат или на други начин стављен на располагање крајњем кориснику први пут. Слично решење нуди и швајцарски аутор Грациано (*Graziano*), који предлаже примену права државе у којој је производ стављен у промет, тј. прибављен од стране оштећеног[29]. Предност ових тачака везивања је у њиховој објективности, односно неутралности у односу на странке. Исто тако, чини се да обе странке могу разумно очекивати примену права на које оне упућују. Међутим, њихов значајан недостатак се јавља у ситуацијама продаје половних производа. Наиме, ако се као тачка везивања усвоји место прибављања производа од стране оште-

[25] Види извештај Комисије уз Предлог, стр. 14.
[26] *T. K. Graziano*, *op. cit.*, стр. 485.
[27] Види извештај Комисије уз Предлог, стр. 15.
[28] *Hamburg Group for Private International Law, op. cit.*, стр. 16.
[29] *T. K. Graziano, op. cit.*, стр. 481.

ћеног, ово место је потпуно непредвидиво за произвођача, када се ради о продаји његове половне робе од стране крајњег корисника. Са друге стране, коришћење места комерцијализације (места у којем је производ први пут стављен у комерцијални ланац) као тачке везивања, може водити до тога да је за лице које купује коришћен производ веома тешко да предвиди где је производ комерцијализован. Такође, обе су ове тачке везивања проблематичне када је реч о случајевима у којима се, у својству оштећеног, јавља тзв. треће лице, тј. лице које није прибавило производ. Јасно је да би, у оваквим случајевима, примена како права места прибављања производа, тако и права места његовог првобитног стављања у промет, била потпуно неправична у односу на оштећеног.

Текст одредбе која је понуђена као решење за одређивање меродавног права у материји одговорности произвођача, како је то више пута истакнуто од стране самог предлагача, иде за тим да се обезбеди равномерна заштита интереса штетника и оштећеног. Очигледно је, међутим, да се под тиме подразумева стварање неутралне колизионе норме, односно норме којом ће бити постигнуто оно што се назива колизионом правичношћу, без сагледавања садржине супстанцијалних права која конкуришу за примену. Реч је о традиционалном приступу проблему сукоба закона, приступу који један аутор назива „избором јуриздикције" (*Jurisdiction – Selection*)[30], којим се обезбеђује избор меродавног права, без обзира на супстанцијални резултат. Са тог аспекта посматрано, циљ је остварен, и мало се тога може приговорити поменутом решењу. Међутим, управо је начелни приступ предлагача проблему чињеница која оставља простор критици овог предлога.

Тешко је оспорити тврдњу да би, у овој материји, циљ правног правила требало да буде заштита оштећеног. Не само да је оштећени у лошијој позицији у односу на штетника већ на основу саме чињенице да је претрпео штету, већ се, по правилу, у својству оштећеног јављају потрошачи. Овде је реч о лицима која су, посматрано са аспекта економске моћи, у значајно подређеном положају у односу на произвођача. Решење садржано у Предлогу не води довољно рачуна о овој околности. Наиме, извесна предност за оштећеног се јавља у колизионој сфери, тј. у могућности примене права његовог редовног боравишта, за које се претпоставља да је добро познато овој странци. Међутим, ова се предност брзо претвара у хендикеп, под условом да право редовног боравишта оштећеног предвиђа ниске стандарде одговорности произвођача (на пример – предвиђа

[30] Види *S. Symeonides, Tort Conflicts and Rome II: A View from Across, Festschrift für Erik Jayme, Band* I, 2004, *München*.

лимит износа накнаде штете и сл.). Према томе, заштита у колизионој сфери не значи много уколико примена права редовног боравишта не води задовољавајућем супстанцијалном резултату.

Једна од могућности за поправљање положаја оштећеног, јесте и да се овом лицу да могућност избора меродавног права. Ово би подразумевало само могућност избора између два права – права места редовног боравишта оштећеног, на чијем тржишту се штетников производ налази уз његов пристанак, и права места редовног боравишта штетника (произвођача). Могућност избора меродавног права од стране оштећеног је решење које је добро познато законодавствима појединих европских држава[31]. Најзначајнији приговор који се ставља могућности да оштећени изабере примену за себе повољнијег права, тиче се наводно неповољнијег положаја у који се тиме стављају произвођачи са редовним боравиштем у иностранству. Истиче се да су, у односу на произвођаче који имају редовно боравиште на територији државе у којој је производ стављен у промет, и који су подређени само правилима о одговорности која важе у тој држави, страни произвођачи у лошијем положају јер се њихова одговорност, у зависности од воље оштећеног, може ценити на основу два или чак више права[32]. На тај начин се ремете односи конкуренције на једном тржишту.

Овај аргумент сигурно има своју вредност у случајевима у којима се оштећеном даје могућност да изабере између права од којих ни једно није право редовног боравишта произвођача. Тада је он у позицији да се његова одговорност процењује према два различита страна права, за разлику од домаћег произвођача на чију се одговорност примењује искључиво домаће право. Међутим, снага овог аргумента слаби у случају када је једно од права чију примену може изабрати оштећени, право редовног боравишта произвођача. Управо би ово био случај са одредбом члана 4. Предлога, уколико би се унела измена која даје оштећеном право избора. Чини се логичним инсистирање да на одговорност произвођача, поред права места редовног боравишта оштећеног, у којем се производи продају уз пристанак произвођача, може бити примењено и његово (домаће) право, тј. право редовног боравишта произвођача. Ако је већ реч о праву са чијом применом произвођач свакако мора рачунати када производе продаје на домаћем тржишту, нема разлога да не урачуна у трошкове свог пословања ризик примене домаћих норми о одговорности и у случајевима извоза робе

[31] Види, на пример, одговарајућа законска решења у правима Италије, Румуније, Немачке, Швајцарске. Такође, исти приступ је усвојен и у нашем Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља (1982), у члану 28, додуше као опште правило за вануговорну одговорност за штету, и у случајевима када долази до дислокације радње и последице деликта. Слично решење се примењује и у немачком праву.

[32] *T.K. Graziano*, *op. cit.*, стр. 480.

на друга тржишта. Тиме би се произвођачи подстакли на очување истог нивоа квалитета робе, без обзира што се она извози на тржишта држава чије право предвиђа ниске стандарде одговорности произвођача. Са друге стране, спречила би се појава случајева у којима оштећени не добија адекватну накнаду за штету која му је причињена, само због тога што има редовно боравиште у оваквој држави.

* * *

Дуготрајан рад на унификацији колизионих норми за деликте и квази-деликте у оквиру ЕУ, започет још 1967. године, требало би да, у скорој будућности, резултира усвајањем Регулативе о закону који се примењује на вануговорне обавезе. Мада је још увек неизвесно када ће Регулатива бити донета, и како ће она изгледати у коначној верзији, предлог који је сачинила Комисија представља добру основу за расправу о могућим решењима. Поред колизионих норми за друге врсте деликата, овај текст садржи и норму која треба да служи одређивању меродавног права за одговорност произвођача. У вези са колизионим решењем за ову, врло специфичну област, могуће је извести следеће закључке: иако је у оквиру ЕУ извршено уједначавање права држава чланица у овој материји, кроз доношење Директиве 85/374 о одговорности произвођача, постојање колизионе норме за ово питање је још увек неопходно, будући да је Директивом извршена само делимична хармонизација националних права чланица Уније. Одлука предлагача да предвиди специјалну колизиону норму за одговорност произвођача је, без сваке сумње, оправдана. Наиме, примена општег решења из члана 3. Предлога, тј. примена права места наступања штете, може у овој материји довести до тога да за одговорност произвођача буде меродавно право чија је примена резултат пуке случајности. Са друге стране, норма која регулише ово питање, а која предвиђа примену права места редовног боравишта оштећеног (под условом да се производ налази на тржишту те државе уз пристанак произвођача), односно примену права места редовног боравишта произвођача (под условом да произвођач није дао овај пристанак), мада у складу са легитимним очекивањима странака, не штити довољно интересе слабије стране у супстанцијалној сфери. Боља заштита оштећеног би се могла постићи кроз пружање могућности овом лицу да бира између примене два наведена права. Реч је о решењу које има своје упориште у националним законодавствима одређеног броја европских држава и које би, без довођења штетника у знатно лошији положај, могло пружити заштиту и оним оштећенима који имају редовно боравиште у државама чији прописи предвиђају ниске стандарде одговорности произвођача.

Petar Đundić, Assistant
Novi Sad Faculty of Law

The Law Applicable to Product Liability and Proposal of a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non - Contractual Obligations (Rome II)

Abstract

This article is focused on the process of determining the law applicable to producer's liability and problems that can arise in relation with it. This is, at this moment, one of the most controversial and most important issues in the field of choice of law for torts or delicts. In July 2003, the European Commission published a proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non – contractual liability. This document also pays substantial attention to the issue of selecting the law which is to govern product liability. One of the questions that was posed before the Commission was: is it necessary that the special choice of law rule for product liability is included in the Regulation, or the sound results can also be achieved by application of general rule? The general choice of law rule (application of the law of the country in which the damage arises), stated in Article 3, could lead to fortuitous results in these kinds of cases, i.e. to the application of the law which doesn't have any real connection with parties or with the facts of the case. Furthermore, in product liability cases sometimes is hard to ascertain the place were the damage arises (this is especially the case with the damage inflicted to one's health, when the damage doesn't manifest itself immediately). Therefore, the decision to include the special choice of law rule for product liability was without doubt, the correct one. On the other hand, special choice of law rule for product liability (Article 4), which provides for application of the law of the country in which the person sustaining the damage (or in some cases the producer) has its habitual residence, although in accordance with legitimate expectations of both parties, fails to achieve the goal of protecting the interest of the party sustaining the damage, if this party has its habitual residence in the country with low standards of consumer's liability.

323.1(497.113)“18“

Др Љубомирка Кркљуш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

БЕСЕДЕ МИХАИЛА ПОЛИТА ДЕСАНЧИЋА У ХРВАТСКОМ САБОРУ

Сажетак: *Михаило Полит-Десанчић је био један од најистакнутијих српских политичара у Јужној Угарској у XIX веку, најближи сарадник Светозара Милетића, члан Српске народне слободоумне странке, касније вођа Либералне странке. У својој политичкој борби се залагао за равноправност народа у Хабзбуршкој монархији и решење српског националног питања. Био је посланик у Хрватском и Угарском сабору, где је држао запажене говоре, у којима је износио своје политичке погледе. Објавио је бројне написе о Источном питању.*

Кључне речи*: Михаило Полит-Десанчић, српско национално питање, Војводина, Српска народна слободоумна странка, Либерална странка, посланик у Хрватском сабору, Источно питање, Угарска, Аустрија, Нагодба.*

Михаило Полит Десанчић био је један од најистакнутијих српских политичара у Јужној Угарској у XIX веку. Савременик и саборац Светозара Милетића, мада годинама млађи, имао је исте политичке идеје и исте политичке циљеве. Били су сарадници у Српској народној слободоумној странци, дуго време јединој српској политичкој странци, која се борила за остварење националних права Срба у Хабзбуршкој монархији.

Михаило Полит-Десанчић рођен је у Новом Саду 1833. године, а умро у пустари у околини Темишвара 1920. године. Потекао је из угледне и имућне трговачке породице, која се у Нови Сад доселила из Цариграда.

Презимену свога оца – Полит, додао је и презиме мајке – Десанчић, која је потицала из веома старе породице, чије се порекло могло наводно пратити од XIV века. Гимназију је започео у Новом Саду, а довршио у Бечу. Као гимназисту га је подучавао Светозар Милетић. Полит је студирао право у Паризу и Бечу. Студије је завршио управо у време успостављања уставности у Хабзбуршкој монархији, те се одмах укључио у политички живот. Полит је 1861, 1864, 1867. и 1868. биран за посланика Хрватског сабора у Иришком округу. После Хрватско-угарске нагодбе 1868. године је напустио Загреб и Сабор и настанио се у Новом Саду, где је отворио адвокатску канцеларију. Васпоставивши везу са Милетићем, укључио се у Српску народну слободоумну странку и постао један од њених наијстакнутијих чланова. Као кандидат Српске народне слободоумне странке је после развојачења Војне границе 1873. изабран за посланика панчевачког среза у пештанском парламенту.[1] Мада су власти покушале да осујете Политов избор прекидом гласања, Полит је у поновљеним изборима победио великом већином. Посланик је био све до 1884. године. У то време се Народна странка нашла у кризи, те је Полит на изборима 1884. и 1887. године био поражен. Међутим 1906. године је поново изабран у Великој Кикинди 1906. године. За све то време, изузев 1911. године, био је и посланик народно-црквеног сабора у Сремским Карловцима.

Осамдесетих година је дошло и до промена у странци, њеног цепања и формирања нових страначких групација. Унутар Српске народне слободоумне странке, Полит је припадао њеном десном крилу, те се чак и сукобљавао са Милетићем. Није се успротивио акцији десног крила странке под вођством С. Касапиновића и Н. Максимовића и њиховом Кикиндском програму 1884. године. Како је расцеп странке бивао све дубљи, она се и коначно распала 1887. године, на Радикалну и Либералну странку, на чијем челу се нашао Полит. Био је и директор страначког органа *Браника*. Полит је био један од потпредседника Народносног конгреса који су у Будимпешти 1895. године сазвали политичари угњетених нација у Угарској. После почетка Првог светског рата Полит се склонио из Новог Сада. Након стварања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца проглашен је престанак рада Либералне странке, јер се сматрало да је стварањем заједничке државе њен политички задатак извршен. Полит је умро на имању своје кћерке у околини Темишвара 1920. године.[2]

---

[1] Андрија Раденић, *Срби у Хабсбуршкој монархији 1868-1878, Историја српског народа* V-2, Београд 1981, 179.

[2] Васа Стајић, *Новосадске биографије*, свеска 4, Нови Сад 1939, 98; Михаило Полит Десанчић, *Како сам свој век провео*, Београд 1925; *Покојници*, Нови Сад 1899; *Успомене из године 1848-1849*, Нови Сад 1889; *Како је то било у нас Срба у Буни године 1848*, Нови

Говорећи о најистакнутијим првацима Српске народне слободоумне странке, па према томе и политичког живота Срба у Јужној Угарској, Андрија Раденић издваја четворицу: Светозара Милетића, Михаила Полит-Десанчића, Јована Суботића и Јована Павловића. На другом месту је Михаило Полит-Десанчић, „...чији су парламентарни иступи и идеје на нивоу европског политичког прагматизма, нарочито уважавани у образованим срединама које су нагињале реалним, уствари помирљивим решењима. Мада га је понекад због опортунизма, нарочито у време сарадње у *Народу*, листу десних народњака, критиковао и сам Милетић, па се сукобљавао и са њим и са његовим следбеницима, Полит-Десанчић је ипак припадао кругу највреднијих и најцењенијих Милетићевих сарадника, па тиме и најзаслужнијих руководилаца странке. Његови говори у парламенту, проткани доказима правног стручњака, имали су такав одјек у јавности да је на пример Штросмајер, у писму Фрањи Рачком од 9. маја 1878. писао: „Један Полит више вриједи него наших 33 у Сабору мађарском".[3]

Доба у којем је био политички активан Михаило Полит-Десанчић било је време веома крупних догађаја у животу државе у којој је живео, њених покушаја да се одржи у старом облику, реформи и трансформација, што је подразумевало буран политички живот и интензивне политичке борбе, у првом реду за решење националног питања.

Време после угушења револуције 1849-1849. године и успостављања тзв. Баховог апсолутизма 1851. године било је време потпуног централизма и апсолутизма, када је политички живот у Монархији био потпуно замро.[4] Криза у Монархији, настала после пораза Аустрије у рату са Италијом код Мађенте и Солферина 1859. је довела до враћања уставности *Октобарском дипломом* 1860. године. *Октобарска диплома* је требало да обнови историјски федерализам у Монархији, који у суштини никада није ни постојао.[5] Укидање апсолутизма је довело и до извесног оживљавања по-

Сад 1996; Никола Милутиновић, *Милетић и Полит у борби за национални опстанак Срба у бившој Угарској*, Гласник Историјског друштва у Новом Саду, књ. 3, 1930, 449-458; Никола Петровић, *Светозар Милетић*, Нови Сад 1958; Никола Петровић, *Око Милетића и после њега*, Нови Сад 1964; Др Коста Милутиновић, *Фрањо Рачки и Михаило Полит-Десанчић, Студије из српске и хрватске историографије*, (у даљем тексту *Фрањо Рачки и Михаило Полит-Десанчић*) Нови Сад 1968, 93;

[3] Андрија Раденић, нав. дело, 167.

[4] Василије Крестић, *Срби у Хабзбуршкој монархији 1849-1868, Историја српског народа* V-2, Београд 1981, 109-135; Андрија Раденић, нав. дело, 153-222;

[5] A. J. P. Taylor, *Habsburška monarhija 1809-1918*, Zagreb 1990, 125-131.

литичког живота у свим земаљама Монархије, у којој тада почиње доба интензивних политичких борби за њено преуређење. Коначно решење је зависило од односа снага између Немаца и Мађара, владајућих нација у држави. Међутим, већ *Фебруарски патент* 1861. који је издат ради наводног тумачења *Октобарске дипломе* је уствари био рестаурирање централизоване државе. По *Октобарској дипломи* је требало да Угарска и Хрватска пошаљу своје представнике у Царевинско веће. Угарска је то одлучно одбила, позивајући се на законе од 1848, док се Хрватска колебала између Пеште и Беча. Тиме је почела борба у вези са положајем Угарске према Бечу, што се завршило Нагодбом 1867. године и дуалистичким преображајем Монархије.

Исте године када је издата *Октобарска доплома*, месеца децембра је укинуто Војводство Србија и Тамишки Банат, посебна административна област формирана царским *Патентом* 18. новембра 1849. Укидање и овог Војводства у којем Срби нису добили ни приближно оно за шта су се залагали у току револуције 1848-1849. године: националну равноправност и територијалну аутономију јасно је показало суштину лицемерне бечке политике. Почетком 1861. је у Милетићевом *Туцинданском чланку* наговештен један нови правац српске политике, покушај да се у заједно са Мађарима боре против аустријског централизма, и да се у споразуму са мађарским народом створи једна нова Војводина. Овај је чланак у српској политици значио један од камена међаша, када су они, раскидајући са старом политиком ступили у једно ново доба, различито од претходног.[6]

Априла 1861. године је у Сремским Карловцима одржан црквено-народни сабор, познат као Благовештенски. Сабор је требало да расправи и донесе одлуке о питању Војводине и начину на који ће се обезбедити даљи национални развитак српског народа.[7]

На сабору је владала потпуна једнодушност свих учесника у погледу основног циља: формирања посебне аутономне области, ради обезбеђења свог националног развитка. Међутим у погледу начина да се то оствари је дошло до разлика међу учесницима. Једна струја је сматрала да се циљ може постићи позивом на привилегије и ослонцем на Беч, док је друга група, либералних политичара желела да српско национално питање реши устав-

[6] Василије Крестић, нав. дело, 125.

[7] *Дјејанија изванредног српског народног сабора у Карловци од 21. Марта (2. Априла) до 8. (20) Априла 1861 држаног*, Карловци 1861; Јован Адамовић, *Привилегије српског народа у Угарској и рад Благовештенског сабора 1861*, Загреб 1902; Душан Ј. Поповић, *Срби у Војводини*, књига трећа, Нови Сад 1963; Јован Ђорђевић, *Радња Благовештенског сабора народа српског у Сремским Карловцима 1861*, Нови Сад 1861; Димитрије Кириловић, *Српски народни сабори*, Нови Сад 1937;

ним путем, уз помоћ угарског сабора, на основу природног и националног права. На њеном челу се налазио Светозар Милетић. У Сабору се оформила и једна средња струја, која се залагала за формирање Војводине на привилегијалним основима, која би се удружила с Троједном краљевином, и онда, заједно с њом, повела преговоре о закључењу новог државног уговора са Угарском. Сабор је истакао максималне захтеве: оснивање Српске војводине, са веома широком самоуправом.[8]

Закључци Благовештенског сабора нису оживотворени, а политички ставови који су тада формирани, остали су као трајни циљ у политичком животу Срба. Остале су разлике и у погледу преуређења Монархије и у погледу начина решавања Источног питања, које се у то време почело постављати, као и улоге Аустрије у том решењу. Са тим је у тесној вези био и однос према Србији и њеној улози у ослобођењу и уједињењу српског народа. Између конзервативно-клерикалне струје и представника грађанских кругова, либералних и демократских опредељења је долазило до супротности и борбе за водеће позиције у животу српског народа.[9]

После Аустро-угарске нагодбе 1867. су настали нови услови: државноправни, политички и економски. Када је увођењем дуализма дошло до поделе власти између Немаца и Мађара и неравноправног положаја свих других народа у Монархији, Милетић и његове присталице су повеле оштру опозициону борбу, уз снажну подршку српског народа. Она је вођена разним средствима, у српским листовима и публицистичким списима, и иступањима малобројних српских посланика у угарском парламенту. Остварење националне равноправности у држави уставним, парламентарним путем, у савезу са мађарским демократским снагама, на који је Милетић рачунао, се показало као илузија. Државно устројство је остало централистичко, а као владајућа доктрина се све више учвршћивало схватање о јединственом, мађарском политичком народу. Законом о црквено-школској аутономији и Законом о народностима 1868. године нису створени услови за националну равноправност у држави.

Међутим, у условима парламентарног устројства установљеног Нагодбом, услови за политички живот су ипак били повољнији. Либерални део српског грађанства, организован у Српску народну слободоумну странку, под вођством Светозара Милетића је развио веома живу делатност. Странка је формално основана у Великом Бечкереку, јануара 1869. године, када је донет и њен програм.[10] Мада сасвим малобројни, и не увек јед-

[8] Василије Крестић, нав. дело, 127-129.

[9] Исто, 133.

[10] Радош Љушић – Василије Крестић, Програми и статути српских политичких странака до 1918, Београд 1991, 21-28.

нодушни, српски посланици су деловали у угарском парламенту, говорима, интерпелацијама, приговорима, протестима и предлозима.[11] У таквим условима је политички деловао Михаило Полит-Десанчић.[12]

У овом раду ће бити речи о првом периоду Политове политичке делатности, времену када је био посланик у Хрватском сабору и беседама које је тамо одржао.

Своју политичку активност је Полит започео почетком шездесетих година, као посланик у Хрватском сабору. Након укидања Баховог апсолутизма, владу је формирао Антон Ритер фон Шмерлинг. Влада је сматрана за привремену и прелазну, те је то време названо Шмерлинговим провизоријумом, мада је влада потрајала пет година. У међувремену је *Октобарска диплома*, која је обећавала извесну децентрализацију била преиначена *Фебруарским патентом* 1861. године, по којем је требало да све земље, а не само аустријске, пошаљу своје представнике у Царевинско веће, чему су се противиле све мађарске странке. У то време је најутицајнија личност у Хрватској био Иван Мажуранић, од октобра 1861. године председник Хрватске дворске канцеларије. Полит-Десанчић је, пошто је промовисан за доктора правних наука на Универзитету у Бечу 19. марта 1861. године изабран за почасног великог бележника, а затим за тајника Банског стола у Загребу. После формирања Хрватске дворске канцеларије додељен је тамо на рад, у Одјелу за правосуђе. На ранију дужност се вратио после сукоба са шефом, те је у Загребу службовао од 1864. до 1867. године.[13]

Полит је изабран за посланика у Хрватском сабору као представник Сремске жупаније, и дошао у Сабор половином септембра 1861. године. Одмах је изабран за једног од секретара Сабора. У то време су из многих градова и жупанија стизале Хрватском сабору петиције да се подрже закључци Благовештенског сабора о обнављању Српске Војводине.[14] Чиње-

[11] Славко Гавриловић, *Срби у Хабсбуршкој монархији од краја XVII до средине XIX века*, Историја српског народа V-2, Београд 1981, 7-107; Василије Крестић, *Срби у Хабзбуршкој монархији 1848-1878*, Историја српског народа V-2, 109-150; Андрија Раденић, *Срби у Хабсбуршкој монархији 1868-1878*, Историја српског народа V-2, Београд 1981, 153-275;

[12] Полит је објавио бројне написе о националном питању и његовом решењу у Хабзбуршкој монархији и о источном питању: *Die orientalische Frage und ihre organische Lösung*, Wien 1862, *Ungarn und das Nationalitätenprinzip*, Ost und West 1861, No 72-73; *Das Integrität Ungarns und die Nationalitäten*, Ost und West, 1861, No 93-94.

[13] Коста Милутиновић, Фрањо Рачки и Михаило Полит-Десанчић , 93.

[14] Петиције су стизале из Новог сада, из сремске, вировитичке и загребачке жупаније.

ница да су закључци Благовештенског сабора подржани од градова и жупанија у Тројединој краљевини је примљена је у Војводини са одушевљењем. Тим поводом је Полит-Десанчић одржао свој први говор у Хрватском сабору 19. септембра 1961. године.[15] Овај први Политов говор је значајан првенствено по томе што је у њему изразио своје погледе о питању Војводине и националном питању.

На почетку свог говора је Полит изразио јасно ону дилему која се у то време постављала и пред Србе и пред Хрвате: какав ће став заузети према Бечу и према Мађарима. Нема сумње, рекао је Полит, да би аргументи који би били изложени против Угарске и Мађара ишли у прилог бечкој реакцији. Али истовремено се мора имати на уму да Срби и Хрвати немају избор. Не може се порећи да су Срби били спремни на споразум са Мађарима. Надали су се да ће Мађари, поучени искуствима последњих година, имати слуха за жеље Срба у погледу Војводине. Међутим, угарски сабор и одбор за питања народности су потпуно игнорисали жеље Срба у погледу Војводине. Напомиње да је сам имао прилике да се у контактима са мађарским званичницима у Пешти увери да они не само да нису спремни да прихвате Војводину, него не желе да размишљају ни о заокруживању жупанија по принципу народности.

Оно што обележава политику угарског сабора је свагдашње поистовећивање Угарске са „Мађарорсагом"[16]. Тиме се Мађарска ставља у исту раван као и оне државе, где генетичка и политичка народност значе исто, као нпр. Француска. Мађари неће да прихвате мисао да је Угарска у том погледу слична Швајцарској, где више генетичких нација чине политичку народност земље. Ако се Угарска сматра за мађарску државу, за земљу Мађара, онда је решење питања народности немогуће. Одбор за питања народности под руководством Етвеша не само да није решио питање народности, него се његов (Етвешов) елаборат може сматрати „као нека сатира" на питање народности, нарочито оно што се тиче Срба.

Уколико се угарски устав поткопава, то није кривица народности, већ оних који би желели да питање народности реше у духу „Мађарорсага". Срби су спремни на сарадњу са Мађарима, али постоји граница, преко које се не може ићи.

Срби су свесни, да Мађари неће својевољно дати Војводину. И поред тога, што Срби јасно истичу, да желе Војводину као саставни део Мађарске и не желе да иду у Царевинско веће (Reichsrat), али при свем томе

[15] Коста Милутиновић, *Фрањо Рачки и Михаило Полит-Десанчић*, 94; *Све досадање беседе дра Мих. Полита-Десанчића са повесничким цртама из српске политичне борбе од год. 1861-1883*, У Новом Саду 1883, 17-21 (у даљем тексту: *Беседе*)

[16] Magyarország - Мађарска

није се чуо ниједан мађарски глас, који би поменуо Војводину. Под таквим околностима је разумљиво, да би Срби примили Војводину, ма и од Беча. „Мађари нису се устручавали за правно признати утеловљење Војводине[17], ма да је то по њиховом схваћању ‚неуставан' краљ једнострано учинио, зато би морали и једнострано конституирану Војводину прихватити".

Полит је у овој беседи поменуо и критиковао један став, једну доктрину, која ће постојати трајно у основи мађарске политике према народностима – доктрину о једном политичком народу.[18]

Због тога апелује на Сабор да подржи жеље Срба у вези са Војводином, представком краљу. Тиме би се створио повољан утисак код Срба и отклонило неповерење које постоји међу Србима и Хрватима. Хрватски сабор ову Политову иницијативу није прихватио, већ је питање Војводине одложено.

На овом заседању Хрватског сабора, који се, с обзиром на значајне одлуке које је донео обично назива Велики, било је одлучивано и о називу народног језика у Тројединој краљевини. О томе је било различитих предлога, да се језик назове хрватско-српски, хрватски или српски, али је Сабор усвојио предлог да се језик назове југословенски: „Језик југославенски Троједне Краљевине изјављује се овим за савколики опсег Троједне Краљевине за једино и искључиво службени језик у свих струках јавног живота". Владар је одбио да потврди тај закључак, а канцелар Иван Мажуранић је већ следеће године поништио ову одлуку и донео нову, да се народни језик на територији Троједне краљевине назове само хрватски.[19] Полит-Десанчић је узео учешћа у овој расправи о језику, противећи се предлогу да се језик назове југословенски, јер се језик никад не назива по географским појмовима, што је он образложио на следећи начин: „Ако би се, дакле, језик по областима називао, онда би се на крају морао називати

[17] Укидање Војводства Србије и Тамишког Баната и реинкорпорисање њеног највећег дела у Краљевину Угарску.

[18] Мада се овај став у мађарској политици формирао још раније, њега је теоријски уобличио и у својој потоњој политици доследно примењивао Јожеф Етвеш (Eötvös József) У својој студији *Утицај владајућих идеја XIX века на државу*, објављеној у Бечу 1851. године, он је обновио стару феудалну дефиницију нације као владајуће класе. Суверенитет у држави припада владајућем народу, што је у Краљевини Угарској мађарски народ, док остали народи имају само право на културну аутономију. (Милорад Екмечић, *Огледи из историје*, Београд 1999, 127; Петер Рокаи, Золтан Ђере, Тибор Пал, Александар Касаш, *Историја Мађара*, Clio 2002, (у даљем тексту *Историја Мађара*) 421, 498; A. J. P. Taylor, нав. дело, 36, 67-68. О Етвешовој концепцији националног питања је Полит објавио расправу *Magyarische Anschauung der Nationalitätenfrage* у којој је критички анализирао Етвешове ставове у часопису *Ost und West*, Nr. 165, 1861.

[19] Dr Jaroslav Šidak, Dr Mirjana Gros, Dr Igor Karaman, Dragovan Šepić, *Povijest hrvatskog naroda g. 1860-1914*, Zagreb 1968, (у даљем тексту, *Povijest hrvatskog naroda*), 23.

по срезовима, а напослетку и по улицама. Језик се може називати само по народу." Предложио је да се језик назове хрватско-српским.[20]

И Хрватски и Угарски сабор су распуштени 1861. године, јер нису послали своје представнике у Царевинско веће, не прихватајући ограничења децентрализације уведене *Октобарском дипломом*, која су спроведена *Фебруарским патентом*. Одмах после тога, сви су чиновници дали оставке, те је влада морала именовати нове.

После *Октобарске дипломе* је у Угарској била успостављена Угарска дворска канцеларија. У вези са Хрватском, с обзиром на то да њен положај према Угарској и Аустрији још није био утврђен, формиран је провизорни врховни орган под именом Хрватско-славонска дворска дикастерија, под председништвом Ивана Мажуранића. Пошто је Хрватски сабор 1861. године прогласио потпуну независност од Угарске, установљена је независна урава за Хрватску и Славонију, под називом Хрватско-славонска дворска канцеларија, а Иван Мажуранић је постао дворски канцелар. Полит је као секретар Банског стола био додељен Хрватској дворској канцеларији, где је службовао две године. Услед несугасица са својим претпостављеним, Ливијем Радивојевићем, замолио је премештај у Загреб, где је боравио од 1864. до 1867. године.

У ово време борби за коначно решење односâ у Монархији, Срби су покушавали да добију признање одлука Благовештенског сабора, на различите начине. Многе општине из Угарске и Троједне краљевине су упућивале молбе владаоцу да се питање Војводине реши, али о томе није била донета никаква одлука. Било је очигледно да Беч у то време борби између двора и Мађара неће начинити ниједан потез којим би се замерио Мађарима.

Како су се односи све више заоштравали, бечка влада је покушала поново да постигне поравнање са Мађарима. Године 1865. је било време избора за хрватски и угарски сабор. На тим изборима је Полит-Десанчић изабран за посланика у Хрватски сабор у Иришком срезу.[21] Сабор се састао 12. новембра 1865. У овом Сабору су Полит и други сремски посланици били уз тзв. унионистичку струју, која је сматрала да се може наћи решење у споразуму и заједници са Мађарима.[22]

Мада су били уз ову струју, сремски посланици су сматрали да је она сувише наглашавала пријатељство са Угарском. У дебати поводом ад-

[20] Коста Милутиновић, Фрањо Рачки и Михаило Полит-Десанчић , 96.
[21] *Беседе*, 27, Коста Милутиновић, *Фрањо Рачки и Михаило Полит-Десанчић* , 98.
[22] *Povijest hrvatskog naroda*, 28.

ресе унионистичког клуба 22. јануара 1866. је Полит одржао дужи говор, у којем је било речи о Источном питању.[23] Он се приволео тешњем савезу са Мађарима јер је сматрао да ће они, када извојују самосталност од Аустрије, потпомагати тежње источних народа за ослобођење. То је могло да се изведе из Кошутовог пројекта Дунавске федерације.[24]

Полит је на самом почетку свога говора истакао: „Господо! Ми наш положај не смемо схватити посебице, него у савезу с оним великим европским питањем, од којега наша лепша будућност зависи, а то је источно питање. Ово је питање главно питање за нас, у овом се питању морају све жеље, све тежње и сви напори свакога правог Србина и Хрвата усредсредити." Он сматра да угарско-хрватско питање стоји у вези са Источним питањем. Овај став постаје разумљив ако се увиди да Аустрија и Турска представљају државе, које у постојећим европским односима обезбеђују равнотежу. „Шта је постанак Аустрије? Ништа друго него дефанзиван савез народа европскога истока против навали османској. Да је тај савез пре битке косовске учињен или нешто после битке мохачке, Аустрије може бити неби било. Како је навала османска престала, таки се види тежња Угарске и троједне Краљевине, да у свој наравски пређашњи положај ступе, ограничивши свезу с Аустријом на чисту персоналну унију. Али Аустрија тога никада хтела није, него је свагда хтела Угарску и Троједну Краљевину провинцијама аустријским начинити. Отуда оне велике побуне у Угарској, отуда тристагодишња борба сабора угарског са бечком владом.

Ова борба тек нађе дочетак свој у законима угарским од године 1848. Ти закони ставише Угарску у наравни положај спрам Аустрије; ти закони ставише Угарску у положај, који јој иде у читавом европском истоку.

Зато Мађари никада, па баш никада од тих закона отступити неће и не могу, јер би се тим пореметила логика повеснице. Аустрија то дубоко осећа, па се тим законима из све снаге противи, зато је издала диплому октобарску и патент фебруарски, али јој то све не користи."

Даље Полит истиче, да је огроман корак у Источном питању била одлука Париског мировног уговора 1856. године, после Кримског рата,

[23] *Беседе*, 30-37.

[24] *Историја Мађара,* 462; A. J. P. Taylor, нав. дело, 151-152. Полит је сматрао да је Источно питање од судбоносне важности за српски народ. По његовом мишљењу, које се у томе разликовало од Милетићевог, решење Источног питања је у највећој мери зависило од односа између европских великих сила. Посебна улога у решењу Источног питања је припадала по његовом мишљењу Русији. Објавио је бројне написе о Источном питању у *Српском дневнику, Застави, Бранику,* у страним часописима *Ost und West, Augsburger Zeitung, Revue de deux Mondes, Nord.*

која је гарантовала целокупност Турске. Мада то може изгледати као парадокс, она то ипак није. Та одлука уствари значи гарантију неутралности земаља Балканског полуострва. Париски уговор је обезбедио њихова права и тиме прокрчио пут, да ове земље постану баштина оних народа, који у њима живе. Под заштитом Европе и гарантованом неутралности ових земаља, ништа не стоји на путу европској равнотежи, да се по примеру Србије и Грчке и други хришћански народи ослободе од турског јарма. Ови народи морају као мале државе ступити у савез. На том путу не сме бити јаке државе, јер то захтева европска равнотежа. Те земље морају бити неутралне, и за Исток Европе постати оно, што је Швајцарска за запад Европе. „Ја се опет враћам на то источно питање", наставио је Полит. „Ово питање стоји у савезу са угарско-хрватским питањем, јер се не да другачије решити него тим начином, да се конфедерација народа европског истока створи. Та се конфедерација не може створити, док је Аустрија у положају, у којем је сада. Док Угарска и троједна краљевина не ступе у чисту персоналну унију са Аустријом, дотле се мора решење источнога питања одгодити. [...] Угарска и Троједна Краљевина морају пропагирати слободан уставан, муниципалан живот на читавом европском истоку; оне морају кад тад у какав такав одношај спрам те конфедерације народа ступити, а то не може другачије бити, него кад свој положај спрам Аустрије сведу на чисту персоналну унију". Он истиче да из тих разлога пледира за савез са Угарском, ма колико то тугаљиво звучало, нарочито за једног Србина, с обзиром на годину 1848. Када се помене та година, онда се сваки Србин сети стотина Срба који су погинули на губилиштима, хиљада породица, које су страдале у таласима Дунава и Тисе, изгорелих села и градова. Он нарочито истиче да година 1848. није била реакција, као што се у хрватској сабornици чује. „Год. 1848. није дело реакције, него је дело правог народног напора и одушевљења, и зато мора бити година 1848. за нас исходиште интернационалног одношаја спрам Угарске." Што се Хрватске тиче, њу Угарска није никад покорила, него је Хрватска слободном вољом ступила са њом у савез, мада се услови тог савеза не могу историјским чињеницама доказати. Зато је 1848. Хрватска са Угарском могла ступити само у међународни однос. Међутим, у ово време прека нужда нагони да се са Угарском ступи у што тешњу везу, баш с обзиром на будућност. Међутим, он је уверен да Угарска неће никад прихватити чланак 42 Сабора од 1861.[25] Најважније је да угарски сабор начини

[25] Законским чланком XLII од 1861. је истакнуто да је 1848. године раскинута пријашња државноправна веза Хрватске са Угарском и проглашено да је Хрватска према Угарској потпуно самостална и независна, а између Хрватске и Угарске постоји само једна веза - заједнички владар, тј. персонална унија. Овај законски чланак је краљ санкционисао. (Ferdo

фронт према Бечу. То је ствар важна за цео европски исток, те стога треба да Хрватска и Славонија пошаљу заступнике у угарски Сабор.

Троједна Краљевина треба да буде заступана у угарском Сабору и заједно са Ердељом и Угарском решава она питања која се односе на обавезе према Бечу у новцу и војсци. Све остало би спадало у аутономију Троједне Краљевине. Ако Угарска добије своје министарство, онда и Хрватска мора добити своју владу, одговорну сабору. По његовом мишљењу, то је једино решење угарско-хрватског односа према Аустрији и према читавом европском истоку. Полит је, као што из овог његовог говора произлази, у то време још имао илузија де се горуће национално питање може решити у оквиру Угарске.

Хрватски сабор је на овом заседању донео одлуку о формирању депутације, која ће са сличном депутацијом угарског сабора преговарати о условима савеза међу њима. Те две „регниколарне депутације" је требало да се састану у Пешти ради договора о „нагоди", поравнању између Угарске у Хрватске. У ту сврху је сабор требало да однесе упутство за депутацију, „напутак". У сабору је о садржини упутства вођена дебата, почетком марта 1866, у којој је учествовао и Полит. У свом говору, одржаном 6. марта 1866. он је изнео своје погледе о неким путевима решавања нациналног питања у Монархији, односно о предлозима за њено другачије устројство.[26] Полит сматра да је федерација у Аустрији немогућа. За федерацију су само Чеси и Хрвати. Ни Чеси ни Хрвати, пак, немају снаге да сруше немачки централизам и апсолутизам. У Аустрији снаге за то има само Угарска, а напосе мађарски народ. Средство боље будућнсти за Чехе и све Словене у Аустрији је дуализам, који ће прокрчити пут регенерацији читавог европског истока. Он напомиње да многи сматрају да би дуализам значио господство Мађара с једне, а Немаца с друге стране. Истиче да Мађарима већа опасност прети од Немаца него од Словена. Полит сматра да они Мађари, који добро схватају своје интересе, ме могу у решењу источног питања видети опасност по свој народ. Он је уверен да Мађари већ виде и да ће то све више увиђати, да је њихова судбина скопчана са европским истоком. Мађари су источни народ, а Угарска источна држава, по историји и по целокупном свом државном животу. У савезу са Немцима би они на западу имали последњу улогу, а на Истоку могу да играју први. Према томе, закључује Полит; „Троједна Краљевина не може имати с Бечом никаква посла за себе, ако неће да своју будућност жртвује, него га може имати само у солидарности, штавише у јединству с

Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja u XIX. i XX. vijeku*, Zagreb 1956, 108-109)

[26] *Беседе*, 38-44.

Угарском [...] Зато желим, да се сва питања, која прелазе нашу автономију, решавају на угарском сабору, где бечка влада не може никад имати измајсторисане већине, дочим јој је на хрватском сабору измајсторисана већина увек осигурана. [...] Останимо дакле чврсто на нашем гледишту и држимо се солидарности с Угарском, јер без тога нам нема спасења. У овој великој кризи европскога истока Троједна Краљевина има да бира: хоће ли да вегетира као аустријска провинција, или да себи у скупу с Угарском прокрчи пут лепшој будућности на европском истоку."[27]. У овом Политовом говору видљиво је уверење да је угарско питање у тесној вези са Источним питањем и да је слобода источних народа у мађарском интересу. Међутим, наде и планови са којима је хрватска регниколарна депутација дошла у Пешту били су брзо распршени, те до споразума није дошло.

Решење односа између Угарске и Аустрије и њихове дуготрајне кризе убрзали су спољашњи догађаји: пораз Аустрије у рату са Пруском 1866. године је у толикој мери изменио положај Аустрије у Европи и њену снагу, да је неминован исход била њена унутрашња реорганизација: поравнање са Угарском и увођење дуализма.[28] После аустријског пораза, у предвечерје увођења дуализма, однос Мађара према Хрватима, као и према другим народима се изменио, те је Хрватски сабор формулисао адресу у којој је изразио своје ставове о новој ситуацији. Адреса је наглашавала што већу самосталност Хрватске, којој може бити места у оквиру укупне Монархије, усвајајући тако федералистичко начело.[29]

Полит је узео учешћа у дебати поводом ове адресе, говором који је одржао 5. децембра 1866. године.[30] Он пребацује ауторима адресе да уствари предложеним решењима граде Аустрију, желећи да установе централни орган Аустрије. Упоредио је то са настојањем да се поправи кров на кући, чији се темељи руше, уместо да се њени становници спасавају. Битка код Краљева града[31] је „катастрофа у повесници света". Покопано је тзв. Свето римско царство, немачког народа, лаж, савез кнежева против народа, чија је душа била Аустрија. Пораз је великој Немачкој дао нови стожер - Пруску, која има будућност.

С друге стране, европски исток жели да се еманципује. Последице Мохачке битне налазе свој довршетак у бици код Краљевог града. Истиснута из Немачке, Аустрија постаје подунавска држава. О преустројењу

[27] *Беседе*, 38-44.

[28] A. J. P. Taylor, нав. дело, 153-167; *Историја Мађара*, 464-465.

[29] Ferdo Čulinović, нав. дело, 113-114; *Povijest hrvatskog naroda,* 29-30.

[30] *Беседе*, 49-61.

[31] Hradec Králové, Königgrätz, град у Чешкој, у чијој се околини налази Садова, место где је 1866. аустријска војска поражена од пруске.

садашње Аустрије не може бити говора. На којим би се основима она могла преуредити: централизма, федерације или дуализма? Федерација би значила извесну консолидацију Аустрије, те би при решавању Источног питања она дала повода западу, да Румунију и Србију придружи Аустрији, против чега би се Срби борили свом својом снагом. Он сматра да ни родољубиви Хрвати не могу бити за федерализацију Аустрије. Они не могу оделити своју судбину од судбине Срба, јер ако би то учинили, постали би мађарске пришипетље. Преостаје дакле још дуализам. Што се Мађара тиче, они се неће мешати у уређење друге половине царевине, јер желе само да устроје своју државу на основи закона од 1848. године, тј. да устроје самосталну угарску државу.

О преустројењу Аустрије као подунавске државе одлучиваће спољне околности. Источно питање је дошло до оног ступња, да се његово решење неће моћи одлагати још дуго. Порта неће моћи још дуго гушити европско јавно мнење да је Турска аномалија међу европским државама, и она не може Грчку, Србију и Румунију више учинити турским пашалуцима. Оне се неће моћи саме изборити против Турске, али ће припомоћи да се она обори. Није двојбено, којој велесили распад Турске иде највише у прилог. То је она словенска велесила, у коју су упрте очи свих Словена. То није садашња Русија, него Русија каква може бити и каква ће бити. Стога је источно питање за Русију од велике важности.

Решење питање устројства Аустрије Полит види са гледишта народности. „Начело народности одржало је победу у Италији, ово начело ће да преустрои Немачку, те је преостало још, да преустрији исток. Изгледа, господо, као да има само један народ на истоку, који ће да се томе противи, да се исток по начелу народности преустрои, а тај народ су Мађари". Катастрофа код Краљевог града променила је и положај Мађара према Србима и Хрватима. Он одбија неке оптужбе да Срби из неке симпатије према Мађарима желе савез с Мађарима и тиме Троједну Краљевину баце у мађарско ждрело. Уколико је таквих предлога било, они су имали за сврху једино своју будућност на истоку. „Можда смо се у обзиру тог савеза мађарског преварили, али нам се тај грех може опростити, кад се на ум узме, да су нам намере чисте биле. Ми ценисмо, да ће Мађари преображење и препорођење истока у својој важности у свој својој величини појмити, и да ће они свом својом снагом прионути, да у неком обзиру и иницијативу приме. Ми смо држали, да ће изведење закона од 1848. год. прекрјати и свладати моћ оне бечке владе, која нашем развитку на истоку свуда велике препреке чињаше, и која са Турчином противу Хришћана у савезу стајаше [...] Ако су Мађари свесни свога положаја, то би морали

појмити, да им друге будућности нема, него у савезу са осталим народима на истоку."[32]

У овом Политовом говору је јасно дошло до израза разочарање у наде које су полагане у савез са Мађарима. Он је наглашено истакао важност Источног питања за српски и хрватски народ због промена у положају Аустрије након пораза код Садове и губитка њеног водећег положаја у Немачком савезу. Међутим, он и даље сматра да је овај савез са Мађарима неминован, јер представља одбрамбени савез према трећему, према бечком централизму

Хрватски сабор није био спреман да прихвати онакав положај какав је за Хрватску био предвиђен у току припрема Нагодбе. Због тога је у сагласности са Мађарима бечка влада донела одлуку о распуштању сабора, те је сабор распуштен 25. маја 1867. Бан Шокчевић, аустријски генерал је дао оставку, а за банског намесника је именован барон Левин Раух, са изричитим задатком да спроведе Нагодбу.[33] Избори за нови сабор су одржани по новом изборном реду, октроисаном 20. октобра 1867, који је требало да обезбеди такав састав сабора, који ће прихватити поравнање са Угарском. Захваљујући његовим одредбама је Народна странка претрпела пораз, те је у читавој Хрватској и Славонији изабрано само 14 народњака, а од тога у Сремској жупанији пет, међу којима је био и Полит.[34] Већина ових посланика се у знак протеста због незаконитости избора сабора повукла из њега, јануара 1867. [35]

Овим је завршена Политова делатност као посланика у Хрватском сабору.

[32] *Беседе*, 49-61.
[33] *Povijest hrvatskog naroda*, 30, 36.
[34] *Беседе*, 63.
[35] *Povijest hrvatskog naroda*, 36.

Ljubomirka Krkljuš, Ph.D., Full Professor
The Novi Sad Faculty of Law

Discourses of Mihailo Polit Desančić in the Croatian Parliament

Abstract

Mihailo Polit Desančić was one of the most remarkable Serbian politicians in the South Hungary of the XIX century and also the contemporary and a comrade- in- arms with Svetozar Miletić , a member of the Serbian National Liberal Party and then after the leader of the Liberal Party. In his political struggle he pleaded for the equality of all nations in the Hapsburg monarchy and for the settlement of the Serbian national status. He was born in Novi Sad in a well-off, middle class family and studied Law in Paris and Vienna. He held the position of a deputy in Croatian and Hungarian parliaments where he gave remarkable speeches in which he disclosed his political views. He published quite a number of articles on the Eastern issue. He got actively involved in political life after the abolition of the Bach's absolutism and the establishment of Constitution in the Monarchy. In the region of Srem, he was elected for the deputy in Croatian and then after the Hungarian Parliament. Polit was politically active during the most turbulent times of change and transformation in the Habsburgh monarchy, i.e. during the period after the abolishment of absolutism, when the Monarchy lost its leading position in the German Alliance the Deal with Hungary. In his speeches, that were highly appreciated not only for their political content but for professional, legal interpretation as well. Polit pleaded for national rights in the Habsburgh monarchy, i.e. Hungary, paying particular attention to the Eastern issue which he saw as the issue of the utmost importance not only for the Serbs and other nations in the Monarchy and in Hungary, but also for the Hungary itself.

This paper contains the review of Polit's most important speeches given in the Croatian Parliament.

342.34(4-664)

Др Павле Б. Јовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ОСНОВНИ СМИСАО ПОСТКОМУНИСТИЧКЕ ТРАНЗИЦИЈЕ У ДЕМОКРАТИЈУ И ТРЖИШНУ ПРИВРЕДУ

Сажетак: *Чланак испитује сложене опште аспекте посткомунистичке транзиције. Концепт транзиције из ауторитарног у демократски поредак развијен је седамдесетих година прошлог столећа, након дуге превласти социологистичког и економистичког, односно системског редуковања политичких процеса на епифеноменални ниво. Овај концепт, у тесној вези са истодобним политичким променама у Јужној Европи (Шпанија, Португалија, Грчка) и мање упечатљиво у Јужној Америци – касније је у основи само проширен на посткомунистичку транизицију након 1989. године.*

Оно што је, по мишљењу аутора, овде битно јесте по мало парадоксална околност да исто друштво може у једном тренутку бити и аутократско и демократско, односно то да ли ће бити једно или друго зависи од политичког избора у широком смислу. Овај увид који аутор широко образлаже и анализира, указује на саму могућност посткомунистичке транзиције. Уједно, он знатно редукује основаност различитих скептични судова о исходима овог процеса. Наравно, демократија се не може развити ни брзо ни лако, као ни тржишна (капиталистичка) привреда, а исто важи и за реконструкцију или конструкцију модерне (правне) државе. Но је у неку руку довољно да се започну процеси у том правцу, а то је, опет, неизбежно с (брзом) разградњом комунистичког система.

Два су основна упоришта ове могућности. Једно је то што је комунистички систем – на страну епохалне, чак миленаристичке црте његове идеологије – био пројекат модернизације одговарајућих друштава, у чему је донео значајне резултате. На други указује својевремена теза о конвергенцији «система». У овом контексту постоји још један важан моменат: све већа економска и културна интеграција комунистичких земаља у глобалне токове (под хегемонијом противног система).

Аутор анализира главне карактеристике два основна облика посткомунистичке транизиције – транзиције у демократију и транзиције у тржишну привреду, њихове везе, међусобне условљености и ограничења. Уз то, овим двема често се придружује и «трећа» транзиција: промена оквира политичке заједнице, или појава нових националних држава уместо три федерације које су створили комунисти. Аутор пажљиво анализира корене, особености и могуће домете ове «треће» транзиције.

У вези с њом, али и са првим двема, он говори о промењеним врло повољним међународним околностима које, уводећи европски део ових земаља у евроатлантске интеграције, у друштво земаља богатог и стабилног Запада, заснивају ону врсту државног циља и подлогу за демократски консенсус који су, на овом тлу, праткично без преседана.

Кључне речи: *Транзиција, посткомунистичка транзиција, демократија, тржишна привреда, протодржава и национална држава, процеси модернизације.*

1. Појам демократске транзиције изгледа да је релативно нов. Као што то понекад бива, сама ријеч *транзиција* (на latinskom *transitio, ionis* значи прилаз) нашла се овдје у једној полемичкој функцији. Чини се, наиме, да је схватање транзиције као, значи, прилаза из недемократског у демократски поредак, развијено седамдесетих година прошлог вијека против тада владајућег социологистичког (или чак економистичког) одвећ крутог везивања демократских установа, и саме могућности демократије, за социјалну (у смислу модернизације) развијеност, за економску снагу (мјерену економском структуром или укупним, монетизованим, per capita дохотком/производом), те најзад за присуство одређене културе, односно одређене политичке културе.[1] Томе, дакле, насупрот, као један од пионира

[1] V. D. A. Rustow, *Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model.* Comparative Politics 3/1970, pp. 337-363, pos. 338-339.

промјене, или бар промјене нагласака, иступио је D. A. Rustow 1970 са анализом демократске транзиције као *политичког процеса*, о чијем исходу суде дјела политичких актера, припадника више или мање повезане политичке елите или политичких елита.[2] Не спорећи општи значај социјалних, економских и културних момената он је политички процес демократске транзиције изоловао у односу на њихово непосредно дјеловање јасно раздвојивши услове успостављања демократије од услова њеног одржања.[3]

Појава оваквог приступа тешко да је била случајна. Као што његово поријекло не треба тражити само у академској дијалектици и „повратку клатна", тј. у отпору према социолошком и економском детерминизму који је онда, и у марксизму и у немарксистичкој друштвеној науци, у тој мјери завладао[4] да је политику претворио у један пуки епифеномен. Било је то уједно и вријеме „топљења леда", почетак или бар наслућивање деблокаде оног „блокираног друштва", констелације која се учврстила послије Другог свјетског рата и током Хладног рата, и неко вријеме изгледала као вјечна. Прилаз из аутократије у демократију већ се могао у неким друштвима-државама ставити на дневни ред, и стављен је, у Јужној Европи и Јужној Америци. Тада још нико није помишљао на аналогну транзицију комунистичког свијета. И прије ће се транзитологија силно развила, а с њом таман процвјетала. Изазивајући на крају, и она са своје стране, критике због једностраности и претјеривања, свакако у ономе што јој је једном била предност.[5]

Транзиције које су се намножиле и коначно претвориле у један велики „талас"[6] демократизације могу бити доведене у везу са овим или оним

[2] Ibid., pp. 354-361.

[3] Ibid., pp. 339-342.

[4] Не одбацујући без призива сва сложена објашњења/условљавања демократије - социоекономско (Lipset), психолошко-културно (Almond, Verba) и структурно (Friedrich) - Rustow каже да економизам у америчкој науци /тога времена - П. Ј. / превазилази све што је на ту тему виђено у марксизму, као што истиче да је однос политичке праксе и политичке културе управо обрнут од онога на коме своје тезе граде Almond и Verba (op.cit., 344-345). Упркос полемичком набоју код Rustowa, примјетимо да су оба ова приступа заснована. При томе, за њихово координирање није довољно поменуто разликовање услова успостављања демократије од услова њеног одржања. Потребно је укључити и неке категорије „свјетскосистемске" анализе, односно унутрашње противрјечности модерног развитка.

[5] Cf. H. J. Wiarda, Southern Europe, Eastern Europe, and Comparative Politics: *„Transitology" and the Need for New Theory.* East European Politics and Societies, Vol.15, No.3 (2001), pp. 485-501.

[6] V. S. P.Huntington, *The Third Wave, Democratization in the Late Twentieth Century,* Norman and London 1991, pos. pp. 114-110. Cf. i R. Doorenspleet, *Reassessing the Three Waves of Democratization,* World Politics 52 (October 2000), pp. 385-406, kao i R.A. Dahl, *The Shifting*

социјалним, економским или културним промјенама[7], то је ван спора, као што се може говорити и о кризи аутократије, о њеној погубној затворености и конзервативности, или о њеној излишности. И таква могућност је ван спора. Међутим, оно што бих хтио овдје да нагласим нешто је друго.

Остављајући по страни значајне и утицајне историјске моменте који су поставили сцену за све ове прелазе и читав овај талас, идеја демократске транзиције подразумијева да једно те исто друштво (исто у смислу идентитета, исто у културном, социјалном и економском смислу) може имати и аутократски и демократски политички режим, то јест да је питање политичког режима питање *избора*, или политичке *одлуке* или, у крајњој линији, једног политичког процеса. Тиме је, наравно, на велика врата враћен у социјалну историју субјективни моменат, а с њим се провукла и могућност за једну специфичну социјалну инжењерију.

Да ли тако колосална улога политичких актера ипак тражи неке „објективне" претпоставке, то јест да ли зна за неке границе?[8] Транзиције у поменутом смислу не може бити без државе-нације, без политичке заједнице чији припадници јесу (или могу бити) равноправни грађани. Нити је може бити без извјесног степена модернизације, дакле у неком традиционалном друштву (ако такво још постоји). Међутим, такве ствари се могу мирне душе апстраховати. Просто зато што се (модерна) аутократска владавина успоставља по правилу у држави-нацији, и што по правилу подржава неки модернизирајући пројекат, било као продужено ванредно стање (уведено због опасности од „радикалних" елемената и опште сигурности), било као национална авангарда (у земљама тзв.Трећег свијета), било као историјска авангарда (комунисти). Дакле, „објективне" претпоставке су, при оваквом погледу на ствари, у дубокој позадини. Уосталом,

Boundaries of Democratic Government, Social Research Vol. 66, No.3 (1999), pp. 915-931. Критикујући Huntingtona A. Przeworski каже да како се год талас демократизације кретао, мора постојати и кретање у супротном смјеру - само то има смисла. (U A. Przeworski, M. E. Alvarez, J. A. Cheibub and F. Limongi, *Democracy and Development. Political Institutions and Well-Being in the World 1950-1990.* Cambridge-New York-Melbourne-Madrid 2000, pp. 40-47.)

[7] Cf. L.W. Pye, Democracy and Its Enemies, u J.F Hollifield and C.Jillson (eds.), *Pathways to Democracy. The Political Economy of Democratic Transition.* New York-London 2000, pp. 27-36 .

[8] Овдје се може поставити и познато питање „прага", тј. једног нивоа економског развитка испод кога је демократија тешко замислива и ријетко одржива - изнад кога, пак, утицај економског развитка није толико значајан. Cf. Huntington, op.cit, pp. 60-63; E. N. Muller, *Economic Determinants of Democracy* у M. I. Midlarsky (ed.), *Inequality, Democracy and Economic Development,* Cambridge 1997, pp. 133-153; Код Przeworskog, Alvareza, Cheibuba и Limongija „тачка прелома" односно поменути „праг" фискиран је на 3000 US$ per capita годишњег дохотка, према вриједности из 2000. године (*op. cit.*, pp. 163-166).

ако је једна Индија могла након 1947. развијати демократију, ако су јој могле крајем XVIII. вијека положити основе Сједињене Државе, пољопривредна земља с националним дохотком неке данашње афричке државе, тада је тешко наћи заједницу (државу-нацију) којој је она из „објективних" разлога недоступна.[9]

Није при томе спорно о каквој је демократији ту ријеч. То је она демократија која се развила на Западу током посљедња два или три стољећа. Крај све њене сложености, овдје бих само да нагласим два важна момента. Прво, ова демократија није плод пројекта већ комплексног и противрјечног искуства. Њени извори нијесу хомогени[10], напротив, те се у њеним оквирима обнављају бројне напетости, што је понекад угрожава, али јој за узврат доноси способност развитка и виталност. Друго, упркос институционалној разноврсности и значајним разликама у политичкој пракси постоје неке, малобројне и углавном непријепорне, ознаке демократског режима. Колико се може видјети оне су неразлучиве од слободне тржишне привреде (и капитализма), те одговарајућег друштва грађана и њихових удружења. Ту постоји нека „органска" веза, која се доима као нераскидива. Тако да се чини да је, под осталим преовлађујућим претпоставкама модерног друштва, ова демократија најлакши избор, који као „природан" избор не тражи посебно оправдање, за разлику од сваког другог (аутократског) избора.

2. Протагонисте демократске транзиције (и њихове супарнике) затичемо у једној сложеној стратешкој интеракцији, испрва закулисној, потом јавној. Сложеност те игре и повремени пораст напетости не смију засјенити чињеницу да је исход на неки начин дат. Наравно да он није дат у појединостима и у временским секвенцама, већ у једном општем смислу. Не само што је број могућности врло сужен већ су оне на неки начин и повезане. Мислим на овај слијед: транзиција почиње у „зрело доба" аутократског поретка, који је исцрпљен, у продуженој и (вјероватно) завршној кризи - његов опстанак гута све више ресурса и на дужи рок просто је неодржив; за већину актера демократизација је „природно" иако не подједнако пожељно рјешење; основно је питање тада како извести то „приземљење" без веће хаварије, како интегрисати/изоловати тврдокорне бра-

[9] Cf. V. Bunce, *The Political Economy of Postsocialism,* Slavic Review, Vol. 58, No. 4 (Winter 1999), pp. 757-793.

[10] V. G. O'Donnell, Horizontal Accountability in New Democracies u A.Schedler, L. Diamond and M.F.Plattner (eds.), The Self-restraining State. Power and Accountability in New Democracies, Boulder-London 1999, pp. 30-36.

нитеље постојећег, како избјећи њихову можда очајничку реакцију, односно како умјерити радикалне и осветољубиве опоненте режиму и сл.[11]

Природа овога процеса је таква да он не траје дуго. Вријеме се ту броји у недјељама и мјесецима, рјеђе у годинама. Ријеч је о времену за успостављање демократије, које се обично разликује од оног које је потребно за њено консолидовање, односно пуни развитак. Пресудно је при томе ово: то није демократија обећања и достигнућа него права и процедура чији су носиоци односно у којима учествују постојећи људи/грађани, па је њихово прокламовање и ефективно коришћење ствар која се заиста дешава „од данас до сјутра". Сад треба имати у виду да је већина аутократских режима (у крајњој линији сви![12]) настала укидањем одговарајућих права и процедура, са различитим, више или мање увјерљивим разлозима. Какви год били ти разлози сада су нестали, или изгубили увјерљивост, па се демократска транзиција јавља и као обнова онога што је једном било укинуто. Понекад је то, у случају краткотрајних диктатура, дословице тако, али и у случају транзиције из вишедеценијских аутократских режима, када огромна већина становништва нема никаква искуства са некадашњим демократским правима и слободама, па је и само сјећање на њих блиједо или искривљено - на дјелу је доживљај рекуперације онога што људима/грађанима „природно" припада. Без ове „обнове", која мора имати упориште у *некој* стварности, транзиција би била несхватљива. Умјесто о транзицији морали бисмо говорити о настанку демократских установа према низу историјских околности, онако како говоримо о настанку демократских установа у Енглеској.

Али, баш ту лежи један додатни (или главни?) кључ објашњења. Ако није разумно говорити о демократској транзицији у Енглеској, и уопште у водећим земљама у овом погледу[13], свакако да се може говорити о

[11] V. G. O'Donnell, Philippe C. Schmitter, Transitions from Authoritarian Rule. (4) Tentative *Conclusions About Uncertain Democracies*. Baltimore-London 1989, pos. pp. 6-15 i 73; као и S.P Huntington, *op. cit.*, pp. 123-165.

[12] Не рачунајући, наравно, малобројне традиционалне режиме. Међутим, када одбију да макар „октроишу" устав и уваже бар нека људска права, овакви режими се суочавају са кризом своје традиционалне легитимности и потребом да изнова или додатно утемеље своју ауторитарност. Ово их, с могућим значајним разликама, приближава модерном ауторитаризму.

[13] J. Linz каже да се појам транзиције односи на успостављање и консолидовање демократског режима који се јавља као прилелаз из ауторитарног режима. Тиме се из одговарајуће анализе искључује „спора појава демократских политичких установа у Западној Европи и у неким прекоморским фрагментима европских друштава, која почиње у 18. столећу и чини малу скупину трајних и стабилних демократија које никада нијесу исикусиле слом једном уведених политичких установа." (*Transitions to Democracy,* The Washington Quarterly, Summer 1990, p. 143) Управо овдје лежи могућност и потреба оног двоструког

њиховом утицају на демократске транзиције у другим земљама. На крају крајева, ти пријелази се одигравају у државама-нацијама које су, као елементи једнога система, у кооперацији и конкуренцији, вишеструко повезане. Док Енглеска, као и сви демократски пионири, представља језгро - све транзиционе земље (не само бивше комунистичке) чине периферију или полупериферију тога система. Отуда није ријеч само о културној дифузији, о идејама или о пропаганди, него о читавој серији најразличитијих утицаја[14]. Међутим, те двије ствари (утицај могућности реалног или имагинарног повратка на „природне", предаутократске стандарде и утицај демократских стандарда земаља језгра) не колидирају. И прије него што су искусиле различите аутократске режиме биле су ове транзиционе земље периферне или полупериферне - и они демократски засади према којима се сад дјелимице могу оријентисати били су у великој мјери плод утицаја из истог смјера.

Све то вриједи и за посткомунистичку транзицију. Оне које је изненадио слом комунизма можда је и више изненадила брза и бескрвна транзиција у демократију. Ствар је у томе што комунистичка владавина није била обична аутократска владавина, што је то бар неко вријеме била и тзв. тоталитарна владавина, значи не само владавина коју не ограничава никакав закон, никакво објективно правило, већ и она која све друштвене установе и процесе ставља под своју контролу. Још ближе, ствар је у томе што је комунистичка владавина хтјела да створи нови свијет, нову културу, новога човјека, што је у том правцу дјеловала систематски и далекосежно, и то у начелној опозицији према „старом" свијету, па и према оној демократији која је важан израз тога („старог") свијета. Ако очито није створила нови свијет, нову културу и новога човјека, могло се с разлогом претпоставити да је дуготрајним организованим напором успјела много тога да опустоши и изопачи.

Ипак се показало да је тај негативни учинак мањи него што се могло очекивати. Прије свега зато што је он био компензиран неком дубљом сродношћу „старог" свијета и онога који су комунисти хтјели да створе. О томе ће бити још ријечи, а овдје бих да скренем пажњу на једну околност

„приступа" (в. примједбу под бројем 5). Сасвим је јасно да ауторитарни режим у Енглеској прије тзв. славне револуције није исто што и неки савремени ауторитарни режим, односно да је дуг и спор развитак демократије на Острву неки други тип историјског процеса у односу на актуелну демократску транзицију. Али, то уједно значи да „транзитологија" почива на низу прећутаних или непропитаних претпоставки.

[14] E. Altvater разликује државе које „постављају правила" од оних које их само слиједе (*EconomicPolicy and the Role of the State - The Invisible, The Visible and The Third Hand* u M. Walzer (ed.). *Toward Global Civil Society,* Providence-Oxford 1995, pp. 155-158.

која ми се чини довољно поучном. Почев од тзв. стаљинског устава СССР (1936) све земље у којима су комунисти владали (бар у Европи) биле су номинално уставне демократије. Ову демократију су комунисти називали „стварном", „народном" итд., а са становишта демократије некомунистичког свијета она је могла бити само фиктивна или „фасадна". Али у нашем контексту то није важно, већ нешто друго - да је она, од почетка до краја, моделирана према класичном, дакако некомунистичком обрасцу.[15] Власт КП била је на сваки начин неспорна, али нешто је хтјело да грађани излазе на изборе сваке четири године и поклањају јој повјерење, као што је влада очекивала да добије повјерење у парламенту итд. Једнопартијска диктатура је добијала спољни облик владавине по пристанку, и то народа (у СССР су ограничења бирачког права и неједнако бирачко право из првих година револуције укинути послије 1936, а у другим земљама комунисти на власти их нијесу ни уводили), што је била поменута фасада. Међутим, демократски ритуали су доносили посљедице које ритуали (у крајњој линији као слијед материјалних, тјелесних аката) увијек имају. У неком тренутку човјек их може узети за озбиљно.

Тај „тренутак" била је транзиција. Околност да су ове земље биле уставне демократије веома је поједноставио задатак пријелаза у демократију. Било је довољно промјенити на уставан начин само неколико одредаба у уставу (укидање монопола КП, слобода политичког дјеловања и организовања и сл.) да би се отворио пут слободним изборима, демократској транзицији. На тај начин је остварен зачуђујући континуитет између „фасадне" и стварне демократије. Као да су ствари још једном окренуте с главе на ноге. Стаљин је, како је познато, са својом поентом о „стварној" демократији хтио да нагласи да је свака друга само „формална", јер нема покрића у социјалној и економској стварности, а сада је његова „фасадна" или управо формална демократија постала „стварна" повратком слобода које су људима/грађанима биле ускраћене.

3. Транзиција као политички процес (интеракција политичких актера), и релативно краткотрајан пријелаз у демократију, управо је и могућа зато што није скок у непознато, нити изградња нечега по свему новога. Поменуто ослањање на демократско (у ширем смислу) искуство које је претходило аутократији, или оно о чему сам управо говорио - с неког становишта управо несхватљива могућност континуитета уставности у постко-

[15] Било је неких одступања. Мислим, прије свега, на самоуправљање у основним територијалним и функционалним заједницама те на покушаје с „делегатским системом!" у некадашњој Југославији. Данас се то чини мање значајним него сто је својевремено изгледало.

мунистичкој транзицији - „редукују комплексност". Понајмање су магнетизам и опипљиви утицаји демократија свјетскосистемског језгра нешто ново или непознато.

Али, у вези с тим треба треба примјетити и ово. Зар се може рећи да је модерна аутократска владавина скок у непознато или изградња нечега по свему новога? Мада су њене претензије биле такорећи бескрајне, зар је и сама комунистичка владавина баш скок у непознато или изградња нечега по свему новога? У првом случају таква владавина настаје укидањем (неких) слобода и права те са циљевима који су схватљиви са становишта постојећег, зато што непосредно извиру из њега (из невоља, подјела, сукоба или, најзад, неких интереса), или евентуално из постојећих односа са сусједима и силама. Па и у другом случају, упркос оном епохалном патосу с којим су комунисти наступали, били су они принуђени да праве своју револуцију од постојећег материјала и да се угледају на оне које су хтјели да надмаше, као што показује и Стаљинова „стварна" демократија. Оно што, међутим, аутократску владавину разликује од демократске јесте њен задатак или циљ, њено посланство, а то је уједно и оправдава. И разапиње. Демократија таквог задатка нема. Уколико је то можда спријечавање аутократије или тираније[16], онда је задатак испуњен самим постојањем демократије. Она зато опушта, и не тражи посебно оправдање.

Овдје се ипак отвара једно далекосежно питање по коме се посткомунистичке транзиције на први поглед одвајају од свих других.[17] Наиме, за разлику од комунистичке владавине друге модерне аутократије имају ограничене циљеве, често управо сузбијање тих истих комуниста. Тако да оне углавном не врше радикалне захвате у затечене друштвене и привредне структуре. То важи чак и у крајњим случајевима тзв. тоталитарне владавине, фашистичке у Италији или нацистичке у Њемачкој. (Довољно је поменути да је степен државне контроле приватне производње и потрошње био током Другог свјетског рата већи у демократској Енглеској него у нацистичкој Њемачкој.) Комунисти, међутим, темељито реорганизују привреду, национализују, колективизују, и све привредне дјелатности стављају под државну контролу, градећи механизме јединственог, централизованог и планског управљања производњом, размјеном, расподјелом и развитком. Потом, и с не мање жара, они престројавају образовање, школство и цјелокупан културни живот, гуше важне дијелове традиције, насилно секуларизују итд., једном ријечју, која се већ чула, граде „нови свијет".

[16] Cf. S. P. Huntington, *op. cit.*, pp. 262-263.

[17] Cf. C. Offe, *Agenda, Agency and Aims of CCE Transition – Contours of the Post-socialist Path to Consolidation, y* S. Bianchini, G. Schöpflin, *State Building in the Balkans*, Ravenna 1998, pp. 23-29.

Стога се ситуација која се открива на почетку посткомунистичке демократске транзиције начелно разликује од оне која слиједи у транзицији из неке друге аутократске владавине. Не мислим их овдје подробно описивати - коначно, то су непоновљиве, појединачне историјске ситуације - већ само нагласити оно што се чини да је ту основно. Некомунистичке аутократије, мада често склоне дириговању економијом, немају ни разлога ни могућности да озбиљно мијењају својинску структуру. И кад се не може означити као либерална и тржишна, њихова привреда остаје привреда заснована на приватној својини и профиту, са одговарајућим институцијама обичајности и права. Не дирајући у традиционалне стубове културе, као што је религија, и установе као што су цркве, овакви режими по правилу не дирају ни у елитистичке забране културе и умјетности. Лако је схватити зашто се ограничавају на контролу извјесних стратешких позиција и апарата као што су, послије репресивних апарата и финансија, штампа и нови масовни медији, апарати за мобилизацију (партија, покрет), неке индустрије, неки елементи школског система, спољна трговина и сл. Хоћу да кажем, иако је одговарајуће друштво у цјелини под тешким притиском, обнављају се не само „џепови" него и читави сегменти друштвеног живота према обрасцима од прије увођења аутократског режима, а ти се обрасци неће битније мијењати ни након његова одласка. Присутна је и таква свијест, код већине оних који „гледају своја посла".

Док „обичне" аутократије настоје да пасивизирају грађане, управо да их упуте да „гледају своја посла", комунистичка настоји да их до краја активира. Тамо је став „гледати своја посла" опасна девијација, облик штетног приватизма. Али, као што ће се први на крају ипак активирати, други ће се сасвим пасивизирати. Како чврсто повезани сноп организација за мобилизацију и управљање људским ресурсима замире и коначно се распада, комунистичка владавина оставља за собом мноштво равнодушних, само у своју егзистенцију загледаних особа. Које сем те егзистенције, и оскудних средстава за њено одржање (а с привредним пропадањем и почетком транзиције и то долази у питање) *немају* ништа друго. Нијесам сигуран да је то у том часу икакво друштво. Ако јесте, тада је сасвим атомизовано.[18] Јер, оно што је људе везивало с толико принуде, на крају и с толико узалудности и досаде, одједном је нестало.

Дакако, то је прије један логички извод него слика стварности. Као што су истраживачи, давно прије краја комунистичке владавине, открили да под њом уз планску, дириговану, економију постоји једна друга, неформална, која је с првом комплементарна, тако да прва не може опстати без

[18] V. J. Elster, C. Offe and U. Preuss, *Institutional Design in Post-communist Societies. Rebuilding the Ship at Sea.* Cambridge-New York-Melbourne 1998, pp. 131-156; 247-271.

друге[19] упркос томе што је та друга истовремено подрива и упропашћава - тако се слободно може говорити о секундарном, неформалном друштву, или облицима друштвеног живота у овим земљама. С потпуно аналогном функцијом. Не мислим ту само на цркве и дисидентске кружоке, самиздат, литерарна и умјетничка удружења, него дословице на све облике друштвеног живота који су остајали ван механизама управљања и контроле, и кад су они били тоталитарни, олакшавајући им уједно посао у ономе што су обухватали. Природно је да је у оним земљама у којима је дошло до озбиљније либерализације и привредних реформи овај „секундарни" друштвени живот добио развијеније, па и јавне видове, живећи у некој не сасвим природној, понекад таман „дивљој" коегзистенцији с облицима живота које је донијела комунистичка власт, показујући својом виталношћу њихову коначну стерилност.

Мада је она туробна представа о „друштву" које је произвела комунистичка владавине будила скепсу, демократска транзиција је свуда кренула. Способности за организовање и мобилисање биле су за прву прилику довољне, било да су долазиле из овог „секундарног" друштва, или из редова припадника апарата бивше владавине. Све то зато што је овдје пут у демократију био задат. И што ту демократију у први мах нико није морао да плати. Сви су били добитници. Чак и бивши властодршци, уз мало изузетака.[20]

---

[19] V. Ibidem, pp. 158-161, kao i J. Börösz, *Informality Rules,* East European Politics and Societies, Vol. 14, No. 2 (2000), pp. 348-380.

[20] Бројна истраживања вриједности и ставова у транзицијским земљама открила су знатно мање од очекиваних разлике у односу на класичне демократске земље. Тако, на примјер, W.L. Miller, S.White and P. Heywood (*Values and Political Change in Postcommunist Europe,* Houndmills-London 1998) износе и сљедеће податке. Да држава треба да буде одговорна за здравствену заштиту сматра 99% испитаних политичара у В.Британији, 95% у земљама бившег Сов. Савеза, а 81% у источноевропским бившим комунистичким земљама. Одговарајући проценти код обичних грађана су 98, 91 и 91. Да држава треба да буде одговорна за пуну запосленост мисли 65% британских политичара, 74% у бившим совјетским земљама, 30 % у источноевропским. Код обичних грађана одговарајући проценти су: 78, 89, 72. Да држава треба да буде одговорна за уједначавање богатства мисли 52% британских политичара, 45% оних у бвшим совјетским земљама и 51% у источноевропским. Код обичних грађана одговарајући проценти су: 51,49 и 63. Да су једнакост или благостање важнији него слобода мисли 64% грађана у В.Британији, 49% у бившим совјетским земљама и 63% у Источној Европи (п. 392). Или: у „обичне људе" има повјерења 97% британских политичара, 94% оних у бившим совјетским земљама и 96% у Источној Европи. Код обичних грађана одговарајући проценти су 90, 78 и 76. Политичарима вјерује 58% британских политичара, 51% оних у бившим совјетским земљама и 75% у Источној Европи. Много мање политичарима вјерују обични грађани - 33, 30, 47 - али ни те разлике не одвајају оштро Британију од транзиционих земаља (п. 398). Можда су највеће разлике те врсте забиљежене у очекивању правичног третмана од стране пореских и стамбених зва-

Друкчије стоји ствар са економијом. Она је, великим дијелом, била у државној својини.[21] То је прво. Потом, њена структура оваплоћује не само основна начела економске доктрине комуниста, него и сукцесивне покушаје адаптације: политику затворености и самодовољности, политику подјеле рада у оквиру СЕВ, политику реформи и материјалног подстицаја радне снаге или нагодбе у виду „дизања животног стандарда", политику извоза (у капиталистичке земље) под сваку цијену - због презадужености, итд. Развијана по посебним правилима, подвргнута потом половичним реформама, та се економија најједном суочена са мјерилима свјетског тржишта открива као структурно вишеструко изопачена, великим дијелом технолошки застарјела, практично банкрот. Ако томе додамо да на почетку транзиције постоји мање-више пуна запосленост, истина уз ниска примања и редовите несташице многих роба, као и опште социјално и пензијско осигурање, истина уз скромна давања, постаје јасно како је тежак задатак постављен новим управљачима. Морали су да уплове у депресију која је, према неким процјенама, била гора него велика депресија од 1929.[22] То је био контекст изградње „слободне тржишне привреде".

Мада је било и друкчијих идеја[23] ништа није могло конкурисати тој „слободној тржишној привреди". И поред тога што постоје добри историјски и теоријски[24] разлози разликовања тржишне привреде и капитализма, овдје су то били синоними, или је прво било еуфемизам за друго. Уосталом, нигдје није забиљежен неки озбиљан отпор увођењу „капитализма".

ничника. Правичан третман 1993. очекује само 12% испитаних Украјинаца, 16% Руса, 43% Мађара, 53% Словака и 64% Чеха (п. 398) Према класичној студији Аломнда и Вербе, *The Civic Culture. Political Attitudes and Democracy in Five Countries* (Princeton 1963) правичан третман очекивало је 1959-1961. 42% Мексиканаца, 53% Италијана, 65% Западних Њемаца, 83% Американаца и исто толико процената грађана Уједињеног Краљевства (р. 70).

[21] Занемарујем одступања од којих су нека, под влашћу комуниста, била значајна, као што је децентрализована друштвена својина у Југославији (према којој се, током транзиције, у државма које су настале на рушевинама те земље, поступило углавном као да је то била стандардна државна својина). Нека су посљедица касних реформи, а нека почетних политичко-економских процјена. Тако је пољопривреда свуда била колективизована, али у Пољској није, док је у Југославији колективизована са закашњењем, да би убрзо била деколективизована. Плод посљедњих реформи у некима од ових земаља било је ширење приватне својине у неким привредним дјелатностима, ситног, рјеђе средњег обима. Негдје је она достигла незанемарљив удио у националној привреди, али нигдје није доведена у питање знатна претежност државне својине, нити њен монопол у кључним секторима.

[22] Cf. J. Kornai, Highway and Byways. *Studies on Reform and Postcommunist Transition.* Cambridge (Mass.)-London 1995, pp. 161 i sljed.

[23] В., на примјер, A.Przeworski и др., *Sustainable Democracy,* Cambridge-New York-Melbo-urne 1995, pp. 91-107.

[24] B. F. Braudel, *Afterthoughts on Material Civilization and Capitalism*, Baltimore-London 1990, pp. 39-79.

Штовише, истраживања јавног мњења - уза све резерве које се могу имати према њима - увјеравају да је ниво прихватања „капитализма“ у овим земљама чак виши него што је то случај у класичним „капиталистичким“ земљама.[25] Као да је вишедеценијска комунистичка пропаганда против „капитализма и експлоатације“ успјела те људе да увјери само у то да од комунистичке владавине не постоји ништа горе. У ствари, у овим друштвима се, послије свега, није показала нека склоност да се изабере неки „трећи пут“, да се крене неком неопробаном стазом. Напротив, снажно је дјеловао порив „повратка у нормалност“, жеља да се буде „као други“, а тај други су биле и остале земље европског дијела свјетскосистемског језгра. Чији се „капитализам“ доживљава као нешто успјешно и дјелотворно, ништа мање од демократије. Него можда и више.

Тако је посткомунистичка транзиција у демократију постала истовремено и транзиција у „капитализам“. Симултано извођење ове двије транзиције многима[26] се учинило као немогућ или нерјешив задатак. У сваком случају као задатак без преседана. Најприје, дјелотворни капитализам подразумијева низ претпоставки које се, истина уз стално судјеловање државе, генерирају споро и спонтано. Многе од њих су институционалне нарави, а многе су заправо дубоко укоријењене културне матрице. Друго, капитализам је бруталан, води подјелама и сукобима, понекад тражи репресију. Може се то рећи и овако: на дјелу су двије супротстављене логике: једна тражи приватизацију и дерегулацију пак води социјалној диференцијацији, док логика демократизације води/тражи мобилизацију.[27] Треће, ако се и може замислити државно кормиларење у његову подстицању и развитку, тешко да се то може постићи демократским средствима. Историјско искуство углавном не потврђује ту могућност. Коначно: једна или друга транзиција мораће да устукне. Установе изборне демократије не могу поднијети такав терет као што је инсталирање капитализма. Или, капитализам не може поднијети уравнотеживање различитих интереса у демократским процедурама, посебно не оне ризике које његову олигархијску природу излажу народној „вољи“ или самовољи.[28] Напетост је толика да је

[25] У једном истраживању 1990/91. капитализам је био легитиман и дјелотворан економски систем за 68% Мађара, 64,3% Чехословака, 64,1% Словенаца, 55,4% Источних Њемаца, 55,1% грађана Краснојарска (Рус.), 49,1% Бугара, 47,9% Мађара (1993!), 46,1% Румуна - према само 37,7% Западних Њемаца (1984) и 30,2% Шпанаца 1983). V. S.H. Barnes and J. Simon (eds.), *The Postcommunist Citizen,* Budapest 1998, pp. 182-183.

[26] V., на примјер,V. J. Elster, C. Offe and U. Preuss, op. cit, pp. 19 и сљед.

[27] V. A. Lijphart and C. H. Waisman (eds.), *Institutional Design in New Democracies,* Boulder 1996, p.p. 235-236.

[28] У. Preuss каже да се овдје очекује „...спремност народа да прихвати императиве еко-

тешко засновати неку компромисну линију која би била увјерљива и стабилна.[29]

Ово је (била) само начелна процјена. Улазећи у демократску транзицију посткомунистичка друштва - за разлику од оних која су доживјела неку „обичну" аутократију - улазе у још једну транзицију, ону према капитализму. Те су двије транзиције неизбјежно симултане, а истовремено у тако напетом односу да једна другу доводе у питање, готово искључују. Дакле, још ни ријечи о стратегији, о сложеној процедури пријелаза у капитализам. Разумије се, и транзиција у демократију и њено консолидовање врло је сложен и захтјеван процес - граде се нове институције, нове организације, нови менталитет, нова култура, нови језик, итд. Ипак, она се на први поглед чини достижном. Вјероватно зато што постоје и узори, и мо.-гућност комуникативног успостављања консенсуса. Док с капитализмом није тако. Већ и сам процес претварања државне својине у приватну дијели добитнике и губитнике на један оптерећујући, судбоносан начин. У демократској процедури то никад није тако.

Упркос свему ми данас знамо да су те двије транзиције, као симултане, могуће под извјесним условима. Штовише, да су обије могуће само ако су симултане, у чему заправо нема ничег чудног. У оне услове спадају и околности које апстрактни модел према својој природи не може узети у обзир.

номског поретка како је он дефинисан од стране оних актера који су његови непосредни корисници и који су, по свему судећи, претежно посвећени циљу брзог и бескрупулозног богаћења или, у најбољем случају, режиму бескомпромисне економске ефикасности. Уставни оквир који би највјероватније одговарао овој социо-економској и социо-политичкој шеми била би једна ауторитарна демократија која би највјероватније ограничила право народа да опозове или квалификује своју привржености капиталистичкој тржишној економији, што би вјероватно деполитизовало настајуће ткиво цивилног друштва и успоставило јаку предсједничку на штету парламентарне власти". - *Constitutional Aspects of the Making of Democracy in the Post-Communist Societies of East Europe,* Zentrum für Europlische Rechtspolitik and der Universität Bremen, DP/2 1993, SS. 55-56.

[29] H. Wiesenthal, објашњавајући „теорему о немогућности холистичке реформе" у посткомунистичким земљама наводи пет специфичних ризика (не рачунајући проблем реконструкције националне државе): ризик оскудних претпоставки (правних, културних, информативних), ризик децизионизма, специфични ризици трансфера институција, ризик од „коиновације" нових друштвених форми услијед оскудице у „социјалном капиталу", те ризик од саме „дуалне транзиције" која је историјски јединствена. - K. Hinrichs, H. Kitschelt, H. Wiesenthal (Hg.), *Kontingenz und Krise. Institutionenpolitik in kapitalistischen und postsozialistischen Gesellschaten.* Frankfurt-New York 2000, SS.193-198. Он, међутим, закључује овако: „У свом просуђивању пројекта трансформације нијесу се друштвене науке показале као сасвим компетентне представнице расположивог знања о друштву. Многе реакције обиљежава став брзоплетог песимизма, који је једнако толико проблематичан као и планови преструктуирања из економског пера оних који екстремно лако прихватају ризик. " (Ibid., S. 214).

4. Вратимо се најзад посљедњем облику посткомунистичке транзиције који се транзицијом понекад једва може звати сем у том смислу што је, попут двије првопомењуте транзиције, непосредна посљедица краја комунистичке владавине.

Комунисти нијесу само градили „нови свијет". Они су судјеловали у живој историји па су тако, у многим случајевима, стварали нове државе и реорганизовали старе. У неким случајевима таква улога комуниста била је толико значајна да се с њиховим одласком рушила сама политичка заједница и распадала државна организација. Сви примјери те врсте добро су познати и ја их нећу описивати. У сваком случају, велике групе људи на великим просторима биле су принуђене, или су некако одабрале, да промијене државне и политичке, а тиме и друштвене димензије, свога опстанка. И то је та трећа „транзиција". И она је у тим случајевима симултана с двије прије поменуте.

Тешко је говорити уопштено о овој „транзицији". Ограничићу се само на једну напомену. Ипак доскочице типа мјесеци-године-деценије које се односе на транзицију у демократију, капитализам те изградњу политичке заједнице/државе упућују у погрешном правцу. С једне стране, сва три облика транзиције (уколико постоји и овај трећи) нераскидиво су повезани. С друге стране, мада логички изградња државе-нације претходи развитку капитализма и демократије (на примјер, без такве државе незамислива је приватна својина као и сва она права која граде субјективитет грађанина, и онај основни статус по коме је то грађанин те државе), немогуће је доћи до развијене државе-нације без капитализма и демократије. Процеси који воде једном, другом и трећем су испреплетени, поред тога што имају различите и противрјечне учинке. Мада изградња нације-државе може потрајати и сто година[30] то је посао који не почиње у једном тренутку нити се довршава у неком другом. Али, зар се исто не би могло рећи и за капитализам, па чак и за демократију. Истина, ако у игру убацимо разликовање између успостављања/увођења и консолидовања (националне државе односно демократије односно капитализма), разликовање које има смисла али не безусловно[31], свакако да можемо примјетити неједнакости у брзини, или у ступњу, или у потпуности (консолидације) јер то и јесу различите свјетови, који имају различиту динамику. Међутим, хоћу да нагласим управо ово - као што капитализам или демократија не могу бити направљени ни из чега, или одједном, то вриједи и за нацију-државу. Ни она не може бити направљена ни из чега, нити може бити направљена одједном, или једном за увијек.

[30] Cf. Offe u S. Bianchini, G. Schöpflin *op. cit.*, p. 36.

[31] V. G. O' Donnell, *Illusions About Consolidation,* Journal of Democracy, Vol. 4, No. 2 (April 1996), pp. 34-51.

Није ствар само у томе што су се нове државе, бивше републике-чланице федерација које су створили комунисти, од самог почетка развијале као неке прото-државе, већ и у томе што су их комунисти само тако обликовали, судјелујући у историјском процесу који је почео прије њихове владавине. Свакако да су постојале разлике, понекад и знатне, у погледу улоге комуниста у развитку идентитета или обликовању простора/територије. Као и разлике у погледу утицаја њихових схватања, која су у једном часу повезала „социјално и национално ослобођење", или - њихових интереса, интереса њихове владавине у појединој земљи, односно интереса империјалне доминације њиховог центра. Али, опет, био је то само дио једног историјског процеса, који комунисти нијесу започели па нити довршили, и који никако није без преседана у (европској) историји Новога вијека. У складу с тим подјеле - првенствено етничке и религиозне - које су у некима или међу некима од ових земаља довеле до озбиљних сукоба, или можда дуготрајне напетости, а понекад и до правих ратова, углавном нијесу били дјело комунистичке владавине. Прије ће бити да их је она била привремено суспендовала, политичким арбитрирањем или, чешће, средствима која стоје на располагању једној тако моћној аутократији, те да су они букнули с њеним крајем, дуго потискивани и у некој врсти вакуума, то јест без установа и процедура контроле, представљања и рјешавања.

Било како било, овај облик транзиције, или процеса који отвара слом комунистичке владавине, у сваком је поједином случају особен. У складу с тим су и петнаестогодишњи резултати врло различити. Има нових држава које тако функционишу да се ни по чему не може примјетити да као независне постоје тек петнаестак година, као што има оних које су и послије тих петнаест година далеко од почетне консолидације, а то може бити њихова ситуација и послије „сто година". Свакако да недовршена или заустављена консолидација нације-државе представља највећу могућу препреку у консолидацији њене демократије и њене тржишне привреде. Што не значи да их неминовно искључује или зауставља. Та три момента су, како стално наглашавам, повезана али на један сложен начин - који не познаје неку финалну хармонију, а самим тим нити неки безусловни хендикеп.

Нема сумње да би се у некој од могућих класификација или типологија посткомунистичких земаља морале разликовати земље у којима се одигравају или су се одиграле двије првопоменуте транзиције од оних које су доживјеле или доживљавају и ову трећу. Тим прије што она може бити најпотреснија и најпроблематичнија, већ и зато што је знала довести до сукоба које рјешава оружје. Као што, на другој страни, у сретним исхо-

дима, може донијети и један посебан, додатни, подстицај за развитак демократије и „слободне тржишне привреде“. Оно што је, међутим, циљ овога рада не укључује потребу за посебним уважавањем тих разлика. Наравно да се ниједан аспект посткомунистичке транзиције у демократију и капитализам не може одвојити од проблема државе. Но се већина тих проблема тиче на исти начин и држава које су и прије доласка комуниста постојале као независне државе[32], и ових нових, далеко бројнијих. И у оним старима на дјелу су, уколико је то и ова транзиција, крупни преображаји државе који, начелно гледано, воде у истом правцу као и оно што би требало да се дешава у новим државама. Хоћу да кажем, све су оне, и нове и старе, суочене са истим проблемима. Додуше, нове често имају један више, који може бити тежи од сваког другог, али његово рјешавање има смисао једног увијек посебно условљеног или/или. При томе, све су „домине“ сада усправљене и нема се куд. Не сумњам, дакле, да су земље са значајном традицијом државности и самосталног дјеловања у модерним условима у приличној предности над млађима и новима, али право говорећи таквих земаља овдје готово да и нема.[33]

5. Зато што су оне, све до једне, настале у новије доба распадањем три велике империје. Ова се чињеница у новије вријеме често наглашава зато што се слом комунистичке владавине повезује са распадом *совјетске империје* (која се, под овим свјетлом, посматра као обновљено и преображено руско царство). И у том случају је само потврђено једно историјско кретање, но које као такво није повезано са комунизмом. Империје се распадају на државе-нације дакле и прије комунизма, а у случају руске империје то је кретање само одложено (због комунизма).

Само питање зашто се и како империје распадају и у ком се смислу (можда) обнављају овдје не може бити постављено сем, можда, као елемент једног другог, а наиме: да ли је ова, посткомунистичка, транзиција тек дио једне шире, глобалне транзиције.

Начелно се у то не може сумњати. Посткомунистичка транзиција ипак није просто повратак заблудјелих на прави пут, међу оне који са тога пута нијесу скретали. Сигурно да такав доживљај у некој мјери постоји, и

[32] То је заправо само пет земаља: Албанија, Бугарска, Мађарска, Пољска и Румунија. При томе треба имати у виду да су свих пет у данашњем облику релативно нове творевине, плодови Првог или чак Другог свјетског рата.

[33] О општим карактеристикама развитка ових држава прије комунистичке власти и послије њеног одласка V. J. Rupnik, *In Search of East-Central Europe: Ten Years After* у H. Gardner (ed. with assistance of E. Shaffer and O. Kobtzeff), *Central and Southeastern Europe in* Transition. Perspecitves on Success and Failure Since 1989, Westport/Connecticut-London 2000, pp. 5-17.

то не само међу одувијек и тврдокорно антикомунистичким групама које су сада дошле на своје, него на примјер и у промјени положаја неке земље која се од невољног совјетског сателита претвара у ентузијастичну чланицу „заједнице слободних народа“ што је „душом и срцем“ наводно увијек и била - и сигурно да то није тек доживљај. У мјери у којој је комунистичка владавина наметнута насиљем, посебно спољним, посткомунистичка транзиција јесте ослобођење и повратак на прави пут за одговарајуће скупине, друштва, земље. Али, комунистичка владавина није увијек наметнута насиљем, нити се на насиље може свести. Она је била нешто више од насиља. Као што је „мјесто повратка“ нешто више од тога. Свијет 1989. није свијет 1945, поготову не свијет 1917. У томе транзиција „заблудјелих“, „заведених“ или „поробљених“ није изолована од промјена свијета у који се на неки начин враћају.

Свакако да се ова транзиција може посматрати и као дио процеса распадања империја, политичког реструктуирања свијета током XX. вијека. Но, не мислим да је то најважнији аспект општег транзиторног контекста наше транзиције. Вјерујем, наиме, да и сам комунизам и комунистичке револуције могу бити схваћене као (епизодни) дио једног ширег процеса, да не кажем дио једне транзиције. У времену које је претходило њеном крају комунистичка владавина је постала најзад и архаична, али она никоме није тако изгледала тридесетих година прошлога вијека[34], у вријеме велике депресије и покушаја са разним интервенционистичким аранжманима, у вријеме осеке слободне трговине и либералне демократије, па чак ни у вријеме кејнзијанске „државе благостања“. Нити је икоме изгледала неефикасна 1945. и првих година потом. Она ипак није била подухват шачице доктринара који су тврдоглаво и не бирајући средства покушали да остваре један немогућ пројекат. Доктринари тешко могу власт освојити, још је теже задржати. Томе напротив, начела којих су се комунисти држали нијесу била тако туђа оном „старом“ свијету против кога су се дигли, нити је њихов „нови“ свијет био баш тако нов - сем, можда, у њиховим причама и пропаганди. Ипак, они, њихова учења и њихова дјела, били су као катализатор многих незадовољстава, покрета и процеса у томе, једном те истом свијету. У његовим оквирима, у оквирима тога свијета, наглашавам, комунисти су више деценија играли важну улогу, представљајући једну алтернативу, а та чињеница уз чињеницу да су владали у једном значајном дијелу свијета, учинила их је задуго битним елементом у исто-

[34] „У раним тридесетим наступиле су нагле промјене. Њихови међаши бијаху напуштање златног стандарда од стране Велике Британије; петогодишњи планови у Русији; лансирање Њу Дила; Национал-социјалистичка револуција у Њемачкој, колапс Друштва народа у корист аутаркичних империја“ - K. Polanyi, *The Great Transformation,* Boston 1962, p. 23.

ријском кретању.[35] На дуги рок та се алтернатива показала неодрживом - једнако као и поменута империја - према мјерилима свијета који ју је коначно и произвео, и који је окруживао ону империју. На кратак рок она је била дјелотворна, и дио његове равнотеже.

Нестанак овакве једне алтернативе, и њеног упоришта у стварности, саме комунистичке владавине, има сам по себи већи значај него посткомунистичка транзиција одговарајућих земаља. Мјера успјеха те транзиције, далеко од нечег неважног, ипак се никако не може поредити са посљедицама својевременог успостављања оне власти у њима, успостављања „социјалистичког лагера" или совјетске империје. Поставши дијелови те империје, или у посебној вези с њом (као Кина, Куба или Југославија), док је она трајала, ове земље су чиниле један пол („други свијет") у некој глобалној динамици. А сада се враћају на свој провинцијски статус, укључујући донекле и саму велику Русију, која је и у војном погледу једино због наслијеђеног нуклеарног оружја велика сила, а у ствари регионална. Уосталом, то су и раније биле периферне или полупериферне земље, и то се у догледно вријеме тешко може промијенити без обзира на резултате транзиције.

У овоме смислу посткомунистичка транзиција одговарајућих земаља одвија се у оквирима глобалне транзиције у свијет у коме нема алтернатива какву је представљао комунизам, из свијета дубоких идеолошко-политичких подјела у свијет „краја идеологије", или до сад невиђене сагласности око демократије, тржишне привреде, људских права и сл. Свакако да ова глобална транзиција није почела са посткомунистичком транзицијом, чије почетке треба тражити још у позним шездесетим и раним седамдесетим годинама[36], али је ова посљедња ону прву на упечатљив начин потврдила. Разумије се да тај „врли нови свијет", који нипошто није тек свијет идеја, и неког политичко-идеолошког консенсуса, није био могућ 1917, па ни 1945. У мјери у којој данас постоји, у мјери у којој је његово кретање у

[35] N. Bobbio (*Autobiografia,* Roma-Bari 1997) каже: „Мада никада нијесам био комуниста, нити икада помишљао да то постанем, ипак сам био свјестан тога да је комунизам био агент великих преображаја, агент једне праве револуције у класичном смислу те ријечи" (p. 104). А на другом мјесту и ово: „Претпоставимо да је демократија преживјела изазов историјског комунизма. Али, с каквим средствима и с каквим идеалима се располаже да би се суочило са оним истим проблемима из којих је рођен комунистички изазов?" (Ibid. p. 207)

[36] ... и можда видјети у низу процеса и догађаја на плану попуштања хладноратовске затегнутости, реформистичких струјања међу комунистима на власти али и у великим комунистичким партијама Запада, или у порасту финансијске и технолошке зависности комунистичких земаља од развијеног капиталистичког свијета, те у почецима дезинтеграције поредака „реалног социјализма".

поменутом правцу извјесно, транзиција оних земаља чини се лакшом, но глобално посматрано и мање значајном.

Нестанак једне алтернативе, или једног њеног облика, можда не значи нестанак сваке алтернативе, нити крај историје. Мада се може с правом говорити о томе да је с крајем комунизма дошао крај не само комунизму него управо идеји рационалног уређења људског друштва, идеји превладавања историјског безумља[37], која је рођена с просвјетитељством. Као што се истим поводом, али на други начин, може говорити о крају историје, тачније о њеном испуњењу, у хегелијанском смислу, коначном побједом либерално-демократских идеја.[38] У оба случаја - и без обзира на то што респективне тезе изазивају отпор - крај комунистичке власти односно посткомунистичка транзиција у одговарајућим земљама може се схватити као епилог.

Али се у исто вријеме може схватити и као пролог. Од сада свијет не живи само у једном новом идеолошком миру[39], нити само под заштитом јединствене „међународне заједнице", већ се у њему одвија никад бржи процес глобализације, економске, комуникативне, културне. Сам по себи тај процес није нов, штовише има оних који ће доказивати да је у неким облицима био интензивнији прије 1914. него данас, ново је само његово убрзање, као и укључивање у универзалне токове и некадашњег комунистичког свијета. У економском, или културном погледу тај свијет не значи много, само је мали дио нове цјелине, али његовим укључењем планета постаје доиста једна, нема изолованих ни забрањених царстава. (То, наравно, више није ни номинално још комунистичка Кина). Нема више ни „Првог", „Другог" и „Трећег свијета".

6. „Први" свијет био је капиталистички Запад, „Други" комунистички Исток, а „Трећи" су чиниле „земље у развоју", сиромашни Југ, производ колонизације и деколонизације у Африци и Азији. У сукобу Запада и Истока (Хладни рат) Југ је могао извући неку корист и унаприједити своје интересе, као што је могао скупо платити положај улога у игри надмоћних. Те констелације више нема. Земље Југа, у којима и данас на стотине милиона људи гладује, не могу више рачунати на квазикомунистичке ме-

[37] Cf. A. Przeworski, *Democracy and the Market*, Cambridge-New York-Port Chester-Melbourne-Sidney 1991, pp. 1-10.

[38] Cf. F. Fukujama, *Крај историје и последњи човек,* Подгорица 2002.

[39] Нови сукоби, етнички, културни, религиозни, те најзад „сукоби цивилизација" (Cf. S.P Huntington, *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order,* New York 1996), морају бити присутни и у свијету идеја, или његовим посредством, али они се дубоко разликују од идеолошких сукоба у којима је један од актера био комунизам.

тоде економског развитка и политичке мобилизације, уз које је ишло одговарајуће покровитељство Истока, или на то да ће Запад чрстом валутом плаћати њихову политичку лојалност. Систем се сада уранотежује једноставније. Богати Запад (или Сјевер) нуди Југу опробане рецепте тржишне привреде и слободне трговине, хуманитарну помоћ и ограничену економску помоћ уз одређене квалификације. Од најгорих посљедица прилика на Југу, као што су притисак имиграната и тероризам богати се дио свијета брани као и свака тврђава - помном контролом приступа и повременим казненим експедицијама у хаотичну околину. У односу на раније прилике могло би се рећи да су правила јаснија, а такође и кругови солидарности.

Посткомунистичка транзиција одвија се у свијету који је структуиран јасније него раније и јасније него раније прожет неким универзалним вриједностима/правилима.[40] Отуда се она одвија под лозинкама либералне демократије, људских права, тржишне привреде, мултикултуралности - у некој једногласности која је некад била незамислива, или замислива таман само у официјелном изражавању јединства под комунистичком влашћу, а данас је дирљива. И отуда се она за неке изједначава с интеграцијом у „евро-атлантске структуре", са путовањем у загрљај богатих и моћних на Западу. Остварење овог чудноватог циља схваћено је по мало и као обавеза или дуг тог истог Запада према његовој („хришћанској" или бар „европској") сабрати - за све оне неправде и невоље, у које се убраја и комунистичка владавина, које су ове земље и народи претрпјели у прошлости због његове себичности, неслоге, освајачких амбиција или, једноставно, свих гријехова који се могу приписати бездушности моћних.

У ствари, могло би се рећи да су вјетрови времена крајње наклоњени овој посткомунистичкој транзицији, да јој надимају сва једра. То на свој начин поново показује да она не противрјечи ширим процесима, да је, напротив, њихов саставни дио. Она је, дакле, подржана хегемонијом (неко би рекао: тријумфом[41]) либерално-демократских идеја. Она ужива подршку најразличитијих владиних и невладиних структура и установа које ову хегемонију материјализују и персонализују. Она је свуда добродошла и

[40] То, наравно, не значи да је посткомунистичка транзиција гладак и осигуран процес. J Корнаи у свом општем погледу на ову транзицију издваја седам основних ни најмање непроблематичних „тенденција": развитак тржишне привреде (у чему држава тешко налази право мјесто); евалуација приватног сектора (ипак, то ће још дуго остати „дуалне економије"); репродукција макроекномских неравнотежа; развитак уставне државе; развитак демократских институција; редефинисање националне заједнице (државе-нације); неједнак пораст „благостања" (*Highway and Byways, op. cit.*, pp. 210-225).

[41] J. Derrida говори - разумије се иронично - о „новојеванђеоској реторици неолиберализма" - према J. Pickles, A. Smith, *Theorizing Transition. The Political Economy of Post-Communist Transition.* London and New York 1998, p. 7.

код ентузијаста буди жељу за несебичном помоћи. При томе човјек не може а да се не зачуди брзини и обиму културног трансфера. Нове ријечи, нови говор, нови облици комуникације, нови обрасци мишљења и понашања, нове установе у свим областима друштвеног живота преузимају се с необичном спремношћу и лакоћом, што изнова потврђује да је комунистичка заоставштина у прах развијана. С друге стране, то што тако робусна акултурација, чији су агенти препознатљиви а често и видљиви, не изазове какве веће отпоре треба приписати још једној повољној околности.

За већину ових земаља (за све осим за Русију и још једанаест бивших чланица совјетске федерације) посткомунистичка транзиција добија крајњи смисао уласком у Европску Унију и Сјеверноатлантски пакт. Владати се коректно у овој транзицији, и платити тражену цијену, колика год она била, значи само платити улазницу или приступнину за трајно чланство у клубу богатства, сигурности и слободе.[42]

Испрва је било неког колебања у тој унији, но је она одавно отворила своја врата за процес придруживања и учлањивања. (Нешто би се слично могло рећи за НАТО пакт, мада је процес придруживања - тзв. Партнерство за мир - и пријема у пуноправно чланство овдје, по природи ствари, ипак једноставнији.) У часу када настаје овај текст осам бивших комунистичких земаља (од којих су пет биле чланице три комунистичке федерације) постају пунопоравне чланице Уније док их је још толико у некој од етапа на путу који води тамо.

Нема начина да се прецијени значај ове околности. Она је посткомунистичкој транзицији дала један циљ, који може бити широко прихваћен. Демократија сама по себи не може имати циља, она је скуп права и процедура. Развој тржишне привреде, и унапријеђење њених перформанси, дуготрајан је и кривудав процес. Ако и јесте неки циљ, сувише је неодређен и сложено артикулисан, те најзад оптерећен различитим сукобима интереса. А ово је циљ који не покреће само управљаче, него и све друштвене категорије, а може задојити чак и масу транзиционих губитника. Просто, треба неко вријеме издржати, а онда - „бићемо тамо“. Ово „легитимирање циљем“, или наградом, слиједи индивидуалну психологију, али понавља и комунистичку матрицу. Међутим, комунизам као циљ комунистичке владавине нико није видио док ЕУ постоји. Већина грађана

[42] W. Wallace на примјер говори о својеврсном парадоксу: тек што су с неочекиваним крајем совјетске империје стекле суверености земље Централне и Источне Европе похитале су да је подијеле односно ограниче - настојањем да уђу у Европску Унију (*The Sharing of Sovereignity,* Political studies, Vol. 47, No. 3 (1999), pp. 503-505. (Тај „парадокс“ ипак је само привидан.)

ових земаља још је и прије краја комунистичке владавине стекла неку представу о томе свијету. У ствари, то је обично био репер - тамошњи нивои индивидуалне потрошње и слободе - према коме су одмјеравали свој, дакле незавидни, положај. Сад се пред овим људима појавила јединствена прилика да постану дио тога свијета у економском, културном и политичком смислу, да окончају са својом понекад и вишестољетном „заосталошћу" и инфериорношћу, да буду „као и други".[43]

[43] Ово је само нова верзија „*catching-up*" тежње. Cf. A. Giddens, *Beyond Left and Right.The Future of Radical Politics.* Cambridge-Oxford 1994, pp. 105-108.

Pavle Jovanović, Ph.D., Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

„Essential Reasoning of Post-Communist Transition to Democracy and Market Economy"

Resume

This article explores complex general aspects of the post-communist transition.

Concept of transition from authoritative into democratic order has been developed during the 70-ies of the last century, after the long dominance of sociologic and economic, i.e. systematic reduction of political processes to the epiphenomenal level. This concept, in close relationship with the contemporary political changes in the Southern Europe (Spain, Portugal, Greece) and less impressively in the South America – was later on simply extended to the post-communist transition after the 1989.

What is important here, according to author's opinion, is somewhat paradoxical accident that the same society at some point can be autocratic and also democratic one, i.e. if it will be of one or another kind is depending on the political choice in the broad sense. This insight that is extensively explained and analyzed by the author, is pointing out to the actual possibilities of the post-communist transition. In the same time, it considerably reduces rationalization of various skeptic attitudes towards outcomes of this process. Of course, democracy cannot be developed neither rapidly nor effortlessly, as well as thus cannot be market (capitalist) economy, and the same is true also for the reconstruction or construction of the modern state. But, in some way, it is sufficient enough to initiate processes towards that direction, and this is, again, unavoidable with the (rapid) deconstruction of the communist system.

There are two basic strongpoints of this possibility. One is that the communist system –aside from the epochal, even millenaristic character of its ideology – was modernization project of the corresponding societies, that has

produced significant results. Towards the other point out the former thesis on the „system" convergence. Within this context exists one another important moment: economic and cultural integration of the communist countries into global currents (that were under the hegemony of the opposed system).

Author is analyzing the main characteristics of the two basic features of the post-communist transition – transition to democracy and transition to market economy, their relationships, mutual origins and limitations. This two are often accompanied by the „third" transition: that is the change of the framework of the political community, or emergence of the new national states instead of the three federations that have been created by the communists. Author carefully examines the very roots, features and possible ranges of this „third" transition.

In relation to this one, but also with the first two ones, author speaks about alternated very favorable international conditions, within which European part of this countries is introduced into the Euro-Atlantic integrations, into the company of the wealth and stable West, thus enabling this countries to make foundation for particular goal of the state and for democratic consensus that were, on this soil, practically without precedent.

Key words:
Transition, post-communist transition, democracy, market economy, proto-state and nation-state, processes of modernization.

316:34(4-11)

Проф. др Милош Марјановић
Правни факултет у Новом Саду

СИСТЕМАТИКА СОЦИОЛОГИЈЕ ПРАВА У ИСТОЧНОЕВРОПСКИМ ЗЕМЉАМА

Сажетак: *У раду се на компаративан начин сагледавају искуства источноевропских земаља у конституисању и начинима развијања социологије права као научне и наставне дисциплине. Аутор није у анализу укључио искуства Мађарске, Чешке, Словачке и бивших совјетских република због тешкоћа у набавци литературе и језичких баријера. Посебно се анализира да ли, у којој мери, и на који начин постојање извесне националне традиције социологије права утиче на процес њеног конституисања и даљег развоја. Ако је реч о друштвима истог историјског типа (социјалистичка па посткомунистичка), шта је то што омогућава да у неким случајевима таква традиција даје сјајне резултате а у некима не даје готово никакве? На једној страни су Русија, Румунија, Бугарска и бивше југословенске републике које нису искористиле сопствену богату теоријску и истраживачку традицију и тек чине прве озбиљније покушаје у њеном конституисању и институционализацији па су, отуда, и са неразвијеним систематикама, а на другој страни изузетно поучан пример Пољске, који показује како ова систематика може бити веома целовита и разуђена на основи богате и добро искоришћене властите традиције, успешне институционализације и развоја који ову земљу уврштују у сам врх главних светских токова социолошкоправне мисли.*

Кључне речи: *Пољска (пољска школа социологије права), Русија, Румунија, Бугарска, бивше југословенске републике, социолошкоправна традиција, систематика социологије права.*

Све су учесталији захтеви да се на нашим правним факултетима социологија трансформише у социологију права или, пак, у социологију за правнике. У таквој ситуацији најпримереније ће бити да се сагледају како традиција тако и актуелна достигнућа и стремљења наше социологије права.

То стање, изражено у њеној систематици, ваљало би, затим, упоредити са ситуацијом у бившим југословенским републикама и код неких наших суседа (Македонија, Босна и Херцеговина, Хрватска, Словенија, Румунија, Бугарска) па са још неким посткомунистичким друштвима (Русија, Пољска), а онда и са неким западним земљама. Најпре са социологијом права у оним земљама за које се у нашој литерутури тврди да нису имале већег одјека изван њихових граница (Шпанија, Италија) да бисмо компарацију завршили са оним земљама из којих је тај одјек био највећи (скандинавске земље, Француска, Немачка, Енглеска). Било би добро да се овом европском узорку придода бар неколико паралела са развојем и систематиком социологије права у САД, а можда и Канади, како би се стекао увид у светске трендове.

Већ и претходна, дијагностичка или експлоративна истраживања дају неопходан преглед који трасира пут за нова, продубљенија и свеобухватнија истраживања. Међутим, испоставило се да су чак и овако постављен циљ и задаци истраживања били преамбициозни и сувише претенциозни за једну истраживачку годину, без одласка у стране библиотеке, с ослонцем превасходно на интернет презентације литературе и наставних програма. Много тога није било доступно у електронској форми а ако јесте онда је коришћење «full texta» изискивало непримерене издатке. И поред тога, прикупљена је поприлична грађа (разуме се, не само са интернета) али наведене тешкоће у њеном прикупљању нису омогућиле стицање систематског него само почетног увида у проблем па се, у овој фази рада, одустало од првобитне намере да се она макар прегледно презентира. Показало се да ће бити целисходније, и за сврхе једног оваквог фазног рада сасвим довољно, да се прво обраде источноевропске а затим и западноевропске земље. Али и ту је било тешкоћа јер се наишло на језичке баријере и недоступност литературе па зато нису укључене Мађарска, Чешка, Словачка и бивше совјетске републике. Применом секвенцијалне анализе, као активног дијалога теорије и емпирије током целог тока истраживања, испоставило се да ће упоређивање Пољске , с једне стране, и осталих источноевропских земаља које смо истраживали, с друге стране, дати најзначајније и најпоучније резултате.

Посебно нас је занимало, баш у овој компарацији, да ли, у којој мери и на који начин постојање извесне националне традиције социологије права утиче на процес њеног конституисања и даљег развоја. Ако је реч о друштвима истог историјског типа (социјалистичка па посткомунистичка), шта је то што омогућава да у неким случајевима таква традиција даје сјајне резултате а у некима не даје готово никакве?

Почетна хипотеза била је да се у европским земљама већ уобличила извесна заједничка или стандардна проблематика а да поједини аутори, у зависности од националне традиције и теоријске оријентације, више или мање наглашавају или изостављају поједине теме. Постојање богате националне традиције може врло повољно да утиче на њен развој али то не мора увек бити случај. Реч је само о једној повољној околности или, можда, нужном али не и довољном услову, у садејству сплета чинилаца. Међутим, што је истраживање више одмицало све смо више увиђали да се систематика може развијати и у правцу тематске диференцијације и диверзификације а не само хармонизације и унификације. Ово је необично важно не само за развој социологије права, него и за развој социолошких па и правних наука уопште, па и за развој друштва у целини и права у њему. Тамо где дође до плодних спојева светских трендова и богате националне традиције, где се развијају општа социолошка и правна теорија и искуствена истраживања, међу којима и она практично применљива, где су идеолошко-политички услови повољни и где се појаве истакнути научници и добри организатори, рађају се и институционализују научне школе, признате и далеко ван граница дотичне земље. А управо та специфична проблематика даје, онда, тој школи особиту физиономију и значај, а она се најбоље очитава у систематици.

Пре само једне деценије о развоју социологије права изречена је следећа оцена: „Социологија права је релативно нова дисциплина, која није још довољно развијена, ни у свијету ни код нас. Из ове области такорећи и не постоје систематска дјела, поготову не опширнија, као ни уџбеници“ (М. Мучибабић, 1996:218). Међутим, уколико је ова оцена, бар када се нас тиче, и била делимично тачна, она сасвим сигурно не стоји када је реч о светским размерама. Али да прво погледамо како стоји ситуација са нашом традицијом и садашњицом социологије права.

За Валтазара Богишића, творца Општег имовинског законика за Црну Гору (1888), речено је да је био «вероватно најјача и најкреативнија личност у правној области на целом Балкану у 19. веку» (А. Молнар, 1994,

2:559). Још ласкавија оцена или, боље рећи, признање дошло је из редова светских социолога: »Био је први предсједник Међународног института за социологију, претече данашњег Свјетског удружења за социологију, када је основан 1888» (С. Шувар, 1988, I:20)[1] Уосталом, иако је и до данас остао споран, изгледа да је утицај Валтазара Богишића на Еугена Ерлиха, кога обично сматрају оснивачем социологије права у свету, био несумњив (А. Молнар, 2:449-450).

А основне карактеристике Богишићевог социолошкоправног опуса биле су следеће: 1. тесна повезаност теорије и емпиријског проучавања, 2. настојање да се социологија права институционализује на универзитету, 3. изричито одбацивање вредносне неутралности науке, 4. тесна повезаност између социологије права и социологије села и, што је нарочито важно, 5. отвореност за рецепцију главних теорија онога времена на основу којих ће и настати социологија права као научна и наставна дисциплина. На жалост, ово богато научно наслеђе није било искоришћено у даљем току конституисања и развоја социологије права код нас (А. Молнар, 1994, 2:574).

После Богишићеве смрти (1908) интересовање за развој социологије права је готово потпуно нестало (с изузетком Сретена Вукосављевића, бар када је реч о изучавању обичајног права, односно сеоских регула - Радомировић-Подгорац-Максимовић, 2000:212-213; М. Митровић, 1982: 229-243). Оно се поново обнавља 1935. године на Правном факултету у Београду када се оснивају Катедра за социологију и Друштво за правну филозофију и социологију. Међутим, социолошка теорија се развијала потпуно независно од емпиријских истраживања (којих није ни било), социологија права се није институционализовала у академском животу а у њој је дошло до опредељења за рецепцију само француске теорије друштвеног права (А. Молнар, 1994, 2:576-591; М. Митровић, 1982). У социјалистичкој Југославији дошло је до готово потпуног сумрака социологије права. Осим разлога идеолошке природе (избегавање да се истражује стварност правних норми) томе су допринели и изузетно низак ниво рецепције како домаћег тако и страног социолошкоправног наслеђа. Тек се током седамдесетих и осамдесетих година 20. века појављују емпиријска истра-

[1] Занимљиво је, а код нас мало познато, да је Стипе Шувар дипломирао на Правном факултету у Загребу 1960. године и да је био професор и на Социологији права, као опционом предмету. Приликом одржавања научног скупа Село у Црној Гори у ЦАНУ, од 18-20 децембра 2000. године, имао сам задовољство да присуствујем и откривању споменика Валтазару Богишићу испред зграде Правног факултета у Подгорици. Том скупу и тој церемонији из Загреба су присуствовали Светозар Ливада и Стипе Шувар.

живања самоуправног права, правосудног система и судијске професије као и неке теоријске расправе (А. Молнар, 1994, 2:591-601).

Друштвене промене током деведесетих година и интелектуално сазревање у области социологије права у претходне две деценије, али не само код нас него и у светским размерама, створили су услове за појаву две значајне, вишетомне студије у овој области и на нашим просторима.

Студија др Александра Молнара, тадашњег асистента на Правном факултету у Новом Саду а сада професора на Филозофском факултету у Београду, *Друштво и право: историја класичних социолошкоправних теорија,* књ. 1-2, Нови Сад, *1994*. односи се на период између средине 19. и средине 20. века, а обухвата следеће земље: Француску, Русију (СССР), Енглеску и САД (1. књига), Скандинавију, Немачку и Аустрију а, укратко, и неколико других европских земаља (Италију, Холандију, Пољску, Бугарску и Мађарску, уз такође кратак приказ покушаја конституисања социологије права у Југославији (2. књига). Ова студија је плод дугогодишњих ауторових истраживања и једногодишњег студијског боравака у Гетингену и Амстердаму, а проистекла је из прерађених и допуњених делова његовог магистарског рада и докторске дисертације, које је одбранио на Филозофском факултету у Београду. Александар Молнар је за четворотомну *Расправу о демократској уставној држави*, I-IV, Самиздат, Београд, 2002. године, на 2000 страница и са 3000 коришћених извора, добио Награду града Београда за стваралаштво у 2002. години у области друштвених и хуманистичких наука.

Међу земљама у којима социологиоја права, наводно, није имала великог одјека изван сопствених граница, Молнар(1994, 2:567) помиње и Италију. С тим се не можемо сложити, бар када је реч о франкофоном подручју (видети часопис *Droit et société*) али ни о часописној, па и књишкој продукцији на енглеском језику (видети *Questia - The World's Largest Online Library*), Хрватској (као што ћемо видети) а вероватно и Швајцарској. У преглед (узорак) тих земаља, без великог међународног одјека, није укључена Шпанија, а њен је утицај несумњив и на франкофоном и на англофоном подручју (упореди исте, горе наведене изворе) а за латиноамеричке земље се то са сигурношћу може очекивати. Последњих деценија нарочито је запажена продукција из *Instituto Internacional de Sociología Juriídica de Oñati,* као и из *Laboratorio de Sociología Jurídica, Univerzidad de Sen Sebastian.* Социолошкоправна продукција није ни мања ни безначајнија у Белгији него у Холандији или Румунији него у Бугарској. Најзад,

ако се хоће увид у светске трендове социолошкоправне продукције и њеног утицаја, морају се узети у обзир и све запаженији канадски доприноси у социологији права, па и антропологији права, а не би требало занемарити ни Латинску Америку, ни Јапан, а последњих неколико година чак ни Афику.

Друго систематско дело, тротомна монографија др Југослава Станковића, професора Правног факултета у Београду, под насловом *Основи опште социологије права,* настало је као резултат рада на научном пројекту Конституисање Србије као правне државе у условима транзиције.

- Први део (1996.), како пише у поднаслову, односи се на право и социолошки метод (социологија и посебне социологије, метод и конституисање посебних наука, методи изучавања права, метод и његови елементи) и на социолошки појам права (тешкоће дефинисања, потреба дефинисања, полазне претпоставке дефинисања права са социолошког становишта, социолошки појам права, објективни основ настанка права – солидарност или конфликт, друштвена моћ – појам).
- Други део (1998.) се односи на стварање права (појам и стварање права, чиниоци стварања права, однос објективних и субјективних чинилаца, утицај објективних чинилаца на стварање права, утицај субјективних чинилаца на стварање права).
- Трећи део (2000) садржи примену права (однос између стварања и примене права, правна ефикасност, чиниоци примене права и правне ефикасности, теорија «понашања права» - анализа Д. Блека), суд и примену права, личне карактеристике и примену права, утицај санкције на примену права, развој права) и предмет социологије права.

Студија Саше Бована, доцента на Правномн факултету у Београду, *Парадигматски корени социологије права: основи биолошке теорије права* (2004), представља његову прерађену докторску дисертацију и односи се на једну теорију у овом домену.

На Правном факултету у Београду, од школске 2005/06. године, сви су предмети постали једносеместрални, а Општа социологија се налази у II семестру, са фондом часова 8+4, колико имају и Увод у право и Римско право, који се држе у I семестру. Социологија права се налази на III години, и то у V семестру, као обавезан предмет на две наставне групе, управно-теоријској и теоријско-правној, са фондом часова 4+0, колико имају и

други обавезни предмети у свим осталим наставним групама. Њен наставни програм није нам био доступан у електронској форми.

Приказаћемо, у сажетом облику, три наставна програма социологије права на правним факултетима у нашој земљи.

На Правном факултету у Новом Саду, Социологија права је опциони предмет у V семестру (2+0) а наставни програм обухвата: предмет и метод социологије права и њен однос према филозофији права, теорији права и другим гранама социолошке и правне науке, оснивање и развој социологије права, приступе дефинисању права и социолошки појам права, социолошке теорије права, политику и право (друштвена моћ и право), друштвену условљеност и друштвене функције права, субјекте и процес стварања права у социолошкој перспективи, емпиријску социологију права, моделе легитимизације права, ефикасност и ефктивност права, правну професију, правну културу и правну социјализацију, класификације правних система, право у данашњим транзиционим друштвима и глобализацију и право.

На Правном факултету у Нишу Социологија права је обавезан предмет у V семестру (2+1) али само на правно-теоријској групи (заједно са Филозофијом права и Савременим политичким системима). Основне тематске области у овом наставном програму су: увод и дефинисање социологије права, историјски развој социологије права, право као друштвена појава, стварање права, примена права, утицај друштва на право, утицај права на друштво и значај и улога социологије права *(Наставни план и програм основних студија,* Ниш, 2004:12-13 и 110-112).

Основна поглавља наставног програма Социологије права као опционог предмета у V семестру (са 2+0) на Правном факултету у Крагујевцу, у школској 2005/06 години, су: социологија права као правна и као социолошка наука, предмет и метод социологије права, историјски развој социологије права, социологија права у свету, право као друштвена појава, однос права и морала, правна свест и ставови према праву и друштвена функција права.

На Правном факултету у Подгорици, Социологија права је опциони предмет већ у III семесту (са 4 кредита, као и свих осталих 7 изборних предмета). На жалост, наставни план овог предмета није доступан у електронској форми, па га нисмо ни могли анализирати. У овој фази истраживања није нам била доступна (али је поручена) ни књига професора овог

факултета, академика Драгана Вукчевића, *Иза норми: социолошки и правни есеји* (2003). Ваља поменути и његову монографију *Социолошка мисао у Русији (искуство XX вијека)* из 1994. године.

За **Македонију** смо располагали са два издања (1996. и 2001.) уџбеника Томислава Чокревског, са Правног факултета у Скопљу, чији је наслов *Социологија права: друштво и право (Социологија на правото: општество и право).* Између ова два издања нема никакве разлике у систематици а основни садржаји су: предмет и методи социологоије права у структури друштвених наука, историјски и теоријски основи социологије права, друштво, човек и право, основни садржаји и категорије предмета социологије права, друштвене функције права, право и сличне човекове творевине и регулативне институције и право.

Ни за **Босну и Херцеговину** нисмо располагали наставним програмима у електронској форми али јесмо располагали подацима о месту социологије права у наставном плану. Од школске 2005/06. године сви предмети на Правном факултету у Сарајеву су једносеместрални. Социологија са социологијом права се предаје већ у I семестру, са фондом часова 3+1 и ECTS од 5 бодова. На Правном факултету у Мостару, у V семестру, постоји Социологија права као изборни колегиј (предмет). На Правном факултету у Бања Луци на I години постоји предмет Социологија, али Социологије права нема међу изборним предметима, којих укупно има само пет. У школској 2004/05. години, на Факултету политичких наука у Сарајеву, на III години, на Одсјеку за социологију, постојала је Социологија права као обавезан предмет.

У **Хрватској**, на Правном факултету Свеушилишта у Загребу постоји правни студиј и Студиј социјалног рада, оба као петогодишњи студији. На I години и то већ у I семестру постоји предмет Социологија, са фондом часова 6+0 и ECTS од 8 поена, као и сви остали предмети на I години. Постоје изборни предмети Социологија права и Социологија управе али се у «сажетку наставних програма» не налази и сажетак из Социологије права. Само се упућује на литературу: Еуген Пусић, *Друштвена регулација,* Загреб, 1990. Међутим, за Хрватску смо ипак располагали са три социолошкоправна наставна програма. Овај програм је на Правном факултету у Ријеци подељен на четири одељка: социологија и право, теоријски извори социологије права, одабрани теоријски проблеми социологије права («M. Weber: рационализација и право. T. Parsons: функције правног сустава. N. Luhmann: друштвени сустав, регулација и проблем легитимности. J. Haber-

mas:комуникација, морал и право») и истраживања и примена (друштвене функције права, право и моћ, професионална етика и организованост правне професије и методе социолошких истраживања правне проблематике). Овога пута наводимо и анализирамо и списак испитне литературе јер нам је била доступна. Сва обавезна литература је на хрварском језику али је само један аутор домаћи: Е. Пусић, *Друштвена регулација* (1989), G. Gurvitch, *Социологија II* (1966), G. Ritzer, *Сувремена социолошка теорија* (1997) и M. Weber, *Власт и политика* (1999). Изборну литературу чине три уџбеника на страним језицима: R. Cotterrell: *Sociology of Law: An Introduction* (1992), R. Treves, *Sociologia del diritto* (1996) и Trevino Javier, *The Sociology of Law: Clasical and Contemporary perspectives* (1996). Овај наставни предмет је изборни на III години а његов аутор (проф. др Борис Бановић) наводи да је компатибилан или упоредив са низом правних факултета у Европи, па и у свету (изричито помиње Милано, Болоњу, Трст, Единбург, Јену, Сарбрикен и Амстердам). Помињемо и расправу др Мије Биличића, ванредног професора Поморског факултета у Ријеци, под насловом *Теоријско разграничење и утемељење социологије права,* објављену у *Зборнику Правног факултета у Ријеци,* vol. 20, 1/1999. Аутор заступа гледиште да социологија права има властиту теоријску основицу, по којој се разликује од правне науке. Ту основицу излаже кроз опште појмове социолошких теорија Диркема, Парсонса и Гурвича. «Изведено теоријско утемељење социологије права окупљено је око појма друштвене контроле». Ми бисмо додали да, ако се узму у обзир и Луманова, Хабермасова и Пусићева схватања, тај појам би могао бити и друштвена регулација, који треба развити у правцу теорије средњег обима.

На Свеучилишту у Загребу постојали су у 2003/04. години «Хрватски студији» и из социологије. По проф. др Младену Пушкарићу, циљ колегија (предмета) Социологије права је да упозна «студенте с основним питањима о односу правног и друштвеног сустава, о њиховој аутономији и међуосвисности». Дакле, очигледно под утицајем теорије система, не више однос права и друштва, већ правног и друштвеног система. «Основне теме» на овом колегију су: «Појам права. Учење о садржају права. Аксиолошка теорија о праву. Социолошка теорија о праву. Учење о облицима права. Догматска теорија о праву. Правна норма у односу на друге друштвене норме. Право и морал. Право и обичајност. Правни темељ грађанског друштва. Грађанска држава и правни поредак. Друштвени интереси и правни поредак. Друштвено значење легитимитета и легалитета. Хрватско друштво и правна традиција». У овом програму посебну пажњу привлаче разматрање односа грађанског друштва и правне државе (правног поретка)

као и проблеми легитимације (легитимности и легалитета). С обзиром да је реч о студијској групи за социологију, у програму и литератури је сразмерно више заступљена теорија права, без чега студенти социологије овај предмет не би могли добро разумети и пратити. Из обилне литературе посебно издвајамо N. Luhmanna (1992), A. Igličara (1991) и E. Pusića (1987).

На основу 30 слајдова power point презентације уводног предавања (12. 01. 2005) које је било доступно на интернету, реконструисали смо основне теме из Социологије права на Правном факултету у Загребу: право као умеће и као систематизовано искуство – његова делотворност, практичност и примена; здраворазумско схватање правне професије и њена демонополизација; праведност; теорија правних институција, три врсте правне науке (филозофија права, правна догматика, правна социологија); подручја социологије права (учинковитост права, правна професија, знање и мишљење људи о праву, извори права и ванправне норме, друштвена функција права, односно норма и стварност); савременост – глобализација и диверзификација; правничко образовање – диверзификација и реформа предмета; теоријска традиција 1 (jurisprudence 1, правни реализам, јуриспруденција –називи: jurisprudence, law and society, sociology of law, law and social sciences, social analysis of law, law researches), јуриспруденција (и социологија). Овде посебно истичемо неконвенционалну тематску проблематизацију овог наставног програма, његову практичну и савремену усмереност и добар увид у тероријске (али и истраживачке) традиције модерне јуриспруденције.

Случај **Словеније** је интересантан и значајан бар из два разлога – због постојања извесне традиције уџбеничке литературе из социологије права и места овог предмета у наставном плану. На основу информација са интернета познато нам је да се на Правној факултети Универзе у Љубљани, у школској 1999/2000. години, на I години студија, у оба семестра, са фондом часова 3+1 и 3+1 предавао предмет *Uvod v sociologijo in sociologija prava.* По броју часова и кредита (9) овај предмет је у истом рангу са Уводом у право и Римским правом. Предавали су га проф. др Албин Игличар, шеф Катедре за теорију ин социологију права, и проф. др Петер Јамбрек. Књиге проф. Игличара у то време биле су: *Teme iz sociologije prava* (1991) и *Pravo in družba* (2000), а обе су објављене у Љубљани, где се 2004. године појавила и књига *Sociologija prava*. На жалост, нисмо располагали наставним програмом а ни поменутим издањима књига него само једним старијем издањем књиге истог аутора – *Uvod v sociologijo prava (1986).* Из тог разлога није могла бити изведена систематска компаративна

анализа ранијег и садашњег стања али се располагало оквирним испитним питањима на студентском сајту у поменутој школској години, па се на основу расположивог «улаза» и «излаза» могу реконструисати макар главни правци промена. Према последње поменутој књизи, основни одељци социологије права били су:

1) О социологоји права (задаци и место у друштвеним наукама, предмет и методе, Гурвичев поглед на социологију права, зачеци социологије права у Словенији).
2) Економска база као основа права (рад, својина и њена институционализација).
3) Интересна позадина права (одређење, правни поглед, класни интерес, усклађивање интереса, историјски аспект, конфликт интереса и право).
4) Улога политичке надградње у стварању и примени правних норми (друштвено-политички систем, интересна детерминисаност политике, политичке странке, интересне групе, друштвено-политичке организације).
5) Правне институције (стварање и примена права).
6) Процеси подруштвљавања права (познавање права, утицај самоуправних односа на правну надградњу, совјетска концепција општељудског права, друштвени циљеви нормативних поступака у социјалистичкој демократији), подруштвљавање права у процесу стварања, утицај радничке контроле на правну сферу, друштвена и политичка одговорност за извршавање друштвених договора и општих правних аката.
7) Друштвене промене и право (друштвени узроци нормативних промена, развој правног система социјалистичке демократије, право и друштвена интеграција, друштвена условљеност успостављања и поштовања људских права, правно уређивање економске емиграције).
8) Правничка занимања и правна култура (друштвена улога судије, правна помоћ, улога правника у стварању, интерпретацији и истраживању права).

Судећи према оквирним испитним питањима, која се налазе на студентском сајту, сада је изостављен марксистичко-социјалилистичко-самоуправни дискурс, који је био јако заступљен у нашим правним наукама па, као што видимо, и у словеначкој социологији права (економска база и политичка и правна надградња, друштвено-политичке организације, подруштвљавање права, социјалистичка демократија, друштвена својина и самоу-

прављање, друштвени договори). Док су у старијем издању књиге Erlich, Durkheim i Weber само овлаш поменути, сада им се поклања много већа пажња. Уз њих су још обрађени и Диги, системска теорија (Парсонс, Луман), интересна јуриспруденција (Rudolf Ihering, Philip Heck), социолошка јуриспруденција, правни реализам. Елаборирани су:обичајно право, друштвена моћ и процес одлучивања, грађанско друштво, парламентарна опозиција, јавност, локална самоуправа, суверености, легалитет и легитимитет, социолошке методе истраживања. Овде нам се чини да су врло видљиви унутрашњи ефекти идеологизације структуре садржаја у време претходног режима, који су значајно мањи у садашњем режиму, док је значајно порасла професионализација дискурса и структуре садржаја. Посебно истичемо дидактичку опремљеност контролним питањима већ старијег издања уџбеника и њихову данашњу доступност у електронској форми на студентском сајту факултета.

У нашој литератури нема података о развоју социологије права у **Румунији** али смо располагали уџбеником Achima Mihua *Sociologia dreptului (Социологија права),* Cluj-Napoca, 2000. У овом граду у Трансилванији налази се далеко највећи румунски универзитет и један од највећих у читавој Европи – са преко 44 000 студената у 2004. години а веома је познат и по интензивној међународној сарадњи (видети: Р. Катона, 2005:147-159, укључујући и мој сажетак на основу кога је писан абстракт на енглеском језику. У два наврата – 2002. и 2004. године - имао сам прилику да, на краће време, боравим на овом универзитету). Професор Миху је на овом универзитету држао курсеве из социологије и филозофије а, као Фулбрајтов стипендиста, у два маха је боравио у САД где је, други пут, на Универзитету Минесота (1979-1980) предавао студентима и докторандима. Између осталог публиковао је: *Америчку социологију малих група (1970), АБЦ-ду социолошких истраживања, I-II (1971, 1973) и Увод у социологију (1992).* Горе поменуто издање уџбеника *Sociologia dreptului* је четврто по реду (прво 1992, друго 1994, треће 1996) а ово последње издање је прилагођено и за ширу читалачку публику а не само за студенте и правничке специјалисте. Уз сазревање ових савремених услова, постојала је извесна, па макар и минимална, традиција за развој социологије права. У *Социолошком приручнику (Manualul de sociologie)* из 1930. D. J. Suchianu је три поглавља посветио социологији права. У *Елементима социологије (Elemente de sociologie)* из 1935. године P. P. Ionescu сматра да социологија права треба да се бави правном активношћу у приватним и јавним пословима. У једном другом *Социолошком приручнику (Manualul de sociologie),* из 1938. године P. Andrei i V. Harea посебно инсистирају на тесним везама

права и морала а шире се баве криминалом и криминалитетом. Уз ове подстицаје из 1930-их година, корени социологије права се могу пронаћи и код неких румунских филозофа (Drăghicescu, Djuvara) а, нарочито, у чувеној Густијевој Букурештанској школи емпиријских истраживања села. Проф. Миху упозорава да се, последњих година, румунска социологија права редукционистички оријентише на социологију деликвенције и социологију криминала (A. Mihu, 2000:17). Нама се, пак, чини да ни овај аутор није успео да, у већој мери, избегне овај редукционизам, што се види из структуре поглавља у садржају његовог уџбеника (од укупно 199 страна): предмет социологије права, друштво и право, социјална диференцијација и њен утицај на криминал, култура и право, социологија случаја, конформизам и девијације, криминал и методологија. Па ипак, говорећи о перспективи социологије права, аутор истиче да она никако не сме бити редукционистичка и парохијална, него вишедисциплинарна, а управо социологија може да одигра интегративну улогу за сва друштвена истраживања права. Слажући се са Jean-Michel Besette-om, он смаатра да, у том погледу, још ширу перспективу пружа антропологија, као наука о човеку, истовремено производу и стваралоцу културе (стр. 18).

Зачеци социологије права у **Бугарској** се могу наћи још крајем 19. века у анкетном истраживању обичајног права и у домену радноправног законодавства. После Другог светског рата интересовање за социологију права и овде сплашњава, да би поново оживело тек крајем шездесетих година. Крајем седамдесетих се институционално организују социолошкоправна емпиријска истраживања по угледу на Пољску (А. Молнар, 1994, 2:559-560). За развој социологије права у **Грчкој** видети Athanase C. Papachristos (1999) а у **Турској** рад Ninguna Celebie (2002), са Универзитета у Анкари.

Традиција социологије права у **Русији** има врло дубоке корене. Довољно је поменути Пахмана, Петражицког и рану совјетску теорију права (Рајзнера, Стручку и Пашуканиса). Каснија социологија права (у Стаљиново време, па и касније) била је стерилна и стагнантна. Па ипак, и у СССР-у је дошло до похода америчког функционализма а било је и обимних и разноврсних емпиријских истраживања (А. Молнар, 1994, 1:137-174; Радомировић-Подгорац-Максимовић, 2000: 202-203). То се, ипак, није довољно одразило на синтетичку уџбеничку литературу. Куљчарови *Основи социологије права* и Карбонијеова *Правна социологија* су преведени и објављени у Москви 1981. 1986. године. Основни, а до скора и једини уџбеник у руској литератури била је *Савремена социологија права* Кудјав-

цева и Казимирчука (В. Н. Кудявцев – В. П. Казимирчук, 1995). На жалост, и поред упорног вишекратног трагања, садржај овог уџбеника није нам био доступан ни у електронској форми.

За разлику од Русије, па и свих анализираних источноевропских земаља, **Пољска** је пример земље која је далеко више искористила своје богато социолошкоправно наслеђе. Прве корене социолошкоправне мисли у овој земљи, неки аутори налазе чак у епохама ренесансе и просвећености. На њен настанак утицала су међуратна криминолошка истраживања. Па ипак, пресудан импулс за њено конституисање и институционализацију била је емиграција Леона **Петражицког** из совјетске Русије 1919. године, који се тада настанио у Пољској и преузео Катедру за социологију на Правном факултету у Варшави, на којој је деловао све до своје смрти 1931. године (J. Górecki, 1975; Т. Подгорац, 1981 и 1983). [2] Иако у оквирима широко схваћене теорије права, социологија права се у овој земљи почиње институционализовати већ средином тридесетих година. Томе су одлучујуће допринели ученици Петажицког: Хенрих Пјентка у Варшави, који се први почео користити термином социологија права у наслову једне своје расправе из 1933. године и први почео предавања из предмета Социолошки елементи теорије права, школске 1935/36. године, и Јежи Ланде, који је у Кракову, одмах после Другог светског рата, окупио групу талентованих младих људи (Адам Подгурецки, Марија Боруцка Арцтова, Јан Гурецки и други) који су снажно подигли и у међународним размерама афирмисали социологију права. Тако се у Пољској већ крајем педесетих и почетком шездесетих година искристалисала социологија права као засебна социолошка дисциплина. Она се институционализовала у три уни-

[2] Не можемо одолети а да не прокоментаришемо једну паралелу која нам се наметнула. У време када је овај аутор био студент I године социологије на београдском Филозофском факултету (1967/68), на предавањима из Историје социјалних теорија, проф. др Велько Кораћ навео је податак да се у таласу емиграције руске интелигенције после Октобарске револуције, који се слио у нашу земљу, налазио и Питирим Сорокин. Он се понудио да на Правном факултету у Суботици држи курс из социологије али то на факултету није прихваћено. Та руска интелигенција одиграла је огромну улогу у развоју појединих наука, како друштвених тако и природних, у међуратној Југославији. Поменимо, само, Тарановског и Соловјева у области правних наука. Сорокин је, после тога, емигрирао у САД где је постао један од најзначајнијих историчара социологије и представника културолошки оријентисаног циклизма у светским размерама. Његово капитално четворотомно дело *Social and Cultural Dynamics* (1937 - 1941) превео је код нас правник Ђурица Крстић а објављено је под насловом *Друштвена и културна динамика,* Подгорица-Београд, 2002, 637 стр. Намеће нам се једно питање, у смислу веберијански схваћеног мисаоног експеримента. Да је остао, да ли је Сорокин могао, у нашим условима, да развије неку социолошку школу? Или, да ли би Сорокин постао Сорокин да није емигрирао у Америку?

верзитетска центра – Варшави, Кракову и Познању, у којима се снажно развила и у светским размерама афирмисала пољска школа социологије права.

Подгурецки је 1962. године објавио своју *Социологију права,* као прво систематско дело на пољском језику у овој области. Те исте године он ће постати један од суоснивача *Истраживачког комитета за социологију права у оквиру Међународног социолошког удружења*. На Варшавском универзитету настао је 1965. године *Завод за социологију права*, а његов први управник био је управо Подгуецки. Због свега овога њега сматрају једним од најзначајнијих и најзаслужнијих за стварање савремене социологије права у свету.

Снажно су се развила, под утицајем Петржицког, током седамдесетих година, *истраживања правне свести,* која се сврставају у такозвана *КОЛ-истраживања (Knowledge and Opinion about Law).* Тих година су се у Пољској развила два правца у социолошкоправној теорији – социоцентрички, који је предводио Подгурецки, и правноцентрички, који је предводио Зигмунд Зјембињски (А. Молнар, 1994, 2:559 и Радомировић-Подгорац-Максимовић, 2000:203-205 и 256-278).

У прилици смо да систематски обрадимо чак *седам студија новијег датума као и петотомне Елементе социологије права,* који се сматрају капиталним колективним делом пољске социологије права. [3]

У Пољској се у домену уџбеничке литературе најважнијим сматра дело **Адама Подгурецког,** *Нацрт социологије права* (Podgórecki, *Zarys socjologii prawa,* Warszawa, 1971). Подељена је на четири дела: општи део (спекулативна и емпиријска истраживања у праву), посебни део (методе социолошког истраживања и њихова примена), теоријски део (концепција правне норме, аномија, конформизам, легализам, теорије деловања права) и политика права (концепција науке политике права, ефикасност деловања права). Управо се концептуализација правне политике сматра основним доприносом Подгурецког и пољске социологије права. Скрећемо пажњу да се у теоријском делу (као и код Румуна Акима Михуа, с тим што је ово

[3] Захваљујући мр Еви Максимовић, асистенту за предмет Социологија на Правном факултету у Крагујевцу, која је пољског порекла и дуго се бави развојем социологије права у Пољској (магистрирала је а ради и докторску дисертацију у овој области). Ово је прилика да колегиници Максимовић срдачно захвалимо за уступљени материјал, превод садржаја студија са пољског и омогућавање увида у неке делове текста који се још увек налазе у рукопису.

дело Подгурецког раније настало), у средишту разматрања налазе правне норме, легализам, аномија а затим и деловање права, у чијем склопу се појављује и и правна политика.

За потребе *International Seminar on Teaching Law in Western Democracies: Pluralism in Legal Thinkiking,* Warsaw, 17-27 September 1991, на коме је аутор ових редова имао прилику и задовољство да учествује, специјално је умножен рад Adama Podgóreckog, са *Ottawa University, Department of Anthropology and Sociology*, под насловом *Social Oppression.* Овај рукопис је, потом, објављен 1993. године, у Wertportu i Londonu. У каталогизацији овог дела у *Library of Congress Cataloging* ово дело је разврстано у: 1. Oppression (Psychology), 2. Social Psychology, 3. Law-Psychologycal aspects и тек на 4. месту у Sociological jurisprudence. Ово дело, ван сваке сумње, припада и социолошкоправном домену, а основне идеје се кристално јасно виде у самом садржају књиге:

тлачење изнутра, понашање под тлачењем, тоталитарна патологија права, сажета теорија пост-тоталитарног тлачења, право као окамењено тлачење. Разуме се, ово дело припада не само пољској, него и канадској и енглеској психологији, односно социологији права, што указује како на светски значај пољског искуства тако и на испреплетеност дисциплина које проучавају право и то у међународним размерама.

Врло важна је и књига **Andrzeja Kojdera**, *Достојанство и снага права (социолошкоправне скице) – Godność i sita prawa (Szkice socjologiczno-prawne),* Warszawa, 1995. Њен садржај (по нашем преводу са енглеског) је следећи:

Увод – развој социологије права у Пољској и њена темељна питања,

I део – Суочавање са делом Леона Петражицког (трагање за новом класификацијом наука, емоционална теорија мотивације, визија научне правне политике, теорија моћи, етичко-императивна идеја права Николаса Тимашева).

II део – Теоријска питања социологије права (право као предмет аксиолошке анализе, обичајно право и правни плурализам, научна корисност појма друштвена контрола, правна контрола у моноцентричком друштвеном систему, јавно мнење и поштовање закона).

III део – Примери емпиријских студија (*Pessima Iusstitia:* делатност прекршајних органа у моноцентричној држави, дисфункционалности правне културе: пољско искуство на крају осамдесетих[4], елементи правне

[4] Ово поглавље је дистрибуирано свим учесницима из централне и источне Европе на поменутом семинару у Варшави 1991. године.

културе универзитетских студената права, корекција животних искустава омладине, механизми корупције на почетку трансформације).

Закључак – Аксиологија владавине права.

На основу текстуалне анализе садржаја, рекло би се да је реч о изузетно систематској и надасве актуелној студији која се односи на пољско друштво и његову социологију права. У њој су, изгледа, врло успешно спојене властита традиција, емпиријска истраживања и искуства владавине права у транзиционом друштву.

Adam Podgórecki, *Socjologiczna teoria prawa,* Warszawa, 1998. Поглавља: 1. Дејство права, 2. Моралност, право, обичај, 3. Различите врсте легитимизације, 4. Револуција у области људских права, 5. Типологија друштвених система, 6. Ттипологија правних система, 7. Право у тоталитарним и постоталитарним друштвима, 8. Политика права. Закључак – ка адекватној теорији и социологији права.

Може се приметити, у односу на поменути оглед или нацрт социологије права (1971), да је Подгурецки тематизовао нове садржаје – легитимизацију, људска права, типологију друштвених и правних система, компарацију права у тоталитарним и посттоталитарним друштвима, како би пронашао што адекватнију (социоцентричну) теорију и социологију права.

За књигу коју је написао **Kozimierz Frieske,** *Socjologia prawa,* Warszawa – Poznan, 2001. нам се чини да представља комбинацију анализираних радова Подгурецког и Којдера, као још један корак ка синтетичкој интерпретацији социологије права: право као културна појава (где је укључена и правна култура), право и друштвени поредак, право као механизам друштвене контроле (где су укључени правна контрола, ставови према праву и васпитна улога права – правна социјализација и општа превенција), идеја владавине права.

Уџбеник **A. Pieniażeka i M. Stefanuka** *Socjologia prawa,* Lublin, 2001. садржи следећа поглавља: увод у социолошку проблематику (где се говори о претечама и оснивачима социологије), оснивачи социологије права, место социологије права у правним наукама, социологија права у свету и Пољској, методи социолошкоправних истраживања, друштвено деловање права, правна свест (где је укључена и правна култура), ставови према друштвеним нормама (где је укључена и социјализација), политика права, стварање и примена права, функције и престиж права. Ово би могао бити

пример уџбеника који синтетише успешан развој социологије права у некој земљи.

Као узоран пример правноцентричког схватања социологије права може се навести књига **Zygmunta Ziembinskog,** *Socjologia prawa jako nauka prawna,* Warszawa /Poznan, 2003.

Њен садржај је: начини схватања социологије права, социологија права и теорија државе и права, социологија права и стварање и примена права, методи и технике социолошкоправних истраживања, истраживачки проблеми социологије права као правне науке и социологија права на правним факултетима. У структури садржаја, у односу на издање из 1975. године, није било никаквих промена (Упоредити: Радомировић-Подгорац-Максимовић. 2000:258, фус нота 5).

У периоду од 1989 до 1993. године, у време када је у Пољској дошло до демократских промена, појавила се едиција од пет томова *Елемената социологије права,* на 1580 страна, као хрестоматија коју су написали искључиво пољски аутори, а чији су уредници **Анџеј Којдер (највећа заслуга), Елизабјета Лојко, Вјеслав Сташкијевич и Ана Турска**, сви са Катедре за социологију права Правног факултета Варшавског универзитета. Занимљиво је да аутори изражавају жаљење што ни у овој едицији од пет томова није могао да се целовито представи изузетно богат допринос пољске социологије права као ни главне етапе њеног развоја.

Садржај *Елемената социологије права* по томовима је следећи:

I. Социологија права и правне науке. Предмет, задаци и методе социологије права. Право и морал. Правна свест и друштвени ставови према праву.
II. Сфере реалности права. Право у неким областима друштвеног живота. Друштвена улога права. Наука политике права.
III. Правна култура. Друштвена контрола и правна контрола. Решавање спорова. Правничке професије.
IV. Аномија и њене друштвено-правне последице. Дисфункционалност права. Субкултура бесправљa и друштвене маргине. Одмеравање казне.
V. Том је у целини посвећен проблемима обичајног права.

Треба напоменути да се у припреми још увек налазе два тома – VI Традиције социологије права и VII Савремени правци социологије права. Можемо се сложити са оценом да је ово капитално дело пољских социолога права њихов огроман допринос у конституисању, институционали-

зацији и повећавању значаја социологије права као науке у светским размерама (Т. Подгорац, *Социологија права у Пољској,* у: Радомировић-Подгорац-Максимовић, 2000:256-278; Е. Максимовић, *Социоцентрички и правноцентрички правац у пољској социологији права*, рукопис).

Овоме бисмо још додали да су ови домети пољске социологије права били подупрти снажном истраживачком традицијом пољске социологије уопште још у међуратном али и у послератном периоду. Ово је добар пример како може и треба да се, на властитој теоријско-емпиријској традицији, развија, синтетише и систематизује социологија права и тако се, на оригиналан начин, укључи у њене главне токове.

Литература

Бован С. (2004), *Парадигматски корени социологије права: основи биолошке теорије* права, Београд.

Celebi Nilgun (2002). Sociology Assocations in Turkey: Continuity behind Discontinuity, *International Sociology*, Vol. 17, 2.

Чокревски Т. (2001 и 1996), *Социологија на правото (општество и право)*, Скопје.

Górecki J. (ed.) (1975), *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki*, Urbana.

Igličar A. (1986), *Uvod v sociologijo prava*, Ljubljana

Катана Р. (2005), Презентација универзитета Babeş – Bolyai из Клужа, Зборник радова *Правног факултета у Новом Саду, XXXIX –2.*

Kojder A. (1995), *Godnošć i sita prawa: Szkice socjologiczno-prawne*, Warszawa.

Кудявцев. V. Н. – Казимирчук. V. П. (1995), *Современная социология права*, Москва.

Luhmann N. (1989), Le droit comme système social, Droit et société, 53.

Luhmann N. (1992), *Legitimacija kroz proceduru*, Zagreb.

Mihu A. (2000), *Sociologia dreptului*, Cluj – Napoca.

Митровић М. (1982), *Југословенска предратна социологија*, Београд.

Молнар А. (1994), *Друштво и право*, 1-2, Нови Сад.

Мучибабић М. (1996), *Социолошко-правни појмовник*, Београд.

Наставни план и програм основних студија (2004), Универзитет у Нишу, Правни факултет.

Papachristos A. C. (1999), *Sociologie du droit*, Athènes/Komotini.

Pieniążek A. - Stefaniuk M. (2001), *Socjologia prawa: zarys wyktadu*, Lublin.

Подгорац Т. (1981), *Теорија права Л. Петражицког (видови и подврсте права)*, Крагујевац.

Подгорац Т. (1983), *Правна политика Л. Петражицког на основи искуствено-психолошког проучавања права,* Београд.

Podgórecki A. (1971), *Zarys sociologii prawa*, Warszawa.

Podgórecki A. (1998), *Socjologiczna teoria prawa*, Warszawa.

Podgorecki A. (1991), *Social Oppression*, Otawa, Westport /London.

Pusić E. (1989), *Društvena regulacija*, Zagreb.

Радомировић В. – Подгорац. Т. – Максимовић Е. (2000), *Социологија са социологијом права*, Крагујевац.

Sorokin P. (2002), *Društvena i kulturna dinamika*, Podgorica – Beograd.

Станковић Ј. (1996, 1998, 2000), *Основи опште социологије права*, I - III, Београд.

Treves R. (1998), *Sociologia del diritto*, Torino.

Šuvar S. (1998), *Sociologia sela*, I, Zagreb.

Вукчевић Д. (1994), *Социолошка мисао у Русији (искуство XX вијека)*, Подгорица.

Вукчевић Д. (2003), *Иза норми: социолошки и правни есеји*, Подгорица.

Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

Systematic of Sociology of Law in Eastern European Countries

Abstract

This paper comparatively reviews the experiences of Eastern European countries in the formation and development of the sociology of law as a scientific and educational discipline. Not included in this analysis are the experiences of Hungary, Czech Republic, Slovakia and former Soviet republics because of the difficulties in finding literature and linguistic barriers. Particular emphasis is given to analyzing to whether and to what extent the existence of a certain national tradition of sociology of law has influenced the process of its formation and further development. If we are dealing with societies of the same historical character (first socialist and then post-communist), what is it that enables some cases to yield excellent results and prevents others from yielding any at all? On the one hand we have Russia, Romania, Bulgaria and the former Yugoslav republics which did not manage to utilize their rich theoretical and research traditions and have only begun making serious strides at the formation and institutionalization of the sociology of law and have, therefore, have an undeveloped systematic. On the other hand there is the highly instructive example of Poland, which demonstrates how this systematic can in fact be very integral and widely spread on the basis of a well utilized traditions, successful institutionalization and development which solidified this country at the very summit of current trends in socio-legal thought.