ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
NOVI SAD FACULTY OF LAW
SERBIA

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

XL 2/2006

УДК 3

НОВИ САД, 2006.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
NOVI SAD FACULTY OF LAW
(SERBIA)

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

XL 2 (2006)

НОВИ САД, 2006
Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2, (2006)

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 Ђорђе Попов
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

Др Срђан Шаркић
Византијски дијалог о политичкој науци 13

Др Љубомирка Крклјуш
Бирачко право у актима Српског народног покрета у Јужној Угарској 1848-1849. године 27

Мр Гордана Дракић
Органи спровођења аграрне реформе у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца 43

Мр Маша Кулаузов
Сличности и разлике између сената према Уставу Краљевине Србије од 1801. године и Уставу француске Треће републике од 1875. године 53

Самир Аличић
Шта Гај није рекао о форми тестамента Per aes et librat? 63

Др Александар Ђурђев
Српски пут од саборовања до парламентаризма 85

Др Павле Јовановић
Уставни (дис)континуитет у савременој Србији у светлости европских и регионалних стандарда 97

Др Драган Милков
Правна средства у управном поступку 125

Др Јожеф Салма
Кауза облигационих уговора 177

Др Ранко Кеча
О другостепеној расправи у парничном поступку 201

Др Даница Попов
Правна дејства државине 217

Др Раденка Цветић
Стварно право Србије – како даље? 237

Мр Сања Радовановић
Мултимедијална дела – однос са постојећим сродним објектима ауторскоправне заштите – 251

Атила Дудаш
Накнада штете због повреде личних права аутора 263

Др Стеван Шогоров
Обавеза допунских уплата и додатних улога у друштву с неограниченом одговорношћу 289

Др Душанка Ђурђев
York Antiwerpenskih правила из 2004. 301

Др Ђорђе Попов
Процена пословних ризика и стране инвестиције 313

Др Миле Врањеш
О начелима пореског права Европске уније 329

Др Предраг Јовановић
Радноправне димензије социјално-економских права у европском и нашем праву 343

Др Сенад Јашаревић
Једнакост запослених према полу у документима и пракси ЕУ 359

Др Стајић Љубомир
Посмодерни тероризам, организовани криминал и корупција као савремени безбедносни изазови, ризици и претње 379

Др Иштван Фејеш
Одговорност прикривеног иследника и његове жртве за извршено кривично дело 405

Др Снежана Бркић
Посебна заштита деце и малолетника као оштећених и сведока у кривичном поступку (упоредноправни приступ) 431

Др Татјана Лукић
Борба против тероризма на нивоу Европске Уније и основна људска права и слободе 447

Милена Павловић
Конвенција Уједињених нација против корупције и њена примена у домаћем праву 463

Др Родољуб Етински
Допринос судова Европских заједница изградњи забране дискриминације у праву конкуренције Европских заједница 489

Др Бернадет Бордаш
Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању однос старања – извор међународног приватног права у Србији 505

Бојан Тубић
Поступци пред Европским судом за људска права 539

Др Милош Марјановић
The Evaluation Data Given By Participants During the Project Development of the Environmental Legislation in Serbia and Montenegro (Jugolex) Public Workshops/Conferences 561

Table of contents

Srđan Šarkić, Ph. D., Full Professor
A Byzantine Dialogue De Scientia Politica 13

Ljubomirka Krkljuš, Ph.D. Full professor
Voters' Right in the Documents of the Serbian national Movement (Srpski narodni pokret) in Southern Hungary in 1848-49 27

Gordana Drakić L.L.M Assistant
Organization of execution of democratic land reform in Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes 43

Maša Kulauzov, Assistant
Similarities and differences between the Senate according to the Constitution of the Kingdom of Serbia of 1901 and the Constitution of French Third Republic of 1875 (Constitution de la IIIe République) 53

Samir Aličić, Assistente aspirante
Che Cosa Gaio Non Ha Detto Sulla Forma Di Testamento Per Aes Et Libram 63

Aleksandar Đurđev Ph.D. Full professor
Serbian Road from Gatherings to Parliamentarism 85

Pavle Jovanović Ph.D. Full professor
Constitutional (Dis)continuity in Contemporary Serbia in the Light of European and Regional Standards 97

Dragan Milkov, PhD, Full Professor
Legal remedies in the Administrative procedure 125

Prof. Dr. József Szalma, Ordentlicher Professor
Vertragsgrundlage 177

Ranko Keča, Ph.D. Full professor
The Second Phase Hearing in Civil Proceeding 201

Danica Popov, Ph.D. Full professor
The importance of possession to acquire ownership 217

Radenka Cvetić, Ph.D. Associate Professor
Serbian Property Law – What is Next? 237

Sanja Radovanović, Ph.D, Assistent
Multimedia works – comparison to existing works 251

Atila Dudaš, Assistant
Civil actions for the protection of author's moral rights 263

Stevan Šogorov, Ph. D. Full Professor
Obligation of Additional Payment and Additional Contribution in Limited Liability Company 289

Dušanka Đurđev Ph.D. Full professor
York Antwerp Rules 2004 301

Đorđe Popov, Ph.D., Full Professor
Evaluation of the Business Risks and Foreign Investments 313

Mile Vranješ, Ph. D. Full Professor
On Principles of European Union Tax Law 329

Predrag Jovanović Ph.D. Full professor
Labour-Law Dimensions of Social-Economic Rights in the European and Our Law 343

Senad Jašarević, Ph.D. Associate Professor
Equal treatment of eployees of men and women in documents and activities of the EU 359

Ljubomir Stajić, PhD, Full Profesor
Postmodern Terrorism, Organized Crime and Corruption as Contemporary Security Challenge, Risk and Threat 379

Ištvan Feješ, Ph. D. Associate Professor
The Responsibility of the Undercovered and his „Victim" for the Commited Crime 405

Snežana Brkić, Ph.D. Associate Professor
Special Protection of Children and Juvenile as Injured Party and Witness in Criminal Procedure (Comparative Approach) 431

Tatjana Lukić, Ph.D. Assistent
Combat Against Terrorism and Human Rights 447

Milena Pavlović, Assistant
United Nations Convention against Corruption and its Repercussions on Domestic law 463

Rodoljub Etinski, PhD, Full Professor
Contribution of the EC Courts to Construction of Prohibition of Discrimination in the Competition Law of the EC 489

Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
The European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children – a New Source of Private International Law in Serbia 505

Bojan Tubić, Assistant
Procedures Before the European Court of Human Rights 539

Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor
The Evaluation Data Given by Participants During the Project Development of the Environmental Legislation in Serbia And Montenegro (Jugolex) Public Workshops/Conferences 561

У овој свесци Зборника су објављени радови проистекли из истраживања у оквиру пројекта „Српско и европско право“ који се реализује у оквиру Правног факултета у Новом Саду средствима самог Факултета.

Редакција

949.502:32

Др Срђан Шаркић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ВИЗАНТИЈСКИ ДИЈАЛОГ О ПОЛИТИЧКОЈ НАУЦИ

Сажетак: *Из времана владавине цара Јустинијана (527-565) сачуван је дијалог о политичкој науци, кога воде две личности – Тома и Менас, а који се заснива на Платоновој Држави и делом на Цицероновом спису О држави (De Republica). Мада је први издавач текста, учени кардинал Анђело Маи, спис приписао историчару и говорнику Петру, који је у време Јустинијана обављао дужност шефа царске канцеларије (magister officiorum), његово ауторство није сигурно. Не можемо тачно утврдити ни када је спис настао ни из колико се књига састојао, јер рукопис који је до нас стигао садржи само одломке из четврте и пете књиге дијалога.*

Кључне речи: *Дијалог О политичкиј науци, De Republica, Петар Патрикије, Цицерон, Платон, Анђело Маи, Фотије.*

Године 1827, велики италијански филолог, кардинал Анђело Маи (Angelo Mai, 1782-1854), објавио је у делу *Нова збирка старих писаца* (*Scriptorum Veterum Nova Collectio*) одломке дијалога писаног на грчком, кога је он насловио *О политичкој науци* (*De scientia politica*),[1] и који се изгледа заснива на Платоновој *Држави* и делом на Цицероновом спису *О држави* (*De Republica*). То дело је приписао историчару и говорнику Петру, који је за владе Јустинијана I (527-565) вршио службу *magister offic-*

[1] A. Mai, *Scriptorum Veterum Nova Collectio,* Roma 1827, tome II,V, p. 571-609. Модерно издање са преводом на италијански језик објавио је C.M. Mazzucchi, *Menae patricii cum Thoma referendario De scientia politica dialogus,* Milano 1982.

iorum-а[2] и био познат *због свог успешног посланства Персијанцу Хозроју*[3] *и своје вештине у преговорима са неугодним и охолим варварима.*[4] Маи је умро са уверењем да је дијалог, на грчком насловљен **Περί πολιτικῆς επιστημής,** идентичан са делом **Περί πολιτικῆς καταστάσεως,** које се приписује истом Петру у византијском речнику из X века, познатом под називом *Суида.* Али, Петрово дело се односи на политичке институције **(καταστάσις),** а не на политичку науку.[5] Друга сугестија коју је изнео Маи је да је дијалог *О политичкој науци* идентичан са списом кога спомиње Фотије, цариградски патријарх из IX века, у свом компилативном спису *Библиотека* (или *Myriobiblion*) наводећи да га је читао у кружоку својих пријатеља. Тај Фотијев одломак гласи:[6]

Прочитао сам дело о политици ***(περί πολιτικῆς),*** *у облику дијалога, које упознаје патрикија Менаса и референдарија Тому*[7] *као саговорнике у дијалогу.*[8] *Разговор се састоји из шест књига, у којима писац уводи нови облик државног уређења* ***(πολιτείας),*** *различит од оног кога су описали стари писци и кога он назива дикеархиканским* ***(δικαίαρχικον)*** *типом.*[9] *Он*

---

[2] Magister officiorum је био шеф царске канцеларије, најутицајнији представник централне управе, коме су била потчињена сва *officia* у држави. О његовој служби видети A.E.R. Boak, *The Master of the Offices in the Later Roman and Byzantine Empire,* New York 1924.

[3] Реч је о персијском крању Хозроју I Ануширвану (531-579) из династије Сасанида, који је водио дуготрајне ратове са Византијом, да би 562. склопио мир. Пружио је уточиште атинским неоплатоничарима када је Јустинијан 529. године наредио да се затвори Академија у Атини.

[4] *Suidae Lexicon 1406,* ed. A. Adler, pt. 4, Leipzig 1935, p. 117: Πέτρος, ὁ ῥήτωρ, ὁ καὶ μαγιστρος καὶ ἱστορικός, πρεσβευτής ὡς Χοσρόην σταλείς μάλα έμβριθής τε ἦν καὶ ἀνάλωτος έν τῷ ρητορεύειν, τῷ καταμαλάξαι φρονήματα βαρβαρικά σκληρά τε καὶ ὀγκώδη. Έγραψεν ἱστορίαν καὶ περί πολιτικῆς καταστασεως.

[5] E. Barker, *Social and Political Thought in Byzantium,* Oxford 1957, reprint 1961, p. 63.

[6] Photius, *Bibliotheca, cod. 37,* ed. R. Henry, Paris 1959, tome I, p. 22.

[7] Патрикије и референдарије су високе дворске титуле.

[8] Менас би према Маијевој претпоставци могао да буде скраћени облик од имена Менодорус, које је употребљено у дијалогу, док је Тома (Thomas) сигурно скраћени облик од имена Томазиус (Thomasius), датог другом саговорнику. Менас и Тома, како Маи такође примећује (нав. дело, стр. 571, нап. 1 и 2), су поменути у законодавним документима из Јустинијанове владавине, а изгледа да су учествовали и у самој кодификацији, или били у тесној вези са њом, што све указује да су заузимали врло високе положаје.

[9] Изгледа да Фотије мисли на перипатетичара Дикеархоса **(Δικαιαρχος)** из III века пне, коме се приписује дело *Tripoliticus*, које би могло, како наслов сугерира да заступа теорију о мешовитом државном уређењу (срећно јединство монархије, аристократије и демократије), кога су касније, у добро познатим одломцима препоручивали Полибије и Цицерон. Неки су сугерисали да би реч **δίκαιάρχίκον** написана малим словом **δ** (делта), могла да значи „правичан владар“, јер је то сложеница од **δίκαιος** (правичан) и **άρχή** (владавина), мада таква претпоставка изгледа мало вероватна. Cf. Barker, *op. cit*. p. 64, n.. 2.

такође, с правом критикује Платонову Државу.[10] *Облик државног уређења, кога они сами* [учесници у дијалогу] *предлажу, требало би да буде састављен од три врсте – монархијског, аристократског и демократског – и да му свака врста државног уређења да што јој је најчистије те да се тако створи заиста најбољи облик владавине.*[11]

У тексту кога је издао Маи нама су данас остали само одломци из четврте и пете књиге дијалога. Могуће је да се спис састојао од шест књига, што би се онда подударало са оним што Фотије каже да је читао у кружоку својих пријатеља, окупљених у његовој кући. Али, проблем је у неподударности садржине дијалога који је у одломцима стигао до нас, са описом дела кога даје Фотије. Могуће је, дакле, да се ради о јединственом спису, али исто тако је могуће да су постојала два посебна дијалога. Четврта књига дијалога, према Маијевом издању, говори о војсци и војним стварима, а та питања Фотије не помиње. Једина подударност између дијалога *О политичкој науци* и дела кога описује Фотије, не може се наћи ни у једном делу текста дијалога који нам је сачуван, већ само у једном од наслова који се налази у садржају који претходи петој књизи, док у самој књизи нема ничега што одговара томе наслову. Суштина списа кога наводи Фотије (теорија о мешовитом државном уређењу) се не налази уопште у преосталим фрагментима дијалога.

Највероватније је да се ипак ради о непознатом аутору, који је, пошто говори о царевом опонашању Бога, сигурно био хришћанин.[12]

---

[10] Фотијево тврђење одговара наслову деветог поглавља садржаја, који претходи петој књизи дијалога, где стоји да су у њему *стављене такође примедбе и на неке од Платонових погледа.* Нажалост, у данас сачуваној садржини пете књиге нема ничег што би одговарало наслову те врсте, па не можемо бити сигурни да ли је дело садржало неке критике Платона, како то наводи Фотије.

[11] Опет нема у преосталим одломцима дијалога излагања о мешовитом државном уређењу нити везе са дикеаркианским типом.

[12] Ауторство Петра Патрикија одричу K. Krumbacher, *Geschichte der Byzantinischen Litteratur*, München 1897, pp. 520-531; K. Praechter, *Zum Maischen Anonymus* **περί πολιτικῆς έπιστήμης,** *Byzantinische Zeitschrift 9* (1900), pp. 621-632; J. Haury, *Petros Patrikios Magister und Petros Patrikios Barsymes, Byzantinische Zeitschrift 14* (1905), pp. 529-531. Према мишљењу F. Dvornika, *Early Christian and Byzantine Political Philosophy, Origins and Background, Dumberton Oaks Studies nine*, Washington D.C. 1966, pp. 706-707, питање и даље остаје отворено. Петрово интересовање за политичке науке је било вероватно искрено и велико, што се може закључити према цитатима из његових списа, које је узимао цар-историчар Константин Пофирогенит (Con. Porphyr. *De Ceremoniis I, 84-85,* vol. I, Bonn 1929, pp. 386-433; *Excerpta historica iussu imp. Constantini Porphyrogeniti confecta, vol. I: Excerpta de legationibus pt. I,* ed. C. de Boor, Berlin 1903, pp. 3-4). Пошто су Петрови списи сачувани само у фрагментима, могуће је да су наводи Константина Порфирогенита узети из оних делова који су нестали. Ако би се Петрово ауторство оспорило, то би онда, према Дворнику, значило да су у шестом веку постојала два трактата о политичкој науци, што би упућивало да је у Византији за ту врсту науке постојао већи интерес него што се иначе мисли. Ипак, како ствари сада стоје, Петар Магистер је највероватније аутор дијалога. Морали су

Ни код одређивања настанка дијалога не можемо бити одређенији, али извесни елементи се могу уочити. Писац је био упознат са списима појединих латинских аутора. Помиње Цицеронове списе *О држави* (*De Republica*) и *Расправе у Тускулу* (*Tusculanae Quaestiones*), помиње Јувенала и „Етрурца Фирминуса", који би могао бити идентификован са Фронтином, римским писцем о вештини ратовања, који је живео за владе цара Домицијана (81-96). Према сопственим речима, способан је да „ромеизира", а то значи да разуме и да уноси латинске речи, из чега би све произашло да је био упознат са латинском литературом. Тај закључак би наводио на чињеницу да је живео у шестом веку, када је латински језик био познат и коришћен у Цариграду, док су већ у седмом веку људи са знањем латинског били врло ретки. У шестом веку, византијски научници су још увек могли да читају и нађу у цариградским књижарама текст Цицероновог списа *De Republica*,[13] као што је вероватно био случај и са нашим писцем. Аргумент за датирање се може извући и из помена имена Menas (или Mennas) и Thomas, које помиње цар Јустинијан у конституцијама које претходе Кодексу и Дигестама.[14] По свој прилици, спис је настао за Јустинијанове владе (527-565).[15]

постојати, закључује Дворник, и други византијски писци који су писали о политици, јер наш аутор наводи узвесног Еуномија (V,I, ed. Mai p. 596) чије је дело могло бити један од пишчевих најважнијих извора. Тога Еуномија не треба помешати са истоименим јеретиком, са којим полемише Григорије из Нисе (V. K. Praechter, *op. cit*. p. 625).

[13] У Западној Европи *De Republica* је вековима била непозната изузев чувеног одломка у шестој, последњој књизи, који носи назив *Сципионов сан*, а који је сачуван у Макробусовим *Коментарима.* Тек 1820. пронађена је отприлике трећина текста у ватиканском палимпсесту. Аутор дијалога *О политичкој науци* је могао у шестом веку имати свих шест књига дијалога пред собом.

[14] Конституција *De novo codice componendo (О састављању новог кодекса)*, познатија и по почетним речима *Haec quae necessario (Оно што је неопходно)* од 528. године, између осталих достојанственика спомиње и Тому, који се назива преславним мужем, квесторем свете наше палате (титула која одговара савременом министру правде) и бившим конзулом (*Thomam virum gloriosissimum quaestorem sacri nostri palatii et ex consule*). Конституција *De Iustiniano codice confirmando* (*О потврди Јустинијановог кодекса*), или према почетним речима *Summa rei publicae* (*Највише држави*) од 529. године упућена је Мени, пресветлом мужу, два пута преторијанском префекту, бившем градоначелнику овог благодетног града [Цариграда] и патрицију (*...Menae viro illustri praefecto praetorio II ex praefecto huius almae urbis ac patricio*). У тексту исте конституције спомиње се и Тома, са идентичним титулама као и у претходној конституцији. Конституција *De emendatione codicis Iustiniani et secunda eius editione* (*О исправци Јустинијановог кодекса и његовом другом издању*), или према почетним речима *Cordi nobis* (*Срцима нашим*) од 534. године спомиње такође Мену, кога назива бејрутским докторем права (*Beryti legum doctorem*), заједно са Доротејем, Константином и Јованом. Најзад, конституција *De confirmatione Digestorum* (*О потврди Дигеста*), или према почетној речи *Tanta* (*Толика*) од 533. године спомиње Мену, кога заједно са Стефаном, Просдокијем, Еутолмијем, Тимотејом, Леонидом, Леонтијем, Платоном, Јаковом, Константином и Јованом, назива премудрим мужевима (*viris prudentissimis*).

[15] Cf. Barker, *op. cit*. p. 65-66.

У којој мери је писац користио спис *De Republica* је ствар за истраживање. Оно што можемо закључити је да је по форми дијалог *О политичкој науци* ближи Цицероновим него Платоновим дијалозима, док по садржини стоји више у вези са Платоном него са Цицероном, а можда још више са Евсевијевим *Похвалама Константина* (*De laudibus Constantini*) и хеленистичким писцем, чије је списе *О краљевству* преузео византијски компилатор Јован Стобаеј у својој *Антологији.*[16] Но, треба приметити да су и ови други списи инспирисани Платоном и Цицероном.

Три места се у дијалогу сасвим извесно односе на Цицеронове списе, али само је један одломак у изричитој вези са Цицероном и налази је у петнаестом поглављу пете књиге. Међутим, тај одломак је у вези са Цицероновим списом *О говорнику* (*De Oratore*), а не са *De Republica.* Али, Цицероново схватање, које наводи аутор дијалога, могло је бити поновљено и у изгубљеном одломку списа *О држави.* Друга веза, која није експлицитна, је важнија. Она се налази на крају деветог поглавља, пете књиге, где аутор дијалога говори о сваком грађанину који извршава своје дужности ради хармоније, попут добро наштимоване лире, и о државном уређењу које се напреже према општем и усклађеном сагласју (симфонији). Ту се налази тесна веза са *De Republica* (II, XLII, 69), али треба додати да је поређење са музиком аналогно са правно-политичком теоријом питагорејаца и да се налази и у тада врло популарним неопитагорејским трактатима с краја III и почетка IV века.[17] Трећа веза је још мање чврста и

[16] Видети о томе L. Delatte, *Les traités de la royauté d' Ecphante, Diotogène et Sthénidas*, Paris – Liège 1942.

[17] Cf. Delatte, *op. cit*. Одломак из *De Republica* је следећи. Говори Лелије (*Laelius*), један од учесника у дијалогу: *Видим сада која би била служба и дужност коју би поверио човеку, о којем би желео да те чујем да говориш* [идеални *rector et gubernator reipublicae*]. *Ја бих му наметнуо само једну ствар, каже Африканац – јер у њу су све остале укључене – да никад не престане да пази и посматра самог себе, да позове остале да га опонашају, да покаже самог себе у сјају свог духа и живота, као пример својим суграђанима. Као што је за лауту или свиралу – и то за саму песму и употребу гласа – потребан склад, који треба да буде добијен и одржаван употребом различитих звукова, склад у коме извежбане уши не могу да поднесу продор било какве промене или нескладне ноте; и баш такав склад, који долази од одмеравања најразличитијих гласова, је упркос томе обдарен слогом и подударношћу, као што је то и са државом. Када су највише, најниже и средње класе у држави доведене у међусобни однос, попут нота у мизици, употребом умереног разума, тада ниче политичка слога, кроз слагање најразличитијих делова. Оно што музичари називају хармонијом у области песме, је у истом поретку као слога у области политике – слога, најчвршћи и најбољи гарант стабилности у свакој држави – а та слога не може уопште да постоји у одсуству правде*. Очигледно да веза са *De Republica* није потпуна, мада постоји. Наш аутор је поређење са музиком могао да узме и од неопитагорејаца, а независно од Цицерона. Поред тога, Цицеронов *rector et gubernator reipublicae* није чисти монарх, нити је Цицерон био апсолутни присталица монархије, као што је то случај са

тешко ју је успоставити између Цицерона и аутора дијалога. Она се налази у деветом одломку, пете књиге, где писац дијалога говори о цару који је *отац свих поданика који показује очинску бригу за свој народ, и живећи потпуно и коначно, не за самог себе... већ за своје поданике...* На исти начин Цицерон (*De Republica* I, XXV, 54), ставља Сципиону у уста речи, да ако један од три чиста облика државног уређења треба да буде изабран, он би са своје стране изабрао монархију *и то зато што име краља има, ма какво било, очински призвук човека који води рачуна о интересима и захтева сигурност својих суграђана ревносније од...*[18]

Нема, дакле, чврсте везе између Цицероновог списа *О држави* и дијалога *О политичкој науци.* Резимирамо ли, извесно је следеће: 1) аутор дијалога наводи одломак из Цицероновог списа *О говорнику,* који је могао бити поновљен у данас изгубљеном фрагменту списа *О држави*; 2) писац дијалога обећава у последњем наслову садржаја који претходи петој књизи, да ће извршити поређење Платонових и Цицеронових политичких идеја, што је можда и учинио у неком од изгубљених делова дијалога, али чега нема у данас сачуваном тексту. Свему треба додати и чињеницу да је Анђело Маи открио и штампао 1820. године палимпсест списа *De Republica,* а 1827. одломке дијалога *О политичкој науци.* Није невероватно да је учени кардинал повезао та дава списа тешње него што то они заслужују.[19]

Садржај дијалога

Осам поглавља четврте књиге, сачуваних у одломцима, углавном се односе на војну вештину, с посебним нагласком на значај пешадије. У четвртом поглављу налази се цитат из „Етрурца Фирминуса“, који је описао пешадију постројену у пољу као *истински неповредиви зид, живи зид, покретни зид, зид са мозгом.* У следећем, петом поглављу, писац се позива на Цицерона и његову напомену о римској војсци и издржљивости римских легионара, који не носе само своју опрему (и то тако лако као да су то њихови удови), већ и намирнице за неколико дана.[20]

Пета књига почиње садржајем од десет наслова. Првих осам наслова су на тему царства. Један од најзначајнијих гласи: *Прави цар мора да*

аутором дијалога. Цицеронов *rector* може бити појединац, али и група људи, чији је задатак да производе дух слоге у мешовитом типу државног уређења.

[18] Остатак реченице је скоро у потпуности оштећен.

[19] Cf. Barker, *op. cit*. p. 68.

[20] Маи мисли да се то односи на *Quaestiones Tusculanae* II, 16, које је навео и аутор дијалога.

управља људским стварима према имитацији божанства и божанских ствари. Карактеристичан је и девети наслов: *Гледишта о политици су изнета попут Платонових гледишта.* Десети, и последњи наслов обећава *Поређење Платонове Државе са Цицероновом и даље, целокупне Платонове философије са Аристотеловом.* Шеснаест поглавља пете књиге, како су штампани у Маијевом издању, се разликују толико да би њихови аргументи тешко могли да се прате помоћу десет наслова који се налазе у садржају, у тако фрагментарном и оштећеном тексту, као што се и разликују од садржаја дела које је навео Фотије.

У првом поглављу пете књиге начињен је прелаз са теме из четврте књиге, која се односи на *чуваре и војну науку,* на тему о царству. Тема почиње питањима да ли је наћи теорију такве имитације Бога могуће, која би се показала као природа правог и истинског царства. Пропустити покушај би било као начинити статуу без руку. Сада, ако покушавамо да схватимо природу човека и човечности, треба да се упитамо шта је човеку заједничко са животињама и биљкама, а шта је у њему заједничко са свим људима. Не морамо ли ми ипак, да би разумели природу царства и царева да се запитамо шта наука о царству **(βασιλική έπιστημή)** има заједничког са другим наукама, а шта је њој својствено.

Два следећа поглавља (друго и треће) нису интересантна. У четвртом се наводи аналогија са лекарима и медицинском вештином и баца светлост на цара и науке о царству. Да би дала резултата медицина захтева опремљеност трима стварима: 1) правилима вештине **(νόμοι)**; 2) кодексом понашања или професионалном етиком **(δόγμάτα)**; 3) редовном праксом **(κάτ' ένεργείν έπιτηδεύματα).** На исти начин царство захтева своју опремљеност. Цар, који се бави политичким стварима, има за свој циљ здравље или добробит државе, као тело које се темељи на основу правде; он дела у циљу добробити, која је његов крајњи циљ. А сигурност и благостање његових поданика је стални резултат његове активности. Као што се од доктора захтева понашање и познавање вештине, од цара се захтевају закони, односно кодекс понашања у пракси. Писац предлаже, у остатку поглавља пет правила или закона. Први закон односи се на легитимни долазак на престо и проглашење цара, зашта писац употребљава израз **άναγορεύσις.** То правило треба да спроведе царство само и ради себе, да би цар могао да добије власт у дугованој и правилној форми, а то значи као дар Бога и понуду народа.[21] Други закон одређује положај Сената; трећи наименовање епископа **(άρχιερεσις)**; четврти, наименовања магистрата **(άρχοντες),** док се пети односи на грађанске законе и њихову принуду *јер добар цар*

[21] Cf. J. Bury, *Selected Essays,* Cambridge 1930, p. 101 sq; S. Runciman, *Byzantine Civilisation,* London 1933, p. 62 sq.

би требало да мисли да такву [принуду] *он више треба да посматра са страхом него његови поданици.*

У шестом поглављу излажу се аргументи о законима праксе. Писац је потпуно испустио да расправља о „кодексу понашања“ **(δόγματα).** Тема која следи је по узору на мисао изнету у Платоновој *Држави,* да владари и чиновници не треба да се баве економским пословима; они треба да се посвете својим специфичним функцијама **(ίδιοπραττειν)** и да се баве дужностима које су одређене за положај на који су постављени. Али, поглавље је неповезано, и као што почиње са празнином, завршава се испрекиданим речима. У последњој од тих испрекиданих и неповезаних реченица стоји да предмет владавине треба тражити у цару, који је *опонашање Бога међу људима; то је царство, а* [прави] *цар ће бити онај, који је заиста Богом дан људима, али који такође* [управља] *њима правично, и држи своје место у уставу, врлином грађанских закона* **(πολιτίκος νόμος).**

Поново наилазимо на празнину. У седмом поглављу, које следи након празнине, писац се окреће високој философији Платонових идеја о Богу. Настојећи да повуче аналогију између поретка у царству и управљања свемиром, аутор слика цара као смртног Бога, који управља својом државом, као што Бог управља свемиром:

Државне потребе морају да имају управу, која је као она божја у достојанству и снази; ...само је царство таква управа и цар – онолико колико је могуће [за човека] *– је такав, и назван је таквим именом, небеског цара. Иако је он поткупљиво биће у поређењу са оним који је непоткупљив, он не носи ништа мање божанску сличност у својој личности, и он је једини међу људима који ту сличност носи два пута – једанпут као човек у пратњи људи, и други пут као цар, уздигнут изнад осталих људи... Када он буде достигао такав положај, човека који је философ-цар и цар-философ, према учењу Платона, он ће бити врста оног о чему говоримо; и бивајући постављен изнад света, он ће, природно, тражити свом својом снагом да се влада као цар, попут Оног чија је слика и копија; друкчије он неће бити прави цар, већ ће само доконо носити празно име.*

Осмо поглавље је кратко и неважно. У деветом поглављу опет се говори о царству:

Пошто цар жели да буде попут Бога, згодно је и право да буде добар према својим поданицима и да дела добро. Постоје два пута доброчинства које може да следи. Први је са одлуком људске мисли о врлини, а то се састоји у учењу које долази пре од његовог примера, него од његових речи: то је највећа од свих моћи за васпитавање поданика. Други начин је за поштовање закона и свих облика државног уређења... Он је отац својих поданика и много више брине о њима него њихови природни

родитељи... отуд, он мора да опонаша Бога, који је назван оцем људи, показујући очинску обазривост за свој народ и живећи у потпуности и коначно, не за самог себе и сопствени обзир, већ за своје поданике и за њихову корист; у ствари, он мора да положи свој живот за њих у случају потребе... како је Кодро учинио за Атињане.[22] *Он мора да обузда не само себе и оно што зависи од њега, већ и магистрате који окружују његову личност и играју главне улоге у политичким стварима. Он не треба да се директно меша у ствари које су далеко од суштине, или да стално надгледа магистрате; он мора да изазове политичке акције да теку у мудрости, из чесме његове мисли у канале управе, и мора да се стара да не пролазе кроз највише чиновнике и установе, на путу према њиховом одредишту. Тада и на основу тога, сваки становник ће извршити обавезе свога положаја* ***(τά ἰδία πράττειν)*** *у хармонији, као добро наштимована лира; и уређење државе, крећући се према врсти опште, хармоничне симфоније, ће бити све више темељено на правди и засновано на чврстини.*[23]

Поглавља десет, једанаест и дванаест су фрагментарна. Тринаесто поглавље је сугестивније:

Које мишљење ћемо прихватити у вези са политичком науком. Хоћемо ли сматрати да је Бог у његовој великој доброти провиђења за колонију ***(ἀποικία)*** *људског рода, коју је он послао из очинске земље са висине и одредио да живи у овом делу свемира – хоћемо ли сматрати да је он, да би осигурао сопствени поредак ствари на овом свету измислио божански облик казне, под којим мислим на знање и науку о политици, како би људи могли бити способни да се врате својој мајци-граду на небу, у одређено временско доба, и да донесу доле* [лекције] *вредне његове бесмртне политике... Узмимо да је то тако. Тада, сматрам да је аргумент потпуно показао... каква врста човека је добар цар који носи у себи*

[22] Према грчкој митологији Кодро **(Κόδρος)** је син Меланта, једног од потомака бога мора Посејдона. Након инвазије Хераклида на Пелопонез, Кодров отац Мелант, прогнан из свог града Пила, је дошао у Атину. Ту му је Тиомет, последњи потомак Тезејев, препустио краљевство у знак захвалности за помоћ коју му је Мелант пружио у рату са Беотским краљем Ксантосом. После смрти свога оца, Кодро га је наследио на престолу. За Кодрове владе Пелопонежани су предузели поход на Атину. Пророчиште у Делфима им је предсказало да ће однети победу она страна чији краљ буде у борби погинуо. Сазнавши за одлуку пророчишта, Кодро се преобучен у просјака искрао из Атине, увукао у непријатељски табор, изазвао свађу и дозволио да га убију. Сазнавши да је убијени просјак атински краљ, Пелопонежани су дигли опсаду Атине. Кодро је тако у античкој традицији остао пример владара који је жртвовао свој живот за отаџбину. Према једној верзији мита Атињани су одлучили, свесни чињенице да више никад неће имати тако добрих владара, да не бирају више краљеве. По другој верзији наследио га је његов син Медон.

[23] Маи као извор наводи Цицерона, *De Republica* II, 42.

слику Бога, и како ће такав цар одређивати политику своје државе својим опонашањем Бога... Због тога, сматрам, да неће бити погрешно за нас да узимамо тачније од ствари опонашања Бога, да бисмо могли да достигнемо добро утемељено гледиште таквог опонашања... Стога, наш аргумент се неће удаљити од теме опонашања Бога, кроз Божје доброчинство, и који, где год се оствари, то јасно чини онима који уживају Његово доброчинство.

Следећа поглавља (XIV – XVI) развијају ту исту тему. Менас, који у дијалогу попут Сократа код Платона, води главну реч, расправља аргументе са Томом, који слуша и мање-више одобрава.

Менас: *Да ли је сличност свемира природно присутна у човеку, чак и ако је свемир већи од њега – присутна онолико и на исти начин као што је од претка присутна у потомку, или да је од творца присутна у стварању – то је питање које још јасније управља нашим веровањем.*

Тома: *Свакако! Све то ужива доброчинство* [своје сличности са својим оригиналом] *једнако и у сразмери са својим заслугама...*

Менас: *Тако се човек који је у ствари царски, креће у хармонији са небом и свемиром... И оно што је предложено у Сократовој молитви*[24] *није ствар неизбежности, или намере без савести, али то треба да изведе сам* [човек] *кроз неки спонтани и природни покрет. Ево шта је речено у тој молитви: „Води ме, о Зевсе, и ти судбино такође, било куд ми одредиш да идем, јер ја ћу те следити спремно. А ако сам ја невољан да идем, пошто сам пао у неваљалство, нећу пратити никог више...“ Ипак он [човек који је царски] неће бити узбуђен, кад се суочи са било чим што се догађа човеку; он ће се радије весело здружити са својим друговима и он ће провести своје дане у овом смртном животу, као да је то светковина, будући увек добро припремљен за оно што долази у будућности, и не водећи рачуна о стварима тела, већ радије чежњив за временом свог поласка од њега и за даном промене ствари којима се нада у будућности.*

Тома: *То би заиста било оно што би неко очекивао од човека, који је већ, док је још телесан и међу људима, и који више воли да гледа на тај циљ, и био употребио своју мисао и знање да унапред вежба и излаже чула и знаке, при чему се знање својствено Царству разликује од знања приватне личности.*

Менас: *Кажи, радије* [ко је вежбао и излагао] *чула* [овог] *разговора о томе шта је најбожанскије, не из разговора... о мојој теорији* [о томе]. *Зато ја сматрам, Томо, да је оно што смо рекли раније о царству – да је*

[24] Аутор дијалога је помешао ствари. Не ради се о Сократовој, већ о молитви стоичара Клеанта, која је сачувана у Епиктетовим говорима.

било могуће тражити у његовој природи нагађањем, пре него у осигурању истине [и без било каквог апстрактног резоновања, већ вођени плодовима дискусије] – *сада изнето као могуће... И ја мислим да је то случај сличан у изгледу правом царству и у поштовању човека који одговара његовој природи* [правог цара]. *Било је такође најјасније доказано да највећа добра међу људима треба да буду снабдевена знањем о политици... ништа узвишеније, или чак једнако, са тим није могуће наћи.*

У петнаестом поглављу следи навођење античких ауторитета у прилог изнетим гледиштима:

На нашој је страни Сократ, са својим друговима и учесницима, који проистичу из његовог учења као реке из океана; људи божанског стаса у врлини и образовању и светлост својих дана, не само Грчке, већ и целог света. Тој дружини припадају Платон, Ксенофонт, Аристотел и остали философи; јер Цицерон је у праву називајући Сократа оснивачем или да употребим латински израз princeps – опште и истинске философије.[25] *Међу овим Сократовим следбеницима Платон* [заслужује нашу пажњу], *који је рекао да је једини могући облик државног уређења, једини начин за сав људски род да достигне спас, је да природе које се сада крећу одвојено, свака дуж своје сопствене стазе, треба да буду скупљене заједно и да философија и политичка власт треба да у складу са тиме се уједине.*

Писац даље наводи одломке из Ксенофонтових *Успомена* и признајући свој дуг свим тим претходницима, тражи од учесника свог дијалога да *ако су они стегнути од ужаса апстрактног резоновања, они су свакако установили своје закључке са три врсте аргумената: прво, правим мишљењем;*[26] *друго, разумом и истином, и треће, тачно изведеним сведочењем.* Али, шта су ти закључци, тешко је рећи да би нам данас било јасно.

Последње поглавље је аргумент у прилог политичкој науци, који се заснива на коришћењу аналогија, насликаних у Платоновом маниру, са осталим људским вештинама.

Ако бисте затражили од човека да чува овце и козе у пољу, а када он не зна вештину пастира или козара, и нема искуства у тој вештини, шта би он одговорио? Наравно, он би рекао да не би могао да учини оно што није никад научен да ради.

---

[25] Цицеронов одломак који одговара овом тврђењу је из *De Oratore* (III, 16), а не из *De Republica.* Маи претпостаља ипак да је нешто слично могло бити речено и у дијалогу *О држави.*

[26] Односно **ὀρθή δόξα,** како га Платон назива.

Исто би било, каже даље наш аутор, и са свим осталим вештинама, од медицине до дрводељства, све до „бескорисне“ вештине музике и плеса. Но, са политиком није такав случај:

Већина људи – не кажем сви, јер бих могао бити оптужен да претерујем – ће се упустити у политичке службе, не поседујући уопште никакву идеју о политичкој науци; они ће се дрзнути чак и на царство; они су чак спремни да стекну службу новцем, или ласкањем и удварањем у сва времена и у свако доба... То је, тврдим, најгора од свих болести; то је мајка и дојиља свих политичких зала; и најгора од свих несрећа које она доноси је да ти људи нису посећени безчашћем [кога заслужују].

На овом месту се завршава аргументација.[27]

[27] Наведени одломци преведени су према издању C. M. Mazzuchi, pp. 15-55.

Srđan Šarkić, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law

A Byzantine Dialogue de Scientia Politica

Abstract

In 1827 Cardinal Mai printed un his *Scriptorum Veterum Nova Collectio* the fragments of a dialoque in Greek 'On political science' which appears to be partly based on Plato's *Republic* and partly on Cicero's *De Republica.* He ascribed these fragments, probably in error, to a certain Peter who held the post of *magister officiorum* under the emperor Justinian I; and he did so on the assumption that the dialogue (entitled in Greek **περί πολιτικῆς επιστημῆς)** was identical with a work, entitled **περί πολιτικῆς καταστασέως,** which is ascribed to this Peter in the lexicon that goes by the name *Suidas.* But the work of Peter dealt with political *institutions,* and not with political *science;* and there is thus no valid reason for the identification suggested by Mai. Another suggestion which he made has more probability, though it, too, is not without difficulties. This suggestion is that the dialogue on political science is to be identified with a work mentioned by Photius in his *Myriobiblion* as having been read in the circle which gathered in his house for study.

Today we can only say that we are dealing with an unknown author, who wrote at an unknown date. But it is possible to suggest an aproximate date at which the dialogue may have been written: in the sixth century during the reign of Justinian.

342.7(=163.41)(439.2)“1848/1849“

Др Љубомирка Кркљуш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

БИРАЧКО ПРАВО У АКТИМА СРПСКОГ НАРОДНОГ ПОКРЕТА У ЈУЖНОЈ УГАРСКОЈ 1848-1849. ГОДИНЕ

Сажетак: *У актима насталим у току трајања Српског народног покрета 1848-1849. су садржани захтеви карактеристични и за револуционарне програме настале у току револуције 1848. у другим европским земљама и за идеологију либерализма. Они се налазе у петицијама становништва, на почетку покрета и у уставним нацртима, насталим у каснијој фази. Ови акти садрже, између осталог и ставове о бирачком праву. У већини докумената је предвиђена слобода избора народних представника и других чинилаца власти.*

Кључне речи: *Либерализам, Српски народни покрет 1848-1849, револуција, петиције, уставни нацрти, сабори, грађанска права и слободе, бирачко право, слобода избора.*

Револуција 1848. била је названа „пролеће народâ“, али оно, како је то утврдио Ерик Хобсбом, као и свако пролеће, није потрајало. Револуција 1848. је изгледала као једина револуција у модерној европској историји у којој су се сјединила највећа обећања, најшири распон и непосредан почетни успех с потпуном и брзом пропашћу. Мада промене које је она донела нису биле оне које су револуционари желели, оне су ипак биле дубоке. „У току револуције 1848. постало је јасно да ће средње класе, ли-

берализам, политичка демократија, национализам, па чак и радничка класа, бити стални елементи политичког живота.“[1]

У различитим земљама и у различитим историјским околностима, либерализам је имао различите конкретне циљеве. Али, сви ти циљеви представљали су апел за слободу, која је већином била схваћена као лична слобода – слобода збора, говора и слобода штампе, уопште ограничавање права државе да се меша у друштвени, привредни и лични живот. Циљ једног либералног друштва био је, према дефиницији енглеског економисте Џереми Бентама, „већа срећа већег броја људи“; пут ка томе водио је преко слободног државног уређења, пре свега преко устава, који би чврсто прописао људска права и, у Монтескјеовом духу, ограничио како власт владе тако и парламента и судова.[2] Главне одлике политичког либерализма састоје се у борби за увођење парламентарног система власти и представничке владе, слободи страначког (политичког) организовања, правној једнакости, широким грађанским слободама (слободи савести, слободи штампе, збора и договора), неповредивости личности, законитости рада државних органа итд.[3] Облик политичке организације својствен либерализму је била представничка управа кроз биране скупштине које нису представљале (као у феудалним државама) поједине друштвене интересе или засебне заједнице, него скупине појединаца једнаког законског статуса.[4] Буржоаска либерална држава проглашава једнакост и слободу свих људи и пружа широке политичке слободе, у начелу, свим грађанима. Иако је опште право гласа у почетку ограничено, ипак у начелу оно постоји. Сви грађани подједнако имају право да стварају своје политичко мишљење и да га изражавају, да се удружују у политичке странке и воде политичку борбу.[5]

Српски покрет у Јужној Угарској 1848-1849. је имао сва обележја буржоаске револуције, те је и политички програм његових учесника садржао већину оних захтева који су били својствени грађанским револуцијама тога времена у другим европским земљама. Они су у току трајања покрета били изражавани у различитим облицима, од кратко срочених тачака у бројним петицијама на самом почетку покрета, па до уставних нацрта, насталих у његовој каснијој фази.

❋

[1] Eric Hobsbawm, *Doba kapitala*, Zagreb 1989, 6, 27.
[2] Hagen Šulce, *Država i nacija u evropskoj istoriji*, Beograd 2002, 111.
[3] Čedomir Popov, *Građanska Evropa* I, Matica srpska Novi Sad, 413.
[4] Eric Hobsbawm, *Doba kapitala*, Zagreb 1989, 83.
[5] *Politička enciklopedija*, I, „Savremena administracija“, Beograd 1975, 506-507.

Српски народни сабори који су држани у Хабзбуршкој монархији после Велике сеобе, а на основу привилегија које су хабзбуршки владари дали Србима, називани су саборима, изузев оних који су одржани у току Српског народног покрета 1848-1849, а који су називани скупштинама. Према ономе о чему се на њима одлучивало, сабори су били изборни, расправни или политички. На изборним саборима су бирани поглавари цркве, митрополити, а од половине XIX века патријарси. На расправним саборима је расправљано о разним црквеним и школским питањима, о ономе што је чинило народну црквену аутономију. Доношене су разне уредбе о школама и цркви. На политичким саборима су расправљана политичка питања, у првом реду питање положаја српског народа, односно њихове политичке и територијалне аутономије у Хабзбуршкој царевини. Политички карактер су имали Темишварски сабор 1790, Мајска скупштина 1848. и Благовештенски сабор 1861. године.

Број посланика и начин њиховог бирања је до 1779. године био прописиван за сваки сабор, а те године, 16. јула, је донет *Декларaторни рескрипт* (Rescriptum Declaratorium Illyricae nationis), по чијем је § 63 утврђено да ће српско православно становништво у Карловачкој митрополији бити у сабору заступљено са 75 посланика: 25 посланика из свештеничког реда, 25 од војничког и 25 од земљопоседника и грађана. На Темишварском сабору је мимо одредаба *Декларaторија* број посланика био повећан на 100.[6]

Под притиском омладине и бројних изасланстава српског становништва из разних места Бачке и Срема, митрополит Јосиф Рајачић је 8/20. априла заказао народну скупштину за 1. мај у Новом Саду. Ова одлука је била резултат незадовољства народа дотадашњом политиком мађарске владе. Вођа српске депутације која је посетила угарски сабор и Кошута, Александар Костић је обавестио окупљени народ да мађарске власти не допуштају одржавање народног сабора него само црквеног конгреса. Незадовољна тиме, окупљена маса се упутила у Сремске Карловце да од митрополита захтева сазивање народне скупштине.

Несклон револуционарним решењима, митрополит Рајачић је покушао да умири народ, предложивши да се пре сабора одржи нека врста припремног саветовања, али без успеха, те је био приморан да се сагласи са тим да се скупштина одржи 1. маја у Новом Саду. Рајачић је сматрао да нема право да сазива народну скупштину, него само црквени сабор, без обзира на стање у народу.[7] Он је већ сутрадан упутио протојерејима

[6] Стеван Симеоновић–Чокић, *Српске привилегије*, у зборнику *Војводина* II, Нови Сад 1939, 84: Душан Ј. Поповић, *Срби у Војводини* II, Нови Сад 1959, 375.

[7] Сигфид Капер, *Српски покрет у Јужној Угарској*, Београд 1870, 67–70.

окружницу у којој их је обавестио о предстојећој конференцији, која ће се одржати пре црквеног сабора, и наложио им да се за то саветовање у свакој већој црквеној општини изаберу по два, а у мањој по један изасланик.[8] Рајачић је 9/25. априла упутио мађарском министру вере и просвете Етвешу посланицу, у којој га је обавестио да ће се пре предстојећег сабора одржати претконференција. Као доказ своје опрезности и умерености Рајачић је напоменуо да је епископима наложио да они одаберу људе који ће на претконференцију доћи, да не би дошло до спонтаног окупљања народа. Упозорио је министра на то да је нужно да се што пре донесе одлука о сазивању сабора.[9]

Одлуку о сазивању православног црквеног сабора одобрио је палатин Стефан, на предлог мађарске владе 14/26. априла, позивајући се на *Законски члан 20* године 1848, параграф 8, по којем то право припада мађарској влади. За датум одржавања конгреса утврђен је 15/27. мај, за место Сремски Карловци, а за комесара је одређен тамишки гроф и велики жупан Петар Чарнојевић. Посланици ће се бирати по одредбама поменутог члана.[10]

На основу одобрења Рајачић је 18/30. априла 1848. упутио епископима распис о избору депутата за народни конгрес. Позивајући се на параграф 8 *Законског члана 20* од 1848. начињен је нови распоред по којем је требало да поједине дијецезе Карловачке митрополије изаберу депутате. По томе распореду требало је да у сабор уђе 100 посланика: 25 из свештеничког сталежа, а 75 световњака, од којих 25 из границе. Из темишварске дијецезе 17, арадске 14, вршачке 15, будимске 6, карлштатске 13, пакрачке 13, бачке 10 и архидијецезе карловачке 12 депутата. Депутати треба да дођу у Карловце два дана пре утврђеног датума, а епископи треба такође да присуствују сабору.[11] Изборе су спровеле проте, а у оним градовима који су имали право да сами бирају посланике (Карловци, Земун, Панчево, Нови Сад, Осијек, Будимпешта) извршиле су га црквене општине. Понегде је поред званичног депутата биран и повереник општине, који је био придодат посланику, да би по потреби изнео погледе општине на неко питање.[12]

---

[8] *Грађа за историју српског покрета у Војводини 1848-1849*, приредио Радослав Перовић, Београд, 1952, (у даљем тексту *Грађа*),145.

[9] *Грађа*, 146–149.

[10] *Грађа*, 167.

[11] *Грађа*, 135.

[12] Коста Петровић, *Како су бирани посланици за Мајску и Септембарску скупштину 1848*, Прилози за политичку, културну и привредну историју Војводине, Зборник државних архива Војводине 5, Нови Сад 1954, 39–44.

Многи посланици добили су од својих општина пуномоћ и упутства која су их обавезивала у погледу њихових ставова на скупштини (посланици из Земуна, Надаља, Борче, Панчева, Путинаца и других места).[13] Међутим, иако су избори спроведени полазећи од мађарског закона, број изабраних посланика на Мајску скупштину, а поготову број оних који су јој присуствовали, далеко је премашио утврђени број депутата.

У време Мајске скупштине окупила се у Сремским Карловцима маса људи, не само из Војводине, него из готово свих српских крајева. Поред изабраних депутата било је присутно много света из других српских земаља Монархије, из Србије и Црне Горе. Било је присутно десет до петнаест хиљада људи, сељака, грађана, граничара, свештених лица.[14] Преовлађивала је омладина, великошколци, грађани (трговци и занатлије), интелектуалци, војници и сељаци. Међу њима је било око две хиљаде Србијанаца и нешто Црногораца. Многи изасланици из Хрватске нису на скупштину стигли због кратког времена. Поред Срба и Хрвата, било је и странаца: Чеха, Пољака, Руса и Румуна. Међу учесницима из Србије било је доста омладинаца, али и старијих, угледних људи: Димитрије Матић, Јеврем Грујић, Јован Ристић, Јелисије Вукајловић, Константин Бранковић, Емилијан Јосимовић, Илија Захаријевић, Сергије Николић, саветник Лазар Зубан и стари прота Матеја Ненадовић.[15] Од више црквене јерархије на скупштини је био само владика горњокарловачки Евгеније Јовановић. Темишварски епископ Пантелејмон Живковић, напротив, не само да није лично присуствовао скупштини, него је био противан да се посланици из његове епархије упуте на скупштину. Ниже свештенство, „оно које је везало своју судбину са народом“, било је заступљено у већем броју.[16]

Друга скупштина која је одржана за време трајања Српског народног покрета се састала у септембру 1848. године. До одржавања Септембарске скупштине је дошло на иницијативу Окружног одбора панчевачког. Представници већине окружних одбора су прихватили ову иницијативу, па је, након договора са патријархом одлучено да се сазове скупштина

[13] *Грађа*, 203, 229, 232, 233, 244; Архив САНУ у Сремским Карловцима (у даљем тексту АСАНУК), СНПок, кут. 2, 11.

[14] По извештају карловачког војног судије и градоначелника Штајгера било је присутно округло 10.000 људи. (Wiener Kriegs. Archiv, Slaw-Syrmisches General-Komm, Fasz. 132, Nr. 485, према Sebastian Werni, *Die Wojwodina 184-1860 als nationales und staatsrechtliches Problem*,Wien 1981,96)

[15] Драг. Павловић, нав. дело, 323–324; *Грађа*, 299; Joseph Thim, *A magyarországi 1848-49-iki syerb fölkelés története* I-III, Budapest 1930-1940, (у даљем тексту Thim) II, 221, 238–239;

[16] Коста Петровић, *Карловци у 1848/1849. години*, Зборник Матице српске, Серија друштвених наука 3, Нови Сад 1952, 110.

Српске војводовине. Патријарху су писмено поднели предлог, у којем су наведени разлози за ову иницијативу: 1. требало би увести народни порез, јер је само за издржавање војске дневно потребно 2000 форинти сребра, а народне касе су испражњене. 2. Главни одбор је потребно из много разлога преустројити. 3. Требало би што пре послати депутације у Беч и у Загреб. 4. Треба уклонити разлоге незадовољства Србијанаца. 5. Треба се припремити за помирење које предстоји, како би оно било засновано на части и срећи народној, а не под притисцима са било које стране. 6. Протоколарно треба упутити молбу владару да пошаље што пре војводу. 7. Да се у споразуму са управитељем народа организује уредна војна команда, без које се не може надати успешном ратовању. 8. Да се предупреде сви неспоразуми, раздори и неслога у народу, који би могли проистећи због привременог удаљавања бившег предводитеља народне војске Ђорђа Стратимировића.[17] Несугласице које су избиле између патријарха Рајачића и Ђорђа Стратимировића, главног заповедника српске војске биле су један од разлога сазивања ове скупштине. Патријарх је изабран за врховног управитеља Српске Војводине. Стратимировићу је одузео врховну војну команду 10. септембра, а 17. септембра/29. септембра расписао изборе за нову скупштину, која је требало да се састане у Карловцима 25. септембра/2. октобра.

И Стратимировић је упутио проглас народу у којем га позива да за скупштину изабере достојне представнике. Скупштина треба да се бори за независност српске народности, за одбрану српског имена и језика против сваког неправедног насртања. Позива граничаре да приликом избора не гледају на чинове и звање, него на способност и част.[18]

Посланици за Септембарску скупштину су бирани у Срему, у Илочком срезу и Товарничком окружју, Шајкашком батаљону, једном делу Потиског дистрикта, у Суботици, а у Банату у местима Српско-банатске и Немачко-банатске регименте. По неколико места је чинило изборну јединицу, у Граници је то била компанија, а градови, војни комунитети су имали право да бирају по два посланика. Посланике је сада бирала нова српска власт, а не свештеници, мада не по јединственим правилима. У Карловцима је избор извршен по правилима која су важила за избор градског начелника и градских већника. У Земуну је посланике изабрао пододбор, у Панчеву је „православно обштество панчевачко“ изабрало посланике. У Провинцијалу се избор посланика вршио преко делегата. У Иришком окружју су посланици изабрани тако што је председник Одбора одредио да свако село пошаље по два делегата, а на скупштини у Иригу су

[17] *Српске новине*, 17. септембра 1848.
[18] Ђорђе Стратимировић, *Прогласи*.

делегати изабрали посланике. У неким местима је одбор непосредно изабрао посланике. У Граници су се посланици такође бирали преко изабраних делегата. За скупштину је изабрано 76 делегата. Изабрана су била и два Немца и један Румун. Међу њима су била двадесетпеторица делегата са средњом или факултетском школском спремом, 32 посланика су били официри, подофицири и редови под оружјем, а 17 ислужени војници граничари или они који нису били у војној служби. Остали су били трговци, занатлије и земљорадници.[19]

❋

У току Српског народног покрета покрета су посланици за Мајску скупштину и за Септембарску скупштину бирани по различитим правилима, с обзиром на различито време и различите прилике у којима су биле организоване и одржане. Посланици за Мајску скупштину су били бирани на основу угарског закона, али је у ствари највећи број њених учесника на скупштину дошао без избора, јер је она представљала масовно окупљање народа, прожето револуционарним духом, те је по свему, и по своме саставу, а и по својим одлукама, била превазишла уске оквире које су привилегије давале српским црквеним саборима.

Септембарска скупштина, одржана у јеку оружаног сукоба, у Војводини која није више признавала власт угарске државе, била је бирана по хетерогеним правилима, што је у тадашњим приликама било и разумљиво. Ваља напоменути да је у неким местима посланике за скупштину народ непосредно бирао, што је био израз нових политичких погледа и начела.

Мајска скупштина у Сремским Карловцима је поставила темеље државноправног статуса Војводине и њеног уређења: означила је територију, утврдила везу са Угарском и Аустријом и савез са Троједном краљевином, васпоставила највиша достојанства у Војводини, војводу и патријарха и основала Главни одбор. Ниједан од ових елемената државне организације није тада био разрађен. Следећи период обележен је фактичким изграђивањем српске власти у Војводини и ратом са Мађарима. Први погледи на уставно уређење Војводине су настали јавили већ у току 1848. године, али је највећи број уставних нацрта настао почетком 1849. године, у време када се променила ситуација у Монархији као целини с једне стране и, с друге стране, као логичан израз потребе да се изграђеној и делотворној

[19] Коста Петровић, *Како су бирани посланици за Мајску и Септембарску скупштину 1848*, Прилози за политичку, културну и привредну историју Војводине, Зборник државних архива Војводине 5, Нови Сад 1954, 41–43.

организацији власти дâ и коначна правна форма. У уставним нацртима је највише пажње посвећено статусу Војводине у склопу Аустријске царевине, али и питањима њеног уставног уређења.

Релативно бројни уставни нацрти који су настали у току Српског покрета 1848-1849. били су веома разноврсни. Погледе на уставни положај Војводовине и њено уставно уређење налазимо у документима различите природе. Биле су то петиције, историјски огледи у којима су разматране основе српских захтева, политички есеји, али и прави уставни нацрти. И њихови су аутори били различити, различитог образовања и намера, људи који су у покрету имали различите улоге и своје текстове писали у различито време, што је несумњиво утицало на њихову садржину. Мада се на самом почетку покрета, у захтевањима становништва први пут јављају и захтеви за слободан избор посланика у сабор, право гласа се углавном помиње касније, у оним списима који су имали потпунију форму уставних пројеката.

❋

1. Већ у захтевањима, петицијама и молбама које је српско становништво првих дана народног покрета 1848-1849. године подносило владаоцу помињу се слободни избори. Тако у захтевањима Панчевачке општине од 10/22. марта 1848. под насловом *Објава о закључцима који су на данашњој скупштини свих чланова опптине Панчева предложени и утврђени*, у првој тачки стоји: „Општина бира све своје чиновнике на слободним изборима.“[20] У пуномоћи и упутству панчевачкој депутацији која је упућена аустријском цару да му преда ове захтеве се поново тражи: „слободан избор чиновника из грађанског реда“. [21]

У *Захтевањима Новосадске српске општине* од 15. марта 1848. се наводи захтев за редовно одржавање народног сабора сваке године, а да „у избиру посланика на овај сабор сви они учествују који данак парохијални плаћају“.[22] У Шајкашким захтевима 23. марта 1848. се такође захтева да сви граничари који плаћају бир и друге парохијалне потребе имају право да бирају посланике за српски народни сабор.[23]

У *Захтевањима Србаља Петроварадинске регименте* се у другој тачки захтева: „Да се народ на земаљском сабору заступа на темељу једнакости без разлике сталежа и вере.[24]

[20] *Грађа*, 14.
[21] *Грађа*, 17.
[22] *Грађа*, 47.
[23] Грађа, 87.
[24] *Грађа*, 241.

Опширни документ под насловом *Жеље Србаља панчевачки* није датиран. Међу својим многобројним захтевима он садржи и неколико тачака које се односе на народни сабор. На почетку се говори о слободном избору народног поглавара.

2. У првој фази српског народног покрета, пре одржавања Мајске скупштине, настали су први потпунији концепти о уставном положају Војводине, у облику три списа аутора са иницијалима J. C.[25] У трећем спису под насловом *Глас умерености једног родољубца о том, чим би се Аустријско-Унгарски Србљи данас задовољити могли – један пројект о српско-народном устројству у унгарској краљевини,* аутор у III глави *О народном сабору* предвиђа постојање народног сабора. Он ће се бирати „од свега србског народа аустријско-унгарске државе и дјествују на њему по нарочитом, наново издати се имајућем правилу, којим ће се опредјелити и рок кад ће се он, Сабор, као и мјесто, гди ће се сваки пут имати држати.“[26]

3. Априла 1849. године је објављен *Проект Устава за Војводовину Српску* Стефана Радичевића.[27] У Глави VI *О праву заступлења, и о скупштини народној* се опширно (од 64. до 112. члана говори о народној скупштини, њеним правима и њеној надлежности. Начин бирања и својства бирача, као и изабраних посланика ће се утврдити посебним законом. Овај закон за Војводовину ће се морати оснивати на следећим принципима: мандат посланика не сме трајати дуже од шест година, а сваке друге године ће се жребом мењати трећина посланика. Посланици који буду замењени имају право да се касније поново кандидују. Мора се обезбедити

[25] Иницијали J. C. означавају можда Јована Станковића или др Јована Стејића. Списи носе наслове: *Глас родољубца Србљима на народној скупштини од 1. и на собору од 15. маја ове 1848 године, Још један глас родољубца Србљима на скупштини од 1. и на собору од 15. маја о. г* и *Глас умерености једног родољубца о том, чим би се Аустријско-Унгарски Србљи данас задовољити могли – један пројект о српско-народном устројству у унгарској краљевини.*

[26] Љубомирка Кркљуш, *Пројекти устава за Војводовину Србију настали у току српског народног покрета 1848–1849*, Нови Сад 2006, 54.

[27] Рођен у Сурчину (по другим изборима у Руми), стриц песника Бранка Радичевића, Стефан Радичевић је био један од бројних Срба из Аустрије који су у првој половини XIX века начинили каријеру у Србији, у време владавине Милоша и Михаила Обреновића; био је главни секретар Совјета, један од петорице чланова Великог суда 1837. и попечитељ правде и просвете од јуна 1840. до септембра 1842. Као попечитељ просвете је после оснивања Друштва српске словесности постао његов први председник. Србију је напустио заједно са кнезом Михаилом после Вучићеве буне 1842, а са Обреновићима се и вратио у Србију 1859. Мада није активно учествовао у Српском покрету 1848–1849, 1849. је објавио *Проект устава за Војводовину србску са државнословним приметбама*.

слобода бирања, забраном куповања гласова и сваког утицаја, који би ограничио слободну вољу бирача. Избор се мора тако организовати, да се обезбеди да у народној скупштини буду заступљени сви материјални и умни интереси народа.[28]

Народ има право да бира и војводу, што је регулисано чланом 50. Свака општина ће предложити тројицу кандидата за војводу. Од ових кандидата ће царски комесар изабрати деветорицу, између којих ће војводу изабрати народна скупштина.

4. Најпотпунији, у формалном погледу најстручније сачињен и несумњиво најзначајнији уставни пројект је настао почетком 1849. године. Пошто је цар *Манифестом* од 15. децембра 1848. признао достојанство патријарха и војводе и у истом акту обећао да ће ускоро уследити и признање српске унутрашње управе и статуса Војводине у аустријској царевини, патријарх Рајачић је проценио да треба приступити изради пројекта устава за Војводину, утврђивању њеног положаја у царевини, тј. односа према централној власти и осталим народима и провинцијама. У том циљу је он 4/16. јануара 1849. године одредио једну бројну комисију, у коју су ушли угледни учесници покрета, компетентни и стручни људи.

Комисија је завршила посао 8/20. марта 1849. и сутрадан поднела патријарху завршен нацрт, под насловом *Нацрт устава за Војводовину Србију*. У Глави VII, *О законотворној власти* су садржане одредбе о законодавном телу. Законотворно тело Војводовине има право доношења закона за оне предмете који припадају Војводовини. Оно се састоји од народних представника, који се бирају на 15.000 становника. По § 41: „Право представника бирати има сваки грађанин Војводовине, који у њој стално станује, 24. године има, самосталан је, и од уживања политических и грађанских права законом искључен није.“ По § 42: „Представник може бити сваки грађанин Војводовине, који право представника бирати има“. По § 43 избори су непосредни. За народне представнике нису могли бити бирани чиновници средишње владе, нити царевине.[29] Нема везаног мандата и сваки посланик представља целу државу. Не може се бити истовремено посланик у сабору Војводовине и у сабору Царевине. О начину избора посланика ће се донети посебан закон.

Народ има право да бира и војводу, по прописима који ће се утврдити посебним законом (§ 26).

5. Мада није ни датиран ни потписан, текст под насловом *Преглед Устава за војводовину Србску, као једну част сачињавајућу целокупност Империје Аустријске,* настао је по свему судећи у време после фебруара

[28] Љубомирка Крклјуш, нав. дело, 116.
[29] Љубомирка Крклјуш, нав. дело, 153.

1949, што се може закључити по томе што у једном члану упућује на Радичевићев пројекат, који је начињен 12. фебруара исте године. Иако кратак, овај нацрт садржи све битне елементе уставног устројства и посебно наглашава темељ на којем је сачињен – поделу власти. У глави II *Права народа Војводовине* је у члану 15 предвиђено: „Народ има право по устројити се имајућем изборном закону себи војводу као политичну и војену власт избрати.“ По члану 16 народ има право да слободно бира и поглавара цркве. Члан 17 предвиђа слободан избор свих сабора, у којима народ буде био заступљен, по правилима која ће о томе бити донесена. У глави *III Законодавна власт* се у члану 20 одређује: „Поклисари ће се по правилном и слободном избору народа скупити у једној камери.“ Један посланик ће се бирати на сваких 20.000 становника, без обзира на националност. Право гласа имају сви житељи Војводовине, стари 24 године, доброг владања и здравог разума, који плаћају годишњи порез у износу од 5 форинти сребра. Интелигенција и чиновници имају право гласа и испод предвиђеног старосног цензуса и без плаћања пореза. Право гласа немају они који су умно и душевно болесни, који су кривично осуђени, они који у јавности уживају лош углед и који су познати по лошем владању, као и они који не плаћају прописани порез. Право да буду изабрани имају сви грађани који имају право да бирају. По положају у законодавно тело улазе по два представника старешина свеучилишног завода, патријарх, архиепископи, епископи и суперинтенданти. Посланици се бирају на три године.[30]

6. Иако је 8/20. фебруара 1849. године у име своје владе одбио учешће представника Кнежевине Србије у раду уставне комисије, Аврам Петронијевић је сам сачинио један пројекат уставног уређења Војводине.[31] Пројекат је кратак и по њему Војводина у целини треба да има војнички карактер и уређење. Међутим, и у њему се помиње да ће магистрати у варошима и одбори по другим местима и селима бити бирани на три године. Постојаће и скупштина, која ће се састајати сваке године. О изборима за ова тела биће донета одговарајућа правила.

[30] Љубомирка Кркљуш, нав. дело, 174–175.

[31] Аврам Петронијевић (1791-1852), српски политичар, један од вођа уставобранитеља после доношења *Турског устава* и пада кнеза Милоша Обреновића. После свргавања кнеза Михаила, након једногодишње емиграције постао је кнежев представник и министар иностраних послова. На тим положајима је остао све до своје смрти.

У већини уставних нацрта као и осталих аката насталих у току Српског народног покрета 1848-1849. године предвиђен је слободан избор свих органа власти, који се у њима помињу: сабора, војводе, па чак и црквеног поглавара. Само у неким, углавном ранијим уставним концептима се бирачко право везује за неку врсту имовинског ценза, односно плаћање црквеног бира. Положај српског народа у Хабзбуршкој монархији је имао карактер ограничене, архаичне, феудалне, персоналне аутономије, која им је припадала као припадницима православне вероисповести. Припадност православној цркви и њеној организацији је била темељ и услов ове аутономије. Мада је покрет 1848-1849. од самог свог почетка истакао нове принципе, који су се у највећој мери подударали са темељним начелима либералног грађанског друштва, ипак су његови учесници у својим захтевима истицали и своја историјска права. У недостатку могућности да се спроведу и оживотворе нови принципи, задржаће се и старе установе, старе форме, па и стара схватања. Међутим, у већини уставних нацрта, међу осталим грађанским правима и слободама је нашло своје место и право на слободан избор институција државне власти.

Др Љубомирка Кркљуш

Бирачко право у актима Српског народног покрета у Јужној Угарској 1848-1849. године

РЕЗИМЕ

Револуцијом 1848. године у Европи почиње доба либерализма, када настају политички програми који су садржали захтеве за слободу, већином схваћену као личне слободе – слобода збора, говора, слобода штампе и ограничење права државе да се меша у друштвени, привредни и лични живот. Облик политичке организације својствен либерализму је представничка управа, остварена кроз биране скупштине. Буржоаска држава проглашава једнакост и слободу свих људи и пружа широке политичке слободе, у начелу свим грађанима. Иако је опште право гласа у почетку ограничено, оно у начелу ипак постоји, сви грађани имају подједнако право да стварају своје политичко мишљење и да га изражавају, да се удружују у политичке странке и воде политичку борбу. Српски народни покрет у Јижној Угарској 1848–1849. године је имао сва обележја буржоаске револуције, те је и политички програм његових учесника садржао већину захтева својствених грађанским револуцијама тога времена у другим европским земљама. Они су били садржани у различитим документима, од петиција на почетку покрета до уставних нацрта у његовој каснијој фази.

Српски народни сабори који су држани у Хабзбуршкој монархији после Велике сеобе на основу царских привилегија су називани саборима, док су у току Српког народног покрета одржане две скупштине. Начин избора посланика за саборе је био одређен *Декларaторним рескриптом* (1779), на основу којег је српско православно становништво у Карловачкој митрополији бирало своје представнике. Међутим, Мајска скупштина 1848. је имала карактер масовне народне скупштине, на којој је, поред посланика бираних по новом угарском закону о изборима за црквено-народни сабор, присуствовало десет до петнаест хиљада људи. Посланици за другу скупштину, одржану у септембру 1848, су у разним местима бирани по различитим правилима, али од стране нове српске власти, а не свештеника.

Већ у захтевањима становништва, насталим у првој фази српског народног покрета се помиње слобода избора народних представника. У уставним нацртима, који су имали различите форме се такође говори о начину избора народних посланика и других носилаца власти. Најпотпуније одредбе о бирачком праву садржи *Нацрт устава за Војводовину Србију* од 8/20. марта 1849, који предвиђа опште и једнако бирачко право и непосредан избор народних посланика .

У већини уставних нацрта, као и осталих аката насталих у току српског народног покрета 1848–1849. је предвиђен слободан избор свих органа власти, који се у њима помињу: сабора, војводе, па чак и црквеног поглавара. само се у неким нацртима помиње имовински ценз. У већини уставних нацрта је међу осталим грађанским правима и слободама право на слободан избор институција државне власти нашло своје место.

Ljubomirka Krkljuš, Ph.D. Full professor
Novi Sad School of Law

Voters' Right in the Documents of the Serbian national Movement (Srpski narodni pokret) in Southern Hungary in 1848-49

Abstract

With the revolution of 1848, the period of liberalism began in Europe, seeing the birth of political platforms that contained demands for freedom, mostly understood as personal freedoms – freedom of choice, speech, freedom of the press and the limitation of the state in its dealings with social, economic and personal life. The form of political organization that best suits liberalism is a representative government, founded on an elected parliament. The bourgeois state proclaimed the equality of all people and offered a broad spectrum of political freedoms, in principle to all citizens. Although the right to vote was limited in the beginning, in principle it did exist after all, and all citizens had an equal right to form their own political opinions and express them, to gather into political parties and to engage in the political struggle. The Serbian National Movement in Southern Hungary 1848–49 had all the traits of a bourgeois revolution, and the political platforms of its participants contained most of the demands suitable for the popular revolutions, of the day in other European countries. These demands were contained in various documents, from the petitions at the founding of the movement to the drafts of the constitutional in its later phase.

Based on imperial privileges, the Serbian national councils that were held in the Hapsburg monarchy after the Great Migration were called councils, but while the Serbian National Movement existed two **parliaments** were held. The method for choosing representatives for the councils was defined by the *Declaratory Rescript* (1779), and based on that the Orthodox population in the Karlovci bishopric chose their representatives. However, the May Parliament of 1848 was, in character, a popular mass parliament at which, in addition to the representatives elected according to the new Hungarian Law on Elections for

the ecclesiastical-popular council, ten to fifteen thousand people were present. Representatives for the second parliament, held in September, 1848, were elected in various places under a variety of conditions, but by the new Serbian government, not by the priests.

Among the very first demands of the populace that came about in the first phase of the Serbian National movement, mention is made of the free election of popular representatives. In the constitution drafts that appeared in various forms, the means of electing the people's representatives and other government officials are issues raised. The most complete decree on voters' rights is contained in the *Draft of the Constitution of Vojvodovina Serbia*, dating from March 20, 1849, that foresees general and equal voting rights and the direct election of popular representatives.

In most of the constitution drafts, and in the other documents that came into existence during the Serbian National Movement of 1848-49, the free election of all officials is foreseen for all offices mentioned in those documents: councils, dukes, and even church leaders. Only in a few drafts is land ownership census mentioned. In most constitutional drafts, among the other civil rights and freedoms, the right to the free election of people to the institutions of the government found its proper place.

332.021.8(497.1) “1918”

Мр Гордана Дракић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

ОРГАНИ СПРОВОЂЕЊА АГРАРНЕ РЕФОРМЕ У КРАЉЕВИНИ СРБА, ХРВАТА И СЛОВЕНАЦА

Сажетак: *У раду је приказан систем органа за организацију и спровођење аграрне реформе у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца. Аутор излаже процес формирања аграрне администрације и наводи правне прописе који су били основ за њено функционисање. Указује се, такође, на разлоге који су утицали да се јави иницијатива за ликвидацију постојеће аграрне администрације и на састав и делокруг аграрних органа које је потом требало формирати.*

Кључне речи: *аграрна реформа, аграрна администрација, органи за спровођење аграрне реформе, Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца.*

Аграрна реформа у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца представљала је крупно социјално, политичко и национално питање. Бројни разлози су утицали на то да државне власти непосредно након стварања заједничке државе Срба, Хрвата и Словенаца приступе решавању проблема аграрне реформе. Један од разлога свакако је било револуционарно расположење на селу али и фактичка сложеност аграрних односа и поседовне структуре земљишта на територијама на којима су живели југословенски народи пре свог уједињења 1. децембра 1918. године.

Решавање сложеног питања аграрне реформе и њено спровођење у пракси подразумевало је постојање одговарајуће администрације која би те послове обављала. У даљем тексту приказаћемо органе који су били надлежни за организовање и спровођење аграрне реформе у Краљевини

Срба, Хрвата и Словенаца. Оцена ефикасности њиховог рада и излагање резултата које су остварили превазилазе оквире овог рада и захтевају дубљу научну анализу.

На основу *Претходних одредаба за припрему аграрне реформе* које су ступиле на снагу 27. фебруара 1919. године почело је Министарство за социјалну политику да спроводи аграрну реформу.[1] Наиме, у § 20. Претходних одредаба било је предвиђено да ће се за спровођење аграрне реформе основати нарочити „Државни уред за аграрну реформу“ који ће бити под надзором министра за социјалну политику. У делокруг рада Уреда, поред аграрне реформе, спадали су, како је било прописано, и послови унутрашње колонизације, репатријације исељеника из Америке и других земаља и уопште пресељење Срба, Хрвата и Словенаца који су живели у другим државама. О саставу и делокругу Уреда требало је да се донесе посебна уредба. Стављањем Државног уреда за аграрну реформу под надзор Министарства за социјалну политику формално је потврђено да је аграрна реформа била државна мера која је имала социјални и политички карактер.

Иако Државни уред за аграрну реформу није био формиран, Одељење за аграрну реформу Министарства за социјалну политику је отпочело са поделом великих поседа у сврхе аграрне реформе одмах након објављивања *Претходних одредаба за припрему аграрне реформе*. Међутим, у том тренутку Министарство за социјалну политику и његово Одељење за аграрну реформу нису имали унапред припремљен план по ком би се поступало, а ни довољан број чиновника који би тај посао обављали.[2]

Доношење *Претходних одредаба* и почетак спровођења аграрне реформе била су питања која су изазвала неслагања између посланика односно политичких странака у Привременом народном представништву. Уследиле су оставке појединих министара, међу којима и министра за социјалну политику.[3]

С обзиром на то да је питање организовања и спровођења аграрне реформе било веома комплексно убрзо се указала потреба формирања посебног министарства које би се бавило искључиво наведеним питањима.

---

[1] *Службене Новине Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца* бр. 11 од 27. фебруара 1919. године.

[2] С. Стојановић, *Шест година наше аграрне реформе*, Југославенска њива, Загреб 1925, 9, 284.

[3] У литератури постоје различита мишљења о разлозима оставке министра за социјалну политику. Видети: Н. Енгелсфелд, *Привремено народно представништво Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца и његово нормативно дјеловање*, докторска дисертација, Загреб 1985, 239. и Т. Миленковић, *Став Радикалне странке према аграрној реформи (1918-1929. године)*, Историја XX века, Београд 1970, XI, 20.

Влада је, дакле, напустила идеју о формирању посебног уреда који би се бавио аграрном реформом и почетком априла 1919. године постављен је министар за аграрну реформу.[4]

Влада је, потом, 10. априла 1919. године донела *Наредбу о деломичном извођењу Претходних Одредаба Министарског Савета за припрему аграрне реформе од 25. фебруара 1919. године* којом је министар за аграрну реформу добио овлашћење, да до дефинитивног спровођења деобе великих поседа, а ради омогућавања ратарске производње у истој години, преузме у своју управу површине земљишта назначене у § 2. *Наредбе*, те да их привремено, на годину дана, изда у закуп лицима наведеним у § 9 *Претходних одредаба за припрему аграрне реформе*.[5]

Министар за аграрну реформу био је, на основу *Наредбе*, овлашћен да именује потребан број органа односно повереника за аграрну реформу из реда „судске или ине правничке струке", да њима придружи економске вештаке ради састављања потребних стручних налаза и мишљења, као и „мернике" који би вршили премеравање земљишних површина које су објекат аграрне реформе.[6]

Повереници за аграрну реформу су, на територијама за које су били надлежни, одлучивали о додељивању земље у привремени закуп. Своје одлуке је требало да донесу на основу правила садржаних у *Наредби* од 10. априла 1919. године, инструкција добијених од министра за аграрну реформу и писменог налаза економског вештака.

Повереници за аграрну реформу су били дужни да током свог рада усмено упозоравају закупце да им се земља додељује у привремени закуп и то су морали да назначе и у писменом решењу о додељивању земље. Дакле, влада је у своме акту изричито нагласила да се земља аграрним субјектима додељује у државину, а не у својину као што је планирано да ће бити код дефинитивне деобе земљишта која је требало да уследи у будућности. При том је поновљена одредба из *Претходних одредаба за при-*

[4] Образовање Министарства за аграрну реформу уследило је, међутим, касније о чему ће бити речи у даљем тексту.

[5] Текст *Наредбе о деломичном извођењу Претходних Одредаба Министарског Савета за припрему аграрне реформе од 25. фебруара 1919. године* у збирци Аграрна реформа уредбе, наредбе и расписи издање Министарства за аграрну реформу Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца у Београду, Загреб 1920, 18-22. У даљем тексту АР-I. Лица којима је требало издати земљу у једногодишњи закуп била су држављани Краљевства СХС који су се бавили обрађивањем земље, а земље нису уопште имали или су је имали недовољно. „Довољно" земље је према тексту Претходних одредаба било онолико колико је појединац са члановима своје породице могао самостално обрађивати.

[6] § 5. *Наредбе о деломичном извођењу Претходних Одредаба Министарског Савета за припрему аграрне реформе од 25. фебруара 1919. године*.

прему аграрне реформе да ће од стицања својине над земљом бити искључени сви који би земљу без дозволе државних власти сами отимали. У *Наредби* је, међутим, додато и то да ће без могућности да стекну својину над земљом, која им је додељена у закуп, остати и они који је буду немарно обрађивали.

За вршење надзора над радом повереника за аграрну реформу, надлежни министар је, сходно *Наредби*, именовао за већа подручја (једну или више жупанија, односно округа) главне поверенике. Они су били одговорни за организацију и извођење читавог посла додељивања земље у привремени закуп аграрним интересентима.

Против решења повереника могао је незадовољни аграрни интересент да поднесе жалбу министру за аграрну реформу. Жалбе на првостепена решења упућивале су се министру преко главних повереника.

Истог дана, 10. априла 1919. године била је објављена још једна наредба која се тицала организације посла спровођења аграрне реформе. Министар за аграрну реформу је донео *Наредбу о избору аграрних заступстава*, у чијем је првом параграфу било прописано да ће се на подручју Хрватске и Славоније основати општинска, котарска и жупанијска заступства-одбори који ће бити саветодавни органи приликом примене *Претходних одредаба*.[7] Овом Наредбом су држављани Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца подељени у пет категорија у зависности од тога да ли су и колико земље имали и да ли су је обрађивали сами са својом породицом или уз помоћ најамних радника. На основу ове категоризације требало је за сваку општину сачинити спискове који би потом служили као основ сваком даљем раду у спровођењу аграрне реформе. Аграрни одбори су, као свој први задатак, имали да испитају тачност података унетих у поменуте спискове.

На основу *Наредбе о избору аграрних заступстава* убрзо су изабрани аграрни одбори у Срему, а нешто касније на подручју Бачке и Баната. Оперативни орган за све послове у вези са извођењем аграрне реформе на подручју Хрватске и Славоније било је Повјереништво за народно господарство, а у Словенији посебни одсек за аграрну реформу. У Далмацији, Македонији, Црној Гори и на подручју Косова и Метохије у прво време нису били оформљени посебни органи за аграрну реформу, па су све послове обављале управне власти.[8] Наведени помоћни извршни органи за послове извођења аграрне реформе створени током 1919. године су, како

[7] *Наредба Министра за аграрну реформу о избору аграрних заступстава, издана на основу предходних одредаба за припрему аграрне реформе од 25. фебруара 1919*, АР- I, 97-102.

[8] М. Ерић, *Аграрна реформа у Југославији 1918-1941 год*, Сарајево 1958, 302.

се може закључити из текста *Наредбе*, имали привремени карактер. У складу са тим ускоро је уследила реорганизација апарата за извођење аграрне реформе.

Сложеност аграрних односа, обимност посла и потреба да се све радње координирају од стране једног централног органа довели су до формирања Министарства за аграрну реформу. *Уредба о устројству Министарства за аграрну реформу*, донета 12. фебруара 1920. године, утврђивала је надлежност, задатке и организацију тог министарства.[9]

Задатак Министарства за аграрну реформу био је, најпре, да израђује законске предлоге, уредбе и наредбе о аграрној реформи и да их преко својих органа примењује односно поступа по њима. Даље, Министарство је требало да организује и води послове поделе земље, колонизације, репатријације, преузимања великих пољопривредних и шумских поседа у државне руке као и послове разрешења и уређења кметских, колонатских и сличних односа.

Министарство је у свом саставу имало два одељења: опште и аграрно. Одељења су се, даље, делила на одсеке и пододсеке.[10] Уредбом је, даље, било предвиђено да се у појединим областима Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца образују аграрне дирекције ради бржег и ефикаснијег обављања послова као и због разноликости аграрних односа у држави. У Уредби је било прописано да аграрне дирекције имају седишта у Загребу, Љубљани, Сплиту, Сарајеву, Цетињу, Новом Саду и Скопљу. Као нижи извршни органи наведених дирекција требало је да се оснују окружни (жупанијски) аграрни уреди и среске (котарске) аграрне комисије и да се поставе аграрни повереници.

Током 1920. године су конституисане аграрне дирекције у Загребу, Новом Саду, Љубљани и Сарајеву, док су у Скопљу, Цетињу и Сплиту са истим задацима основана главна аграрна повереништва која су била изједначена са аграрним дирекцијама.[11]

Аграрне дирекције су биле извршни органи Министарства за аграрну реформу за подручја за која су образоване. Вршиле су функцију надзорних органа над радом жупанијских аграрних уреда са својих подручја надлежности. Аграрне дирекције су имале задатак да извршавају послове око поделе земље, колонизације, доделе земље добровољцима као аграр-

[9] *Службене Новине Краљевства Срба, Хрвата и Словенаца* бр.36 од 18. фебруара 1920. године.

[10] Изменама и допунама ове Уредбе које су уследиле 1921. године у оквиру Министарства за аграрну реформу формирано је још једно одељење које се бавило пословима колонизације.

[11] Ђ. Богојевић, *Аграрна реформа*, Јубиларни Зборник живота и рада Срба, Хрвата и Словенаца 1918-1928, Београд 1928, I, 314.

ним интересентима и да контролишу вршење државног надзора и државне управе над земљиштима великих поседа. У делокруг њихових послова улазило је и израђивање нацрта и предлога у пословима аграрне реформе као и старање о унапређивању земљорадње. Аграрне дирекције су решавале по жалбама против одлука жупанијских аграрних уреда. Против одлука аграрних дирекција незадовољно лице је могло да изјави жалбу Министарству за аграрну реформу које је било последња инстанца.[12]

Жупанијски аграрни уреди били су извршни органи аграрних дирекција. Представљали су првостепене органе за вршење свих послова спровођења аграрне реформе осим послова који су били нарочитим прописима стављени у надлежност виших инстанци. Жупанијски аграрни уреди су имали задатак да доносе одлуке у погледу спровођења аграрне реформе, сређују потребан статистички материјал и воде евиденцију експроприсаних делова великих поседа и упућују аграрној дирекцији своје предлоге за дефинитивну раздеобу земље и колонизацију. На челу жупанијског аграрног уреда стајао је жупанијски аграрни повереник, а на челу аграрне дирекције аграрни директор.[13]

Почев од фебруара месеца, у току 1920. године су, сходно наредбама министра за аграрну реформу, изабрани нови аграрни одбори у Хрватској, Славонији, Међумурју, Словенији, Банату и Бачкој. Дужност општинских, котарских и жупанијских аграрних одбора као саветодавних органа у поступку спровођења аграрне реформе била је да испитају, у што краћем року, тачност пописа земљорадника састављеног према прописима *Наредбе* од 10. априла 1919. године. Стари одбори су били распуштени зато што приликом њиховог формирања нису била у потпуности поштована правила *Наредбе* која су се односила на поступак избора одборника. Наиме, у пролеће 1919. године када су аграрни одбори конституисани било је, с обзиром на стање на селу, односно незадовољство сељака, важно што пре започети са поделом земљишта. Новоизабрани аграрни одбори требало је да имају мандат од годину дана. Међутим, мандат им је био прећутно продужен све до 1924. године када је министар донео решење о њиховом распуштању. Установа аграрних одбора је имала сврху да обезбеди утицај представника народа на спровођење аграрне реформе.[14]

Министарски савет је 14. јануара 1925. године донео Решење о укидању аграрних дирекција у Љубљани, Загребу и Београду (Новосадска) и

[12] Б. Лекић, *Аграрна реформа и колонизација у Југославији 1918-1941*, Београд 2002, 72-74.

[13] *Наредба Министра за аграрну реформу о устројству Аграрне Дирекције у Новом Саду*, АР-I, 215.

[14] J. Деметровић, *Аграрна реформа и демократска странка*, Загреб 1920, 18-21.

главних повереништава у Скопљу, Цетињу и Сплиту. Решењем је било предвиђено и укидање жупанијских аграрних уреда. Због различитих прилика на подручјима надлежности појединих дирекција, било је прописано да за територију дотадашњих аграрних дирекција у Љубљани, Загребу и Београду сремски поглавари постају прва инстанца за све послове индивидуалне поделе и обраде земљишта. Сремски поглавари су у Решењу дефинисани као извидни, расправни и извршни органи обласног великог жупана као и министра за аграрну реформу у свим пословима спровођења аграрне реформе и колонизације. Обласни велики жупан је представљао прву инстанцу у предметима установљавања максимума и супермаксимума за велике поседе, те одвајања земљишта за сврхе аграрне реформе по закону о издавању земљишта великих поседа аграрним интересентима. Обласни велики жупан је био друга и последња инстанца на територији своје надлежности за послове у којима је сремски поглавар био прва инстанца.[15]

За територију надлежности аграрне дирекције у Сарајеву обласни велики жупан био је прва инстанца када се радило о пословима спровођења аграрне реформе, док су сремски поглавари били његови извршни органи. За територије надлежности главних повереништава у Скопљу, Цетињу и Сплиту обласни велики жупан био је првостепени орган за све послове спровођења аграрне реформе и доделе земљишта аграрним интересентима. Министар за аграрну реформу је представљао другостепени орган у свим предметима спровођења аграрне реформе и колонизације у којима је обласни велики жупан био првостепена инстанца.[16]

У решењу је било прописано да би дотадашња аграрна администрација требало да престане са функционисањем 30. априла 1925, а да нови аграрни органи следећег дана 1. маја исте године почну са радом. Међутим, министар за аграрну реформу је 7. априла 1925. године поднео реферат Министарском савету у ком је затражио да се ликвидација аграрне дирекције у Сарајеву, жупанијских аграрних уреда у Новом Саду, Великом Бечкереку, Вршцу и Вуковару и Главног повереништва у Скопљу одложи до 31. октобра 1925. године. Као разлог је навео постојање специјалних прилика на подручјима надлежности наведених аграрних органа у пословима спровођења аграрне реформе и колонизације. Разлог за одлагање ликвидације аграрне администрације на појединим подручјима свакако треба тражити у немогућности завршавања предвиђених пос-

[15] *Решење Министарскога Савета Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца Бр.1046 од 14. јануара 1925. године о ликвидацији аграрних дирекција (Главних повереништава) и њима подређених органа*, АР-II, Загреб 1925, 383-387.

[16] Исто, 384-385.

лова. Министарски савет је, на истој седници, овластио министра за аграрну реформу да спроведе ликвидацију аграрних органа и пре наведеног рока уколико за то буде могућности.[17]

Са образложењем да се на територији аграрне дирекције у Загребу и Љубљани, те жупанијског аграрног уреда у Осијеку нису могле обавити потребне предрадње за ликвидацију аграрне администрације, министар за аграрну реформу је 1. маја 1925. године затражио одлагање њиховог укидања. Министарски савет је усвојио реферат министра за аграрну реформу и одложио ликвидацију наведених аграрних органа до 31. октобра исте године.[18]

Ликвидација старе аграрне администрације одлагана је још два пута. Најпре, до 31. октобра 1926, а потом до 31. октобра 1927. године са образложењем да је утврђена целисходност њеног даљег функционисања. Након што је истекао последњи рок за ликвидацију аграрне администрације, она је пређутно задржана све до завођења Шестојануарске диктатуре када је укинуто Министарство за аграрну реформу. Компетенције овог министарства пренете су на Министарство пољопривреде које је у одређеној мери реорганизовано како би могло да преузме координирање послова спровођења аграрне реформе и колонизације.[19]

*
* *

Период првих десет година постојања заједничке југословенске државе, у којем је њен званичан назив био Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца, карактерише постојање разгранате организационе структуре која је пред собом имала сложен и одговоран задатак спровођења аграрне реформе.

За релативно кратко време створена је сложена администрација сачињена од оперативних органа задужених за рад на „терену“ и оних који су координирали спровођење аграрне реформе, припремали потребне правне акте и решавали жалбе незадовољних аграрних интересената.

Аграрна администрација је имала широке ингеренције у вези са спровођењем аграрне реформе, те је у великој мери утицала на њен ток и

[17] АР-II, 395.
[18] АР-II, 396.
[19] С. Живков, *Аграрно законодавство Југославије 1918-1941 социјални основи*, Нови Сад 1976, 76.

обим. Томе је, међутим, доприносила и непрецизност правних прописа који су се односили на извођење реформе. Многи савременици су апарат за организацију и спровођење аграрне реформе оцењивали као бирократски и приписивали му одговорност за њен спори ток. Отуда и тежње, средином периода посматраног у раду, да се постојећи органи аграрне реформе укину, а да њихов посао преузму органи који би у организационом смислу били једноставнији па самим тим и ефикаснији.

Ликвидација разгранатог система органа за спровођење аграрне реформе више пута је одлагана на иницијативу надлежног министра, а уз одобрење владе. Очигледно није било једноставно, а ни политички опортуно, укидањем органа који су решавали бројне захтеве и жалбе аграрних интересената, додатно успорити ионако осцилирајући ток реформе.

Након што је истекао и последњи постављени рок за ликвидацију аграрне администрације, она је прећутно задржана све до завођења диктатуре краља Александра Карађорђевића 6. јануара 1929. године. Диктатура је донела промене у организацији државне управе па тако и у систему органа задужених за спровођење аграрне реформе и колонизације.

Gordana Drakić L.L.M Assistant
Novi Sad School of Law

Organization of execution of democratic land reform in Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes

Abstract

Agrarian issue in Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was complex and one of the most important issues in the state. Complexity of agrarian relations and revolutionary mood in villages among the peasants were the reasons which justified taking actions to organize and carry out democratic land reform in Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.

The subject of this paper is arising of administration which was responsible for organization and execution of democratic land reform in Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.

The author explains the legal regulations which were foundation for accurate functioning of the agrarian administration. The author also points out to the reasons which initiate the changes of agrarian administration.

342.53(497.11:44)“18“

Мр Маша Кулаузов, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ СЕНАТА ПРЕМА УСТАВУ КРАЉЕВИНЕ СРБИЈЕ ОД 1901. ГОДИНЕ И УСТАВУ ФРАНЦУСКЕ ТРЕЋЕ РЕПУБЛИКЕ ОД 1875. ГОДИНЕ

Сажетак: *Аутор у раду пореди уставне одредбе о законодавним и судским компетенцијама Сената према* ***Уставу Краљевине Србије*** *од 1901. године и* ***Уставу*** *Француске Треће републике од 1875. године, и закључује да се конкретна уставна решења у овим областима знатно разликују. Аутор у раду настоји да ове разлике објасни, узевши у првом реду у обзир чињеницу да, за разлику од француског, српским* ***Уставом*** *није уведен парламентаризам, те да српски устав не познаје начела иманентна парламентарном режиму. То су, на првом месту, неограничено буџетско право Народног представништва, и, нарочито, политичка одговорност министара.*

Кључне речи: ***Априлски устав*** *од 1901. године,* ***Устав*** *Француске Треће републике од 1875. године, Сенат, законодавне и судске компетенције Сената.*

УВОД

Иако је према некодификованом *Уставу* од 1875. године Француска била парламентарна република, док је Србија према *Уставу Краљевине Србије* од 1901. године била уставна монархија, Сенат је у обе државе имао сличан положај и улогу у систему власти. Стога су и одредбе о Сенату у оба уставна документа врло често истоветне садржине. Будући да поређење ових уставних одредаба превазилази обим једног рада, аутор је овој теми посветио три рада. У већ објављеном раду[1] аутор се бавио поређењем одредаба српског и француског *Устава* о саставу Сената, као и о условима за остваривање активног и пасивног бирачког права за Сенат. У овом раду, аутор проучава сличности и разлике између законодавних и судских компетенција Сената према *Уставу Краљевине Србије* од 1901. године и *Уставу* Француске Треће републике од 1875. године. У наредном раду, чије је објављивање планирано у *Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду* 2007. године, аутор ће ближе размотрити одредбе оба уставна акта које се односе на распуштање представничког тела, као и на везаност мандата и имунитет народних посланика и сенатора.

1. Законодавне компетенције Сената и буџетско право Народног представништва према *Уставу Краљевине Србије* од 1901. године и *Уставу* Француске Треће републике од 1875. године

Законодавна власт према *Априлском уставу*[2] од 1901. године припада краљу и Народном представништву, док сва три законодавна фактора, дакле краљ, Народна скупштина и Сенат имају право законодавне иницијативе (члан 47 став 1 *Устава*). „Ниједан закон се не може издати, укинути, изменити, обуставити или протумачити било почесно било у целини; нити се предлог законски може Краљу на потврду поднети, пре него што га Народна скупштина и Сенат појединце и у целини већином

[1] О овом раду видети М. Кулаузов, *Сличности и разлике између Сената према Уставу Краљевине Србије од 1901. године и француском Закону о организацији Сената од 1875. године, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, XL 1 (2006), стр. 115-124.

[2] Уобичајен назив за *Устав Краљевине Србије* од 1901. године јер га је краљ Александар октроисао (подарио) 6. априла 1901. године.

гласова усвоје“ (члан 48).[3] Кворум за пуноважно одлучивање како у Народној скупштини, тако и у Сенату, износио је више од половине од укупног *Уставом* утврђеног броја чланова, а одлуке су се, у највећем броју случајева, доносиле простом, натполовичном већином гласова присутних чланова (чл. 55 ст. 1).[4] *Устав* врло детаљно регулише процедуру за усвајање једног законског предлога у представничком телу. Као и у већини светских устава, и у српском *Уставу* од 1901. године је прописано да предлог, одбачен у начелу у било којем дому не може у току истог сазива бити поднет ни другом дому на усвајање. Уколико оба дома представничког тела усвоје законски предлог без измена и у целини, тај предлог може бити поднет краљу на потврду. Ако пак један дом изврши неке измене у предлогу који је други дом усвојио и њему послао, предлог се са тим изменама враћа оном дому који га је први по реду претресао. Ако он остане при свом првобитном решењу, предлог се враћа на друго и последње решавање дому који га је други по реду претресао. Не буде ли ни тада усвојен, предлог се сматра као одбачен и у истом се сазиву не може више ни једном дому подносити (члан 62 став 1, 2 и 3).[5]

Дакле, у погледу решавања сукоба домова, усвојен је метод тзв. „шетње“ законског предлога од једног ка другом дому који се ограничава на два претреса у оба дома.[6]

Једино одступање од начелне равноправности домова у законодавној материји учињено је у погледу предлога закона о буџету који је тек након усвајања у Народној скупштини могао бити поднет Сенату на усвајање (члан 90 став 5).[7] Уколико би Сенат предложио неке измене у предлогу буџета, предлог је враћан Народној скупштини, с тим да је њена одлука приликом другог претреса била коначна (чл. 62 ст. 4).[8] Ово правило да општепредставничком дому припадају већа права приликом доношења финансијских закона је последица примене начела *no taxation without representation* насталог у Енглеској као резултат чињенице да се у **Доњем дому** или **Општепредставничком дому** (*House of Commons*) налазила већина пореских обвезника. Сходно томе, њима припада предност у одлучивању о порезима и другим дажбинама у односу на **Горњи дом** или **Дом Лордова** (*House of Lords*).[9]

---

[3] *Устав Краљевине Србије* од 1901. године, штампан у Државној штампарији Краљевине Србије, Београд 1901, стр. 15-16. У даљем тексту: *Устав од 1901. године*.

[4] Исто, стр. 18.

[5] Исто, стр. 20.

[6] В. Петров, *Сукоб домова у дводомном систему*, Београд 2004, стр. 148.

[7] *Устав од 1901*. године, стр. 31.

[8] Исто, стр. 20.

[9] P. B. Jovanović, *Savremeni politički sistemi*, knjiga II, Novi Sad 1992, стр. 53-54.

И поред овог прогресивног решења буџетско право Народног представништва је било ограничено и непотпуно. Наиме, начин на који је оно уређено у *Уставу Краљевине Србије* од 1901. године није у духу парламентаризма. Неопходна претпоставка парламентарне владавине и средство за увођење политичке одговорности министара је право парламента да доноси буџет. Неизгласавање буџета је једнако паду владе јер влада без финансијских средстава није у могућности да врши своју функцију. На тај начин, користећи се својим правом да доноси буџет, представничко тело је у парламентарном режиму могло приморати на одступање владу чијим радом није било задовољно.[10] Према српском *Уставу* од 1901. године Народно представништво није имало то право, јер није могло одбацити буџет у начелу (члан 92 *Устава*). Са друге стране, буџетско право Народног представништва било је ограничено могућношћу краља да указом који премапотписују сви министри продужи вршење прошлогодишњег буџета најдуже за годину дана уколико је Народна скупштина распуштена или јој је одложено заседање пре него што је утврдила буџет (члан 92 став 2 *Устава*).[11]

Према члану 1 француског *Закона о организацији власти* од 25. фебруара 1875. године законодавну власт врше два дома представничког тела: **Дом посланика** (*Chambre des députés*) и **Сенат** (*Sénat*). Као и према српском *Уставу* од 1901, и према француском *Закону о организацији власти* правом законодавне иницијативе располажу оба дома представничког тела и шеф државе, у овом случају председник Француске Треће републике (чл. 3 ст. 1).[12]

Међутим, за разлику од српског *Устава* од 1901. године као и већине светских устава који у случају сукоба домова у материји финансијског законодавства доношење коначне одлуке препуштају општепредставничком телу, некодификовани *Устав* Француске Треће републике и овде инсистира на доследној равноправности домова. Наиме, према одредби члана 8 став 2 *Закона о организацији Сената* од 24. фебруара 1875. године финансијски закони морају прво бити поднети Дому посланика и у њему изгласани, али је за њихово ступање на снагу неопходна и сагласност Сената.[13] Овакво доследно инсистирање на пуној равноправности домова,

[10] Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2003, стр. 342.

[11] *Устав од 1901. године*, стр. 31.

[12] *Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics*, http://www.legisnet.com/france/constitutions/constitution_III_republique.htm, str. 1, posećeno 1. 12. 2004. U daljem tekstu: *Loi du 25 février 1875.*

[13] *Loi du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat*, http://www.legisnet.com/france/constitutions/constitution_III_republique.htm, str. 3, posećeno 1. 12. 2004. U daljem tekstu: *Loi du 24 février1875.*

као и одсуство механизама за решавање њихових међусобних сукоба у случају овако хетерогеног састава представничког тела какав је постојао у Француској Трећој републици често су доводили до парализе у раду законодавне власти као и до могућности да конзервативни Сенат деценијама спречава усвајање прогресивних закона. То сигурно није била иницијална намера уставотворца.

Иако је према слову *Закона о узајамним односима власти* од 16. јула 1875. године председник располагао правом суспензивног вета на законе изгласане у домовима (чл. 7 ст. 2 *Закона* предвиђа да председник у оквиру рока за промулгацију закона може тражити од оба дома поновно разматрање закона које домови не могу одбити),[14] председник се овим правом није користио у пракси како из традиционалних, тако и из конкретних разлога политичке природе.[15] Наиме у Енглеској, која је послужила као модел за уобличавање бројних парламентарних установа у другим земљама већ након 1707. године изобичајило се да краљ користи право вета на законе изгласане у домовима Парламента.[16] Поред овог разлога према коме ветирање закона од стране шефа државе представља историјски анахронизам, постоји и низ разлога практичне природе због којих се председник Француске Треће републике до сада није одлучио да искористи ово своје право. Најпре, употреба овог средства довела би председника у деликатну ситуацију да овим својим чином дискредитује представничко тело као недовољно доброг познаваоца народних потреба. Са друге стране, стављање вета довело би председника Републике у сукоб са владом, што би у крајњој линији довело до његове оставке уколико влада ужива подршку парламентарне већине, јер стављање вета указује на несклад између правног (председник) и политичког (влада) дела егзекутиве. У случају ефикасне сарадње између владе и председника, влада, која на основу установе премапотписа одговара за акте председника Републике, би путем већине коју има у домовима представничког тела спречила усвајање законског предлога са којим није сагласна.[17]

Иако су и краљ Србије према *Уставу* од 1901. године и председник Француске Треће републике према *Уставу* Француске од 1875. године располагали значајним законодавним овлашћењима, мишљења смо да је у пракси краљ Србије био значајнији законодавни чинилац. Председник

[14] *Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics*, http://www.legisnet.com/france/constitutions/constitution_III_republique.htm, str. 5, posećeno 1. 12. 2004. U daljem tekstu: *Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875.*

[15] Š. Kurtović, *Vrhovna izvršna vlast u Francuskoj Trećoj republici 1871-1887*, knjiga I, Zagreb 1980, стр. 113.

[16] С. Шаркић, *Општа историја државе и права*, Београд 1995, стр. 210.

[17] Š. Kurtović, nav. delo, стр. 113-114.

Француске Треће републике у пракси своје право вета на законе изгласане у представничком телу није ни користио, те је зато његова улога у законодавству углавном била само репрезентативна и симболична.

2. Судске компетенције Сената и министарска одговорност према *Уставу Краљевине Србије* од 1901. године и *Уставу* Француске Треће републике од 1875. године

Према *Уставу Краљевине Србије* од 1901. године, Сенат је био овлашћен да суди министрима (чл. 81 ст. 4) по оптужби краља или Народне скупштине за дела таксативно наведена у члану 80 *Устава*. То су: а) издаја земље и владаоца; б) повреда *Устава* и уставних права српских грађана; в) примање мита и г) повреда закона у случајевима нарочито одређеним у закону о министарској одговорности. Кривице су застаревале у року од пет година по учињеном делу.[18] Како је краљ постављао и разрешавао министре (чл. 10 ст. 2),[19] према одредби члана 79 *Устава* министри су за своја дела поред Народног представништва били одговорни и краљу, али писмена или усмена наредба краља није могла ни у ком случају заклонити министра од одговорности. Уколико је оптужба министра потицала из Народног представништва, било је потребно да се са предлогом да се министар оптужи сагласи најмање двадесет посланика Народне скупштине, као и да за оптужбу гласа две трећине од укупног броја посланика у Скупштини. Уколико је оптужба била једном одбачена није се више могла поновити за исто дело (чл. 81, ст. 1, 2 и 3 *Устава*). Члан 82 *Устава* гласи: „Без пристанка Народне скупштине Краљ не може ни амнестирати, ни опростити, ни смањити казну осуђеном министру, нити истрагу над њим прекинути и осуду спречити.“[20] Поред својих дела, министри су на основу установе премапотписа били одговорни и за све краљеве акте донете у вршењу државних послова, будући да је српски краљ, као и сваки други монарх био неодговоран (члан 11).[21]

Како је *Уставом Краљевине Србије* од 1901. уведена само кривична, а не и политичка одговорност министара за њихова политичка дела која, поред права Народног представништва да доноси буџет представља најзначајније обележје парламентарне владавине, јасно је да *Уставом* није

[18] *Устав од 1901*. године, стр. 26.
[19] Исто, стр. 5.
[20] Исто, стр. 26.
[21] Исто, стр. 5.

уведен парламентаризам у Србији. Још једно уставно решење било је у директној супротности са парламентарним системом власти. *Уставом* је установљена инкомпатибилност између чланства у влади и припадности Народном представништву. Оваква непосланичка влада предвиђена је чланом 78 став 2 и 3 *Устава* у којима је прописано да министри не могу бити посланици у Народној скупштини, нити путем народног избора постати сенатори. У супротном случају, дакле ако би посланик у Народној скупштини или изабрани сенатор постао министар, изгубио би свој мандат.[22] У парламентарном режиму влада се образује по политичком критеријуму, дакле од представника партије која има већину у парламенту и врши своју функцију само док ужива поверење парламентарне већине. Зато су у парламентарном систему министри одговорни само пред Народним представништвом, чије поверење је министрима неопходно за остајање на власти, а не и пред краљем како је било прописано српским *Уставом*. Иако српским *Уставом* није била предвиђена тако тесна повезаност између законодавне и извршне власти каква је уобичајена у парламентарним режимима, ипак су и *Уставом Краљевине Србије* од 1901. године била прописана одређена средства путем којих се остваривала интеракција између законодавне и извршне власти. Та средства омогућавала су влади да контролише рад Народног представништва, као и Народном представништву да врши надзор над радом владе. Са једне стране, сваки члан Народног представништва имао је право да министрима упућује питања и интерпелације на које су министри били дужни да одговоре у току истог сазива Народног представништва (члан 57).[23] Са друге стране, министри су имали право приступа у оба дома Народног представништва у којима су на свој захтев морали бити саслушани (чл. 78 ст. 1).[24]

Француска Трећа република била је прва парламентарна република у историји, али уједно и прва држава у чијем је *Уставу* изричито прописан парламентарни режим (члан 6 став 1 *Закона о организацији власти* од 25. фебруара 1875. године гласи: „Министри сносе солидарну одговорност пред домовима за општу политику владе, и индивидуалну за своје личне акте.”)[25] Дакле, према *Закону о организацији власти* министри су били политички одговорни пред оба дома представничког тела што значи да је и Сенат, поред Дома посланика могао изгласати неповерење влади. Поред тога што им је могао изгласати неповерење, Сенат је био овлашћен и да суди министрима као и свим лицима у случају напада на безбедност

[22] Исто, стр. 25.
[23] Исто, стр. 18-19.
[24] Исто, стр. 25.
[25] *Loi du 25 février 1875*, стр. 2.

државе, али увек по оптужби Дома посланика (члан 12 став 1, 2 и 3 *Закона о узајамним односима власти*).[26] Председник републике је био политички неодговоран, што је обележје иманентно парламентарном режиму. Зато је сваки његов акт морао бити снабдевен премапотписом надлежног министра који је на тај начин за њега преузимао одговорност (члан 3 став 6 *Закона о организацији власти*). Председник републике је био кривично одговоран једино у случају велеиздаје (члан 6 став 2 *Закона о организацији власти*),[27] када му је, према одредби члана 9 *Закона о организацији Сената* судио Сенат.[28]

Иако *Устав* Француске Треће републике о томе не говори, мишљења смо да није постојала забрана истовременог чланства у влади и представничком телу будући да непосланичка влада није у духу парламентаризма. У сваком случају, у парламентарној пракси Треће републике створен је низ средстава путем којих се остваривала сарадња између законодавне и извршне власти. Представничко тело је могло да контролише рад владе путем интерпелација и питања упућених министрима,[29] док су и министри могли остварити увид у рад представничког тела будући да им је било дозвољено присуство заседањима домова као и право да у домовима буду саслушани када то затраже (члан 6 став 2 *Закона о узајамним односима власти*).[30]

Поређењем уставних одредаба о судским компетенцијама Сената намеће се закључак да је Сенат према *Уставу* Француске Треће републике имао већа судска овлашћења од Сената према *Уставу Краљевине Србије* од 1901. године. Ово стога јер је француски Сенат поред министара, био овлашћен да суди и председнику републике у случају велеиздаје као и свим лицима у случају напада на државну безбедност.

[26] *Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875*, стр. 5.
[27] *Loi du 25 février 1875*, стр. 1-2.
[28] *Loi du 24 février 1875*, стр. 3.
[29] Š. Kurtović, nav. delo, стр. 142-143.
[30] *Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875*, стр. 4-5.

Закључак

Највише разлика између *Устава Краљевине Србије* од 1901. године и некодификованог *Устава* Француске Треће републике постоји у погледу карактера министарске одговорности и буџетског права Народног представништва што је по нашем мишљењу разумљиво уколико се има у виду да српским *Уставом* није уведен парламентаризам. Међутим, иако српски *Устав* не познаје низ уставних решења својствених за парламентарни режим, *Уставом* од 1901. уведен је низ прогресивних новина које не предвиђа његов страни узор. У првом реду то су механизми за решавање сукоба између домова у законодавној материји као и предност општепредставничког тела у сфери финансијског законодавства. У погледу општег положаја и улоге Сената у систему власти као и судских компетенција Сената и средстава путем којих се остварује сарадња између законодавне и извршне власти два уставна документа показују доста сличности.

Maša Kulauzov, Assistant
Novi Sad School of Law

Similarities and differences between the Senate according to the Constitution of the Kingdom of Serbia of 1901 and the Constitution of French Third Republic of 1875 (Constitution de la IIIe République)

Abstract

Since the autors of the *Constitution* of 1901 (the so called April constitution „Aprilski ustav“) studied in France, the French uncodified *Constitution* of 1875 served to a great extent as a model for the provisions concerning the Senate in the Serbian *Constitution* of 1901. Comparing the provisions of the Serbian *Constitution* and the French uncodified *Constitution*, we could notice that both constitutional documents envisaged appointed and irremovable senators. Also, both documents prescribed high property census for acquiring of passive electoral right for Senate.

Differences between the provisions of the Serbian and the French *Constitutions* emerged as a result of different social and political circumstances in the society at the time when the Serbian and the French *Constitutions* were passed. Those differences appeared in the first place as a result of the fact that the *Constitution* of 1901 did not introduce parliamentarism in Serbia. The *Constitution* had no provisions on political responsibility of ministers, just on their criminal responsibility. Budgetary right of the National representative body was limited.

Nevertheless, the Serbian *Constitution* introduced some progressive novelties. Only in the Serbian *Constitution* were envisaged the ways of solving the conflicts between the two Houses of Parliament in passing laws. Also, the priority of National Assembly was established when financial laws were to be issued.

347.67(37)

Самир Аличић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

ШТА ГАЈ НИЈЕ РЕКАО О ФОРМИ ТЕСТАМЕНТА *PER AES ET LIBRAM*

Сажетак: *У својим Институцијама велики класични правник Гај дао је прецизан и детаљан опис форме тестамента per aes et librat. Овај опис верно одсликава форму тестамента у Гајево доба, и јасно се разликује од старих форми које су у Институцијама такође описане, али су имале само историјски значај. У свом опису Гај је обухватио углавном само формалности које су биле неопходне за пуноважност тестамента, дакле оне које су чиниле форму тестамента у ужем смислу. Изостављене су бројне формалности које су биле уобичајене и које су могле имати известан правни значај ради доказивања аутентичности и валидности воље тестатора, али нису биле неопходне за пуноважност тестамента по цивилном праву. Такође, изостављен је у целости и усмени тестамент per aes et librat који је несумњиво постојао у класично доба, али је коришћен много ређе него писани тестамент који Гај описује.*

Кључне речи: *римско право, форма, тестамент, Гај, Институције.*

Увод

Гајеве Институције посвећују велику пажњу формама правних послова. У свом уџбенику Гај је детаљно описао форме већег броја правних послова, и неки од тих описа представљају данас фундаменталне изворе сазнања о формализму класичног права. И не само то. Институције се баве

и историјатом форме у римском праву. Оваква „правноисторијска“ разматрања су веома ретка у делима римских правника. Утолико је већи значај Гајевих описа старих форми.

У овом раду бавићемо се формом тестамента *per aes et libram* у Гајевим Институцијама, оставивши овом приликом по страни архаичне форме *(calatis comitiis, in procinctu, mancipatio familiae),* као и *testamentum mlilitis* и тзв. „преторски тестамент“. Гајево разматрање о форми класичног тестамента *per aes et libram* најпотпуније је којим располажемо међу свим сачуваним римским текстовима. Ипак, постоји неколико питања која Гај није дотакао, а осим тога поједини делови његовог текста су на различите начине тумачени од стране истраживача, због чега и данас постоје неке недоумице. Покушаћемо овом приликом да дамо одговоре на поједина од тих питања, или бар да дамо допринос елиминисању неких теорија. Пре него што се позабавимо недоумицама у погледу Гајевог описа форме тестамента, да видимо најпре шта несумњиво знамо о овом питању на основу Гајевог излагања.

Гајев опис форме тестамента *per aes et libram*: елементи форме неопходни за пуноважност посла и њихова класификација

Гај нам је оставио добро познати детаљан опис форме тестамента *per aes et libram* у другом коментару, одредбе 2. 102-108. [1]

[1] *G. 2. 102. Касније створена је и трећа врста тестамента, која се обавља у форми per aes et libram. Онај који није сачинио тестамент пред комицијом, нити in procinctu, ако му је запретила изненадна смрт, давао је путем манципације своју фамилију, тј. имовину пријатељу и налагао му шта ће коме по његовој смрти дати. Овај тестамент се назива per aes et libram, зато што се обавља у облику манципације. 103. Прве две врсте тестамента су изашле из употребе, задржао се само тестамент per aes et libram. Наравно да се сада то обавља на други начин него некада. Наиме некада је familiae emptor, тј. онај који је од тестатора путем манципације добијао имовину, ступао на место наследника, отуда му је тестатор налагао шта жели коме да се дâ после његове смрти. Сада се један поставља за наследника, коме се у аманет остављају и легати, а други се именује за familiae emptor-а ради угледања на старо право. 104. Тај посао се обавља на следећи начин: лице које прави тестамент позива пет пунолетних римских грађана за сведоке и либрипенса, као у осталим манципацијама, и, пошто је написао на таблицама тестамент, манципира форме ради своју имовину. Том приликом familiae emptor изговара следеће речи: «Да би могао правоваљано да сачиниш тестамент сагласно јавном праву, узимам твоју породицу и имовину на старање и чување путем ове бронзе», а неки додају и «путем овог бронзаног тега нек ми буде купљена», затим удара бронзом о тег и предаје*

тестатору бронзу на име цене. После тога тестатор, држећи у руци таблице на којима је тестамент, каже: «Онако како је на овим таблицама и воску записано, тако дајем, тако легирам, тако изражавам последњу вољу и ви ми Квирити, тако посведочите.» Ове речи се називају нункупација, јер пипсирare значи јавно објавити, а сматра се да је тестатор, оно што је посебно у тестаменту написао, јавном изјавом објавио и потврдио. 105. Међу сведоцима не сме нико да буде под патриа потестас familiae emptor-а или самог тестатора јер се због угледања на старо право, цео поступак, који је вршен ради изјаве последње воље, сматра да је обављен између familiae emptor-а и тестатора. Осим тога, некада, као што смо напред рекли, онај који је путем манципације добијао имовину од тестатора ступао је на место наследника, а у таквом послу не могу сведочити они који спадају у чељад једног или другог. 106. Отуда, ако се као купац имовине (familiae emptor) јави неко ко је под patria potestas, његов патерфамилијас не може бити сведок, као и лице које се налази под истом влашћу, на пример његов брат. А ако син из имовине коју је стекао у војсци (peculium castrense), после отпуштања из војске прави тестамент, ни његов отац нити онај који је под влашћу оца не могу бити ваљани сведоци. 107. За мерача (либрипенса) важи исто што смо рекли о сведоцима, јер се и он убраја у сведоке. 108. Али онај који се налази под влашћу наследника или легатара или у чијој су власти сам наследник или легатар, или онај који се налази под истом влашћу (са наследником или легатаром), може бити сведок или мерач, јер се (у овој улози) могу појавити и сам наследник или легатар. Ипак, у погледу наследника треба да што мање користимо ово правило када је реч о лицима која су под његовом влашћу или под чијом влашћу се он налази. превод преузет из: О. Станојевић: Гај; Институције, Београд 1982. (102. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur. 104. Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAMQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGE PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare. 105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter ueteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat; itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium. 106. Unde et si is, qui in potestate patris

Из тог текста се види да је тестамент *per aes et libram* строго формални правни посао са веома сложеном, свечаном формом. Ово није прилика да се детаљно бавимо свим аспектима те форме, нити њеним настанком и историјом. Оно што је значајно напоменути јесте да се ради о форми која се састојала из више елемената, што је било јасно и римским правницима.[2] У ову форму су улазили вербални, гестуални и литерарни елементи, као и елеменат јавности који се огледао у присуству сведока.

Како су у Гајевој свести биле подељена *sollemnia iuris* тестамента? У Институцијама се разликују три формалности неопходне за пуноважност*: mancipatio*, *nuncupatio* и *testes*.[3]

2. 115. *Ипак није, да би тестамент важио по ius civile-у, довољно поштовање онога што смо горе изложили у погледу* ***манципације фамилије, сведока и нункупације.*** *(подвукао С. А.)*[4]

Занимљиво је да Гај разликује присуство сведока (*testes*) као посебан услов за пуноважност тестамента, премда је учешће сведока било саставни део и манципације и нункупације. У неким другим изворима се среће дихотомија *mancipatio- nuncupatio.*[5]

Поред наведеног, потребно је и да у таблицама тестамента наследник буде именован на свечани начин. Овај елеменат форме је без сумње неопходан за пуноважност акта, али се у изворима увек разматра одвојено од манципације и нункупације, па тако и у Институцијама:

2. 116. *Него, пре свега је* ***потребно да се именовање наследника изврши на свечан начин****; ако је на други начин именован наследник, ни-*

---

est, familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem, qui in eadem potestate est, uelut frater eius. sed et si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is, qui in potestate patris est. 107. De libripende eadem, quae et de testibus, dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est. 108. Is uero, qui in potestate heredis aut legatarii est, cuiusue heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est, adeo testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut legatarius iure adhibeantur. sed tamen quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusue is in potestate erit, minime hoc iure uti debemus.)

[2] Класични правници говоре о *sollemnia iuris* као о условима за пуноважност тестамента у множини, на основу чега је јасно да су сматрали да се форма тестамента састоји из више елемената. Тако, Папинијан у једном тексту каже: *Testamentum aut non iure factum dicitur ubi sollemnia iuris defuerunt...(D.28.3.1)*

[3] G. G. Archi: *Oralità e scrittura nel "testamentum per aes et libram",* Scritti di Diritto romano, Volume II Studi di diritto privato, 2., Milano 1981., стр.737-740*;* B. Albanese: *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982., стр. 51-52.

[4] *2. 115. Non tamen, ut iure ciuili ualeat testamentum, sufficit ea obseruatio, quam supra exposuimus de familiae uenditione et de testibus et de nuncupatione.*

[5] Нпр. у *Tituli ex corpore Ulpiani* читамо: *In testamento, quod per aes et libram fit, due res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamen*ti...(20.9)

шта не вреди што је тестатор ***извршио формалну продају, што су се скупили сведоци и што је изговорена нункупација,*** *као што смо горе рекли*.[6] (подвукао С. А.)

Размотримо сада детаљније саваки од поменутих елемената форме.

Mancipatio. Процес креирања тестамента *per aes et libram* започиње манципацијом у виду привидне продаје породичне имовине *familiae emptor*-у. Док је некад овај чин стварно доводио до преноса оставиочеве имовине на *familiae emptor*-а, сада је то, каже Гај, само формалност која је неопходна за пуноважност тестамента *dicis gracia propter veteris iuris imitationem.*

G.2.103. *Прве две врсте тестамента су изашле из употребе, задржао се само тестамент per aes et libram. Наравно да се сада то обавља на други начин него некада. Наиме некада је familiae emptor, тј. онај који је од тестатора путем манципације добијао имовину, ступао на место наследника, отуда му је тестатор налагао шта жели коме да се дâ после његове смрти. Сада се један поставља за наследника, коме се у аманет остављају и легати, а други се именује за familiae emptor-а ради угледања на старо право.* [7]

Као и друге манципације, биће неважећа (па према томе и тестамент у целини) ако није обављена тачно одређеним речима (које су биле другачије него у осталим манципацијама) уз присуство *libripens*-а и најмање пет сведока.

Nuncupatio. Ово је други саставни део форме. Након што је обавио манципацију тестатор показује сведоцима таблице тестамента и саопштава им строго одређеним свечаним речима да је у њима садржана његова последња воља. Нункупацију, тј. свечану изјаву пред сведоцима су класични правници разликовали од манципације. Разликује је и Гај. Он каже:

G.2.104. *Nunci pare наиме значи јавно именовати, и сматра се да је тестатор оно што је посебно у таблицама написао јавном изјавом објавио и потврдио*.[8]

---

[6] *2.116. Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita uenire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus.*

[7] *2.103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

[8] *2. 104. Nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare*

Testes. Што се тиче сведока, Гај у сведоке убраја и либрипенса (2.107), те за њега важе исти услови као и за остале сведоке. Поред општих услова, неопходних за поседовање пуне пословне способности (да су римски грађани, пунолетни и ментално здрави), либрипенс и сведоци су морали испуњавати још неке услове. Либрипенс и сведоци нису смели бити под влашћу тестатора или *familiae emptor*-а али су могли бити лица *alieni iuris*. *Familiae emptor* је такође могао бити *alieni iuris* али у том случају међу сведоцима и либрипенсом није смео бити његов *pater familias* нити лице *alieni iuris* које се налази под истом влашћу са њим. Како каже Гај, ова правила долазе од тога што се некада сматрало да се цео поступак обавља *inter familiae emptorem...et testatorem* (2.105). Одатле без сумње води порекло и једна нелогичност на коју Гај указује: у улози сведока и либрипенса могла су се јавити и лица под влашћу наследника или легатара, па чак и сам наследник или легатар. Гај препоручује да се ова могућност што мање користи (2.108), највероватније зато што је сведочење ових лица о аутентичности тестамента приликом његовог отварања могло бити сумњиво. Дакле, могао је постојати проблем у доказивању постојања посла, али ако би аутентичност воље тестатора и у таквом случају била доказана тестамент не би био неважећи због недостатка форме.

Institutio sollemnis. Најзад, за пуноважност тестамента је било неопходно да тестаментарне диспозиције записане на таблицама буду изречене тачно одређеним речима. Ово се у првом реду односи на именовање баследника, *heredis institutio*, Гај у сликовитом изразу (који је постао познат и као правна максима) каже да је то глава и темељ тестамента – *caput et fundamentum testamenti* (2.229). Ако именовање наследника није извршено на правилан начин, тестамент је у целости ништав, па макар све друге формалности биле у потпуности испуњене:

2. 116. *Него, пре свега је потребно да се именовање наследника изврши на свечан начин; ако је на други начин именован наследник, ништа не вреди што је тестатор извршио формалну продају, што су се скупили сведоци и што је изговорена нункупација, као што смо горе рекли.*

2. 117. *Свечано, пак, именовање је ово:* ***«Нека Тициј буде наследник»,*** *али дозвољено је, изгледа, и ово:* ***«Наређујем да Тициј буде наследник».*** *Међутим није допуштено рећи:* ***«Желим да Тициј буде наследник»,*** *а према мишљењу већине није дозвољено:* ***«Постављам Тицијa за наследника»,*** *као и* ***«Чиним Тицијa наследником».*** [9]

[9] *2.116. Sed ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita uenire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus.*

2.117. Sollemnis autem institutio haec est: TITIVS HERES ESTO; sed et illa iam conprobata uidetur: TITIVM HEREDEM ESSE IVBEO; at illa non est conprobata: TITIVM HEREDEM

Једина неспорно прихваћена формула именовања наследника по Гају је она најстарија: *heres esto*. Гај за њу користи израз: *sollemnis institutio*. Гај саопштава да је већински прихваћена и формулација *heredem esse iubeo*, мада он сумња у оправданост тог становишта. Тако Гај саопштава да је по мишљењу већине правника неважећи тестамент у случају да су употребљене речи *heredem instituo* или *heredem facio*. Постојала је сагласност правника да нису допуштене речи *heredem volo*, без сумње зато што оне нису обезбеђивале довољан степен сигурности оставиочеве воље и зато што су залазиле у домен фидеикомисарне форме (2.117). Из овога се може закључити да се у време када су Институције написане још није стигло далеко у давању већег значаја вољи тестатора у односу на форму, али се види да су правници тај процес увелико започели. Њихова делатност је ишла за тиме да се призна правна снага именовању наследника без *sollemnis institutio*, под условом да именовање садржи реч *heres* и да је дато у императивном облику.[10] Наравно, подразумева се да је именовање морало да садржи и име наследника. Но, до пуне слободе форме именовања наследника ће доћи тек у постклaсичном периоду.[11]

Постоји више варијација описане форме именовања наследника у зависности од ефеката које је тестатор желео постићи. Гај помиње најпре именовање наследника које садржи рок за давање свечане изјаве о пријему наслеђа *heredis institutio cum cretione.* Она је могла имати два облика: редовна и ванредна (2. 164, 171-173) Употреба одређеног облика је повлачила утврђене правне последице**,** везано за начин пријема наслеђа. Затим, ту су и субституције, обична и пупиларна (2.174-184). Најзад, помиње се и *heredis institutio cum libertate*, тј. истовремено постављање роба за наследника и ослобађање (2.186). Све ове варијације морале су бити у виду стриктно прописаних формула. У формулама које наводи, Гај не помиње могућност да се употреби неки други глагол или други облик глагола *esse*, као што је то случај код обичног именовања наследника, него се увек помиње само облик *esto***.** Ипак, за претпоставити је да је и у овим

ESSE VOLO; sed et illae a plerisque inprobatae sunt: TITIVM HEREDEM INSTITVTO, item: HEREDEM FACIO.

[10] Употреба императивне односно прекативне форме служила је као критеријум за разликовање цивилних диспозиција тестамента од фидеикомисарних, тако да је коришћена и у дефиницијама. Нпр., у *Tituli ex corpore Ulpiani* читамо: *Legatum est, quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur. Nam ea, quae precativo modo relinquitur, fideicommissa vocantur.(UE.24.1); Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.(UE.25.1).*

[11] Више о овом развоју види у : P. Voci: *Diritto ereditario romano, volume secondo, parte speciale I*, Milano 1956., стр. 85-98., Albanese, *op. cit*., стр. 53-54.

случајевима именовање било ваљано на основу тумачења правника, бар у случају употребе израза *esse iubeo*. У свим досадашњим случајевима увек се наводи само један облик формуле. Једино код именовања роба за наследника уз истовремено ослобађање биле су могуће две варијанте, у зависности од реда речи у реченици (2.186). Дакле, по правилу, ради се о стриктно одређеним формулама, те је и најмања грешка у речима које се употребљавају повлачила неважност акта.

Грешка у употребљеним речима је уједно и једини недостатак форме због којег *heredis institutio* може бити непуноважна. Гај каже да се пупиларна субституција уобичајено одређује на посебним, запечаћеним таблицама, али се из његовог излагања може закључити да то није био и услов за пуноважност овакве субституције (2.179-181.). [12]

Auctoritas tutoris и coemptio fiduciaria

Поред општих захтева за форму тестамента по *ius civile*-у, за пуноважност тестамента је било неопходно да жена под туторством има сагласност тутора (2. 118). Изгледа да је и ово Гај схватао као захтев форме, бар у оним случајевима када жена може да принуди тутора на давање сагласности (1. 191; 2. 122).[13]

Гај нас такође информише да је раније постојала још једна формалност коју су жене морале да испуне да би сачиниле пуноважан тестамент – претходно закључење фидуцијарне коемпције. Ова је формалност укинута једном сенатском одлуком донетом на предлог императора Хадријана:

1. 115a *Раније се фидуцијарна коемпција употребљавала и ради прављења тестамента. У то време наиме, жене нису имале право да праве тестамент на други начин, са изузетком неких особа, осим ако би зак-*

[12] Од именовања наследника треба разликовати форму осталих тестаментарних диспозиција. У случају да нека од других тестаментарних одредаба није учињена у складу са захтевима форме, неважећа је само та одредба, а остале одредбе тестамента важе. Постоји, дакле, примена принципа *utile per inutilem non vitiatur*. Гај детаљно описује форму следећих тестаментарних диспозиција: *exheredatio* (2. 127, 128, 132), *legata* (2. 192, 193, 199, 201, 202, 209, 216, 221, 229, 270, 270a), *fideicomissa* (2. 248, 249, 252, 270, 270a, 273), *manumissio testamentaria* (1. 17, 46; 2. 267), и *tutoris datio testamentaria* (1. 149-152; 2. 289). Овом приликом њима се нећемо бавити. Ограничићемо се само на формалности неопходне за пуноважност тестамента у целини.

[13] Упореди: P. Voci: *Testamento Pretorio*, Labeo 13/3, 1967., стр. 322.

ључиле коемпцију, затим биле поново манциповане, па ослобођене; али ову потребу закључења коемпције Сенат је, на предлог Хадријана, укинуо.[14]

Нерешена питања

Упркос томе што је Гајев опис форме тестамента *per aes et libram* изванредно написан и што данас представља основни извор сазнања о класичној форми тестамента, он оставља неколико отворених питања. Не знамо колико је сведока морало присуствовати нункупацији и какви су се услови постављали за ове сведоке. Затим, да ли су све описане формалности у класично доба стварно практиковане и да ли је недостатак сваке од њих доводио до неважности тестамента? Да ли је описана форма тестамента и једина у класично доба? Посебно, какав је правни значај писаног акта, односно да ли је у питању форма *ad substantiam* или *ad probationem*? Најзад, зашто Гај не помиње неке формалности које се редовно срећу у сачуваним тестаментима из класичног периода? У даљем тексту покушаћемо да дамо одговоре на ова питања.

Сведоци нункупације. Ни Институције ни други извори не помињу колико је сведока морало присуствовати нункупацији. Затим, да ли су то морали бити увек *familiae emptor*, *libripens* и *testes* који су учествовали у манципацији? Ако нису, да ли су за сведоке нункупације важили исти услови као и за сведоке манципације? Знамо да се нункупација морала обавити после манципације, али да ли је било обавезно да то буде непосредно после? На ова питања нема изричитих одговора у изворима, и највероватније их неће бити ни у будућности јер Римљани оваква питања нису ни постављали, будући да се нункупација у пракси обављала увек непосредно након манципације и уз присуство истих лица, онако како нам саопштавају Институције.

Да ли је манципација заиста практикована у класично доба? У сачуваним тестаментима римских грађана из класичног доба увек налазимо, поред осталог, и констатацију да су извршене формалности манципације, као и имена лица која су учествовала у својству сведока и либрипенса.[15] Питање је, да ли су те формалности стварно обављане, или су биле сведене на стилску клаузулу у таблицама тестамента?

---

[14] *1.115a. Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: Tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.*

[15] M. Amelotti: *Le forme classiche di testamento I,* Lezioni di Diritto romano raccolte da Remo Martini, Torino., стр. 215-216.

Да су ове формалности временом нестале из римског правног система, у то нема никакве сумње, јер у постклaсично доба више нема ни трага од њих. Али, не знамо да ли се то *de facto* десило већ током класичног доба?

По становишту неких романиста, манципација у класично доба по правилу није стварно обављана, а нункупација је сведена на неформалну изјаву тестатора пред сведоцима којом потврђује аутентичност своје воље садржане у таблицама. Манципација и нункупација по овом схватању су услов за пуноважност тестамента у класичном праву, али најчешће речи свечаних формула нису стварно изговаране, него су ове формалности фингиране, путем констатације у документу. Истинитост ове констатације није практично никад довођена у питање. [16]

По другом становишту, које такође заступа више аутора, формалности манципације и нункупације су стварно обављане у пракси, управо онако како их Гај описује. Констатација у таблицама тестамента није имала апсолутну доказну снагу и тестамент је могао бити непуноважан уколико би било доказано супротно. Формалности нункупације и манципације у крајевима у којима је била јака римска правна традиција нису нестале пре краја класичног доба, а могуће је да су ствари стајале другачије само у источним провинцијама [17]

По садашњем стању извора није могуће у потпуности закључити ову расправу, нама се чини прихватљивије друго становиште... Наиме, сама чињеница да су Римљани сматрали за неопходно да помену у тестаменту да су ове формалности обављене указује да су сматрали да су оне неопходне. Осим тога, и правни извори доста расправљају о манципацији и нункупацији. Посебно је у том погледу индикативно веома детаљно разматрање које је у Гајевим Институцијама посвећено овом питању. Гај о нункупацији и манципацији не само да говори са великом пажњом, него о њима говори као о живим институтима, у садашњем времену, за разлику од, на пример, расправе о архаичним облицима тестамента и о *mancipatio familiae* (2.102-103).[18] Осим тога, *bonorum possessio secundum tabulas* би изгубила смисао ако би тестамент *per aes et libram* био посао у чисто писаној форми. Наиме, основна сврха овог исститута је била конвалидација тес-тамента у коме би изостале формалности манципације и нункупације.

[16] Нпр. Amelotti: *op. cit.,* стр. 216-224.

[17] Нпр. M. Talamanca: *Istituzioni di Diritto romano,* Milano 1990 стр. 719-723.; G. G. Archi: *Testamentum civile, testamentum praetorium,* Scritti di Diritto romano, Volume II Studi di diritto privato, 2., Milano 1981., стр. 770-808.

[18] Занимљив је израз којим Гај подвлачи разлику између некадашње mancipatio familiae и класичног тестамента per aes et libram: *Наравно да се сада то обавља на други начин него некада. (Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat.) 2. 103.*

Изгледа да манципација и нункупација нису престале да се примењују све до краја класичног доба. Прецизније, изгледа да су потиснуте из праксе тек након *Constitutio Caracalla* (212.). Тек када су међу римским грађанима постали веома бројни оријенталци који нису имали везе са римском правном традицијом, изгубиле су значај ове формалности, које су Римљани у другом веку још увек сматрали за обавезне, како каже Гај, *propter veteris iuris imitationem* (2.103). У сваком случају, оне нису одједном нестале из праксе. Процес њиховог одумирања трајао је извесно време. Сачувани тестаменти из класичног периода показују да су тестатори водили рачуна о правном значају манципације и нункупације, што би се и могло очекивати у једном народу у коме је и за обичног грађанина неправника било срамота не познавати право своје *civitas.* Само у једном случају можемо са сигурношћу да утврдимо да манципација није стварно обављена. Наиме, у овом тестаменту се помињу два *familiae emptor*-а и ни један *libripens* (?!). Ово показује не само да поменуте формалности нису стварно обављене, него и да састављач тестамента (тестатор или писар) уопште није о њима имао јасну представу.[19]

Да ли је форма тестамента коју описује Гај једина форма тестамента по *ius civile*-у у класично доба? Данас је у романистици готово општеприхваћен став да су у класично доба постојале две врсте тестамента *per aes et libram*: усмени и писани. На почетку свог развоја је тестамент *per aes et libram* без сумње био вербални посао и тестатор је јавно сведоцима саопштавао име наследника и друге тестаментарне диспозиције. Након тога је следила потврдна формула, која је вероватно имала структуру аналогну нункупацији код писаног тестамента, са том разликом што се *testator* није позивао на *tabulae ceratae*, него на своје усмено излагање. Касније су тестатори почели да записују изјаву коју су саопштили сведоцима и на таблице, најпре само ради доказа (*testamentum nuncupativum in scripta redactum*). Одатле је био само корак до оне форме коју нам описују Институције. У жељи да сачувају тестаментарне одредбе у тајности до момента своје смрти, тестатори не упознају сведоке са садржином таблица, већ им само показују затворене таблице саопштавајући да је у њима записана њихова последња воља. Тако се нункупација своди на упућивање на садржину таблица. Иако Гај као тестамент важећи по цивилном праву помиње само тестамент чији су саставни елемент форме и *tabulae ceratae*, други извори доказују да је и у класично доба постојао усмени, нункупативни тестамент.[20] Могао је бити валидан чак и

[19] О овоме види детаљније у Amelotti, , *op. cit.,* стр. 218-219.

[20] Нпр. Улпијан на једном месту каже: *Допуштено је дакле приликом тестирања или јавно именовати наследника или написати (име наследника). (licebit ergo testanti vel nuncu-*

тестамент у коме би неке диспозиције биле саопштене усмено пред сведоцима, а неке написане на таблицама, што значи да је била могућа и комбинација нункупативне и писане форме.[21]

Литерарни извори нам помињу само један случај нункупативног тестамента у класично доба. По Светонију, Хорације је усмено именовао Августа за свога наследника, будући да је био тешко болестан, па није могао да сачини таблице.[22] Ћутање литерарних извора је разумљиво. Нункупативни тестамент по природи ствари био је везан за неписмена лица, за оне области у којима није било пуно писмених људи, слично као *testamentum ruri conditum* постклaсичног периода. А животом аналфабета из забачених крајева литерарни извори се углавном не баве. Припадник средњих и виших слојева римског друштва би сачинио усмени тестамент само у ситуацији када му је претила изненадна смрт, и опасност да умре као *intestatus*, што се по Светонијевој причи десило Хорацију.

Иако је нункупативни тестамент несумњиво током целог класичног доба постојао, а некада је био и једина могућност,[23] он је у целини гледано био изузетак. Римљани су преферирали писани тестамент,[24] што је разумљиво, јер је он обезбеђивао у исто време тајност тестамента и већу могућност тачног сазнања оставиочеве воље, поготово када се радило о дугим и детаљним одредбама које би сведоци тешко запамтили. И зато Гај у својим Институцијама посвећује пажњу само писаном тестаменту *per aes et libram*.

---

pare heredes vel scribere.-D.28.1.21.) У једном другом фрагменту, такође Улпијановом читамо: *Именованим пак називамо такође и наследника који није именован писаним путем, већ само путем јавне изјаве. (Institutum autem heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus*.-D.28.5.1.1) У римском правном речнику постоји израз *heredem nuncupari*. Ево једног Пауловог текста у коме се овај израз употребљава: *Нико не сумња да се на овај начин може исправно јавно именовати наследник: „Овај нека ми буде наследник“, уколико је присутан онај на кога се показује. (Nemo dubitat recte ita heredem nuncupari posse “hic mihi heres esto”, cum sit coram, qui ostenditur.* –D.28.5.59.). О *testamentum nuncupativum* види: G. G. Archi: *Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram*; Scritti di Diritto romano, Volume II Studi di diritto privato, 2., Milano 1981., стр. 809-915., Amelotti, *op. cit.*, стр.78-79; Albanese, *op. cit*; стр. 51-52.; V. Arangio- Ruiz: *Intorno alla forma scritta del “testamentum per aes et libram”,* Scritti di diritto romano IV, Università di Camerino, 1977., стр. 85-86.; Talamanca, *op. cit.*, стр. 720-721.; B. Biondi: *Successione testamentaria. Donazioni.,* Milano 1943., стр. 42-49

[21] Нпр. у Јулијановом тексту D.37.11.8.4 се говори о случају у коме је тестатор малолетног сина именовао за наследника путем писаног тестамента, а субституте одредио усмено *(per nuncupationem)*. О овоме види: Archi: *op. cit*., стр. 764-765.

[22] Amelotti, *op. cit*., стр. 79.*;* Arangio-Ruiz*, op. cit.,* стр. 83.

[23] Biondi*, op. cit.,* str. 48-49.

[24] Arangio-Ruiz*, op. cit.,* стр. 85.

Какав је правни значај писаног акта, односно да ли је у питању форма *ad substantiam* или *ad probationem*? Ако знамо да *tabulae* нису биле обавезни саставни део тестамента, остаје отворено следеће питање: уколико се тестатор одлучио да направи тестамент у писаној форми, какав је био значај писмена; тј. да ли је писана форма тестамента била *ad substantiam* или *ad probationem*? Гај о овоме не расправља, нити помиње писани акт међу формалностима неопходним за пуноважност тестамента по цивилном праву.

У старијој романистичкој науци била је општеприхваћена теорија по којој је *testamentum per aes et libram* био и остао превасходно вербални посао чија се правна снага налазила у нункупацији пред сведоцима, а таблице су сматране само за доказно средство.[25]

Данас све више преовладава мишљење по коме су таблице, уколико су сачињене, биле саставни део форме тестамента. Оне нису биле обавезне, јер је тестатор могао и усмено да саопшти одредбе тестамента. Ипак, као што смо видели, то је чињено ретко. У далеко највећем броју случајева тестатор би сачинио таблице. Ако их је сачинио, онда су и оне постајале један од захтева форме неопходних за пуноважност тестамента. Тестамент није могао бити неважећи зато што таблице нису сачињене, наравно под условом да је именовање наследника учињено усмено. Али ако именовање наследника није учињено усмено него су само сачињене таблице, цео тестамент је могао да буде неважећи због тога што, на пример, именовање наследника у тексту записаном на таблицама није учињено правилно, као што смо раније видели. Исто тако, и поједине одредбе су могле бити неважеће због недостатка форме. Зар ово није довољан доказ да је писана форма била саставни део сложене гестуално-вербално-писане форме тестамента *per aes et libram*? Оно што би могло да доведе у питање горњи закључак је овај Гајев фрагмент о *infirmatio testamenti*:

2. 151. *Може се десити да пуноважно састављени тестаменти буду стављени ван снаге супротном изјавом воље. Јасно је наиме да се не може ставити ван снаге тестамент тако што је тестатор накнадно пожелео да он не важи. Чак и ако је исекао јемственик, тестамент неће ништа мање важити по цивилном праву. Исто тако, ако је уништио или спалио таблице тестамента, неће ништа мање важити оно што је у њима било написано, само што би доказивање тога било тешко.* ***2.151a.*** *Шта то треба да значи? Ако би ко интестатски захтевао државину*

[25] Arangio-Ruiz, први велики противник овог становишта, пише 1948. године: *E opinione pressochè unamine della scienza romanistica che le tabulae testamentarie fossero un documento probatorio e non dispositivo*. У даљем тексту аутор набраја низ писаца који су заступали ову теорију. Arangio-Ruiz, *op. cit*., стр. 81.

добара и ако би и онај који је наследник на основу оног тестамента тражио заоставштину, [. . . . . vv. 2 1/4 . . . . .] би добио заоставштину: и то је значење рескрипта императора Антонина. [26]

Важно је да разјаснимо о чему се овде ради, јер је баш погрешно тумачење овог текста било један од главних аргумената аутора који су подржавали теорију по којој су *tabulae ceratae* имале само доказно дејство. До оваквог би се значења заиста могло доћи буквалним језичким тумачењем наведеног текста. Чак и ако су таблице тестамента уништене од самог тестатора, и то са намером да тај акт доведе до поништавања тестамента, тестамент ће важити и даље, само ће доказивање његове садржине бити веома отежано.

Међутим, изгледа да ствари не стоје овако. Треба се подсетити општег принципа римског права, да се правни посао гаси у форми у којој је настао. У случају строго формалног посла какав је био тестамент, сама изјављена воља странке да посао више не важи не производи дејство. Захтева се и испуњење контраформе. Тестамент се у Риму поништавао (постајао *infirmatus*, односно, прецизније, *ruptum*) сачињавањем новог тестамента. На то је мислио Гај када је на почетку параграфа 2.151 рекао да се *testamenta contraria voluntate infirmentur*. Дакле, то што се тестамент није гасио пропашћу таблица, не доказује да су таблице имале само дејство *ad probationem*. Управо супротно. Доказује да је тестамент био строго формалан акт, чији је елеменат била и писана форма, те се зато могао угасити само у истој форми у којој је закључен.[27] Таблице тестамента су биле елеменат форме *ad substantiam* и зато су губиле своју правну снагу не физичким уништавањем, већ сачињавањем нових таблица.[28]

---

[26] *2.151. Potest, ut iure facta testamenta contraria uoluntate infirmentur. apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit ualere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure ciuili ualeat. quin etiam si deleuerit quoque aut combusserit tabulas testamenti, non ideo minus desinent ualere, quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit. 151a. Quid ergo est? si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is, qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem, [. . . . . vv. 2 1/4 . . . . .], perueniat hereditas: et hoc ita rescripto imperatoris Antonini significatur.*

[27] Аналогно овоме, ако би био уништен *codex accepti et expensi* тиме се акцептилација не би угасила: она се гаси путем уписа у књиге којим се констатује да је обавеза испуњена.

[28] Са модерног аспекта, овакво поштовање форме, са једне стране, и непоштовање воље тестатора са друге делује потпуно нејасно и на први поглед се не може оправдати ни једним разумним разлогом. Овај случај показује да је римско право класичног периода, упркос доминирајућем рационализму, задржало приметан терет традиције, односно нерационална решења наслеђена из давнина, којих Римљани нису желели да се ослободе из разлога *reverentia antiquitatis,* иако су очито представљала непотребан баласт. Изгледа да и писац Институција протестује против оваквог решења. Фраза *Quid ergo est?* коју је Гај употребио у параграфу 2.151.а понекад се користи у упитном значењу, када се хоће

Ипак, у Гајево време изгледа да је дата правна снага и неформалном опозиву тестамента. Наиме, иако је део текста Институција који се данас означава као пасус 2.151а јако оштећен, може се скоро са сигурношћу закључити да је његова садржина била следећа: ако је тестатор хтео да неформално опозове тестамент тако што је уништио таблице, чак и ако би се другим средствима могла доказати његова садржина, лице које се позива на интестатско наслеђе по правилима преторског права добиће ствари из заоставштине у бонитарну својину *(bonorum possessio contra tabulas)*. Именованом наследнику ће у том случају остати само голо име наследника по цивилном праву. Ово правило је уведено једним рескриптом императора Антонина Пија. Ради се по свој прилици о истом рескрипту којим је проширена и примена института *bonorum possessio secundum tabulas.* На жалост, о овом рескрипту не знамо ништа осим оног што произлази на основу Гајевог излагања.[29]

Најзад, поставља се питање, шта се дешава уколико је тестатор један део тестаментарних диспозиција изговорио а један део написао у таблицама? Да ли ће се у том случају за тестамент сматрати усмена изјава, или писана исправа, или и једно и друго?

Одговор на ово питање је: тестамент је онај акт у коме је садржана *heredis institutio.*

Ево два примера који то илуструју. Јулијан разматра случај једног тестатора који је, противно уобичајеној пракси, име малолетног наследника написао на таблицама, а субституту именовао јавно. По Јулијану, у овом случају оба акта су ваљана (истина, у овом случају се ради о *bonorum possessio*, а не о наслеђивању по цивилном праву).[30]

разјаснити нека нејасноћа *(О чему се овде ради?)*, и у том значењу се среће и у Институцијама (2.125; 4.51,58). Међутим, у тексту 2.212 се ова фраза јавља у значењу протеста због нелогичног и лошег правног решења *(Откуд сад па то?).* У овом пасусу тим речима Гај изражава своје чуђење због већинског става правника да се легат *sinendi modo* не може оснажити путем Неронове сенатске одлуке ако је ствар припала наследнику после смрти тестатора, иако се у другим случајевима легат може оснажити чак и ако ствар није била у својини наследника чак ни после смрти тестатора. Додуше, могуће је да је решење по коме се тестамент могао опозвати *iure civili* само сачињавањем новог тестамента имало и неки практични смисао. Наиме, опште је познато да су Римљани увек претпостављали тестаментарно наслеђивање интестатском, и да су сматрали да је велика несрећа умрети без тестамента. Зато је могуће да је за њих принцип *favor testamenti* значио понекад више од воље тестатора. Како правилно примећује Arangio-Ruiz, онај ко је једном направио тестамент више није могао умрети као *intestatus*, чак и ако је то желео, јер је постојећи тестамент могао поништити само сачињавањем новог. Arangio-Ruiz, *op. cit.,* стр. 90.

[29] 2.120-122,149а

[30] *Quidam testamentum sibi fecit, filio autem inpuberi per nuncupationem substituit. Respondi sententiam praetoris in danda bonorum possessione eam esse, ut separatim patris, separatim filii*

У једном другом тексту Паул наводи Јулијаново мишљење (са којим се он слаже) поводом случаја једног тестатора који је наследника именовао јавно, а легате записао на таблицама. По Јулијану, таблице се у овом случају не могу сматрати за тестамент, већ пре за кодицил, зато што у њима недостаје име наследника. [31]

Значај материјала за писање. У Гајевим Институцијама се говори искључиво о тестаменту написаном на таблицама премазаним воском или кредом *(tabulae ceratae)*. Поставља се питање да ли ће тестамент важити ако је воља тестатора записана на неком другом материјалу? Јустинијанове Институције садрже изричиту одредбу по којој ће тестамент важити и ако је написан на било којем другом материјалу, нпр. на пергаменту или папирусу.[32]

Затим, може се поставити питање, ако се користи неки други материјал за писање, а не уобичајене дрвене таблице, да ли се у том случају мења формула нункупације, јер се у изворној формули коју Гај наводи помињу само *tabulae*, а не и *chartae* или *membranae*. Гајеве Институције не дају изричити одговор на ова питања, али га дају други извори. На основу њих се може закључити да се под изразом *tabulae* подразумева и било који други материјал за писање.[33] Дакле, ако је уместо уобичајених таблица тестаторова воља записана на неком другом материјалу тестамент је важећи, и формула нункупације није при томе мењана.

Ако није било обавезно да тестамент буде записан баш на таблицама, зашто онда Гај помиње искључиво њих? Вероватно зато што је то био уобичајени материјал за приватне белешке у Риму класичног доба.

Печати сведока и јемственик. Из Гајевог излагања се види да су таблице тестамента по правилу биле увезане јемствеником (*linum*) и запечаћене печатима сведока (*sigilla*) (2.151). По правилу је било седам печата (2.119,147) јер се и либрипенс и *familiae emptor* у класично доба схватају

---

heredes aestimari debeant: nam quemadmodum scripto filii heredi separatim ad heredibus patris, ita nuncupatio potest videri separatim a scriptis patris heredibus bonorum possessio dari. (Iulianus libro vicensimo quarto digestorum.-D.37.11.8.4*)*

[31] *Si palam heres nunupatus sit, legata autem in tabulis collata fuerint, Iulianus ait tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum aestimande sint. Et hoc puto rectius dici. (Paulus libro quinto ad legem Iuliam et Papiam.* - D.29.7.20*)*

[32] *I.2.10.12 Nihil enim interest, testamentum in tabulis an in chartis membranisve vel in alia material fiat.*

[33] D.37.11.1*pr.Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiam figuram: sive igitur tabulae sunt ligneae sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sive membranae sint vel corio alicuius animalis, recte tabulae dicentur.* PS.4.7.6 *Tabularum autem apelatione chartae quoque et membranae continentur.*

као сведоци, што произилази из текста Институција (2.107). Јемственик и печати су обезбеђивали тајност и веродостојност оставиочеве изјаве, а печати су и олакшавали сведоцима да након смрти тестатора препознају таблица које им је тестатор раније показао.[34] Међутим, јемственик и печати нису били обавезни за пуноважност тестамента по цивилном праву.[35] Било је битно само да су таблице показане сведоцима приликом нункупације. Наравно, оштећење печата је могло изазвати сумњу у веродостојност одредаба тестамента.

Уобичајене тестаментарне клаузуле. У практично свим сачуваним класичним тестаментима се јављају одређене одредбе, у истом или сличном облику, које Гајеве Институције не помињу. То су: клаузула *de dolo,* клаузула о манципацији, и датум и место сачињавања тестамента. Понекад се јавља и потпис тестатора. Ни једну од ових клаузула у таблицама тестамента не помињу нити Гај нити други сачувани правни извори. Ни једна од њих није била неопходна за пуноважност тестамента. Па ипак, све оне, са изузетком потписа тестатора, су доследно примењиване. То можемо закључити на основу сачуваних тестамената из класичног доба.

Клаузула *de dolo* се јавља у практично свим сачуваним тестаментима сачињеним до првих деценија трећег века. Занимљиво је да она има увек исту форму: *Huic testamento dolus malus abesto.* Она по свему судећи изражава жељу тестатора да тестамент не буде уништен или да му садржина не буде фалсификовањем промењена.[36] Ова клаузула није била пот-

[34] Било је уобичајено да приликом отварања тестамента сведоци присуствују да би препознали своје печате. Види више о томе у: G. G. Archi: *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano,* Scritti di Diritto romano, Volume II Studi di diritto privato, 2., Milano 1981., стр. 809-915.

[35] P. Voci*: Testamento pretorio*, Labeo 13/3, Napoli 1967, стр. 320. Истина, постојала је јед-на сенатска одлука донета на предлог императора Нерона која је прописивала да са спољашње стране таблица треба да буде написано само име тестатора и ништа осим тога. *SC. Neronianum* је имао интенцију да осигура тајност садржине тестамента, и вероватно је озваничио праксу која је и раније била раширена. Talamanca, *op. cit.,* стр. 721. О овој сенатској одлуци се не зна много, и с тога овом приликом нећемо улазити у дискусију о питању да ли је поштовање ове одлуке било услов за пуноважност тестамента. Међутим, важно је да напоменемо да ни један извор не помиње да су таблице обавезно морале бити запечаћене да би тестамент био пуноважан по цивилном праву. У изворима се често говори о таблицама које нису запечаћене и повезане јемствеником, већ само затворене *(naturaliter clausae)* на тај начин да се текст тестамента налази са унутрашње стране таблица. Нпр.: D.29.5.3.19 *Aperire hic ille videtur qui naturaliter aperit, sive sint signatae sive non sint ligatae, sed tantum naturaliter clausae.*

[36] Занимљиво је мишљење Amelotti-ја по коме се радило о својеврсној шали упућеној правницима, и да у ствари ова клаузула може да значи и тврдњу тестатора да у његовој последњој вољи нема зле намере, и да он тиме моли ситничаве правнике да бар његов тестамент поштеде правних финеса. Amelotti*, op. cit.,* стр. 215.

ребна за пуноважност тестамента, нити је имала било какво правно дејство и ни један правни извор о њој не расправља. Па ипак, она се доследно понавља у истом облику у свим класичним тестаментима, и то у разним деловима Империје, а била је у грчком преводу прихваћена и код провинцијалаца. Није јасно шта је проузроковало оволику популарност те формуле. Могуће је да се радило о религијским разлозима, односно да се ради о некој врсти молитве. Али, будући да извори о томе ћуте, а да се из саме формуле не може извући никакав закључак у погледу њеног евентуалног религијског карактера, о њој се не може ништа са сигурношћу рећи. У сваком случају, ова клаузула није била неопходна за пуноважност тестамента, и то је разлог зашто је Гај не помиње.

Друга уобичајена клаузула коју Гај не помиње је она о извршеној манципацији. Уз извесна одступања, њена форма изгледа овако: *familiam pecuniamque testamenti faciendi causa emit...sestertio nummo uno, libripende... antestatus est...* Наравно, ова формула се комплетира именима лица у питању – *familiae emptor*-а, *libripen*s-а, и *antestatus*-а (првог међу петорицом сведока у манципацији). Она показује да су сви римски тестаменти класичног доба били *per aes et libram*, и да су римски грађани и даље сматрали манципацију за обавезни саставни део форме тестамента. Сама клаузула није била обавезна и имала је искључиво доказну снагу, али не апсолутну, јер је у њеном недостатку било могуће другим средствима доказати да је извршена манципација, исто као што је било могуће доказати да манципација није извршена, иако се то тврди у таблицама. Ипак, ово питање у Гајево време није било од великог значаја, јер је била могућа конвалидација тестамента у коме би манципација изостала путем примене правила преторског права – *bonorum possessio secundum tabulas* (2.119, 147).

Готово у свим класичним тестаментима налазимо и датум и место сачињавања тестамента. За разлику од претходне две клаузуле, ова се јавља у различитим формулацијама, уз коришћење различитих речи и различитих календарских система. Ни ова клаузула није није била неопходна за пуноважност тестамента, али се редовно јавља будући да је датум сачињавања тестамента био од вишеструког правног значаја: за утврђивање *testamenti factio* тестатора, редоследа сачињавања тестамената уколико их је било више, припадности одређене ствари тестатору итд. На жалост, не знамо да ли се уписивао датум сачињавања писаног акта, или датум када су обављене све формалности потребне за његову пуноважност. Правна логика говори у прилог другог решења, али немамо сигуран одговор на ово питање.

Најзад, у неким тестаментима, углавном онима које су сачинили римски грађани у Египту, налази се и потпис тестатора. Потпис сигурно није био услов за пуноважност тестамента, и могао је имати значај само као доказно средство. Потпис тестатора као елемент форме је по свему судећи пореклом из оријенталног права.[37]

Закључак

У својим Институцијама велики класични правник Гај дао је прецизан и детаљан опис форме тестамента *per aes et libram*. Ова се форма састојала од више елемената, односно више различитих формалности које су морале бити испуњене да би тестамент био пуноважан *iure civili.* Може се рећи да је форма тестамента била једна од најсложенијих форми класичног права. Формалности тестамента Гај је класификовао на следећи начин: манципација, нункупација и присуство одређеног броја сведока. Поред наведеног, један од услова за пуноважност тестамента је и да су тестаментарне диспозиције записане на таблицама дате у правом прописаној форми. Ово се посебно односи на именовање наследника, јер је у случају неправилног именовања наследника цео тестамент неважећи. Нигде није изричито речено да су таблице тестамента елеменат форме *ad substantiam*, али се из Гајевог излагања, као и из других класичних текстова може извући такав закључак.

Гајев опис форме тестамента *per aes et libram* показује приметну црту традиционализма, која се огледа у компликованости поступка и у чињеници да је тестамент и даље строго формалан акт где и најмања грешка у форми доводи до неважности посла.

Међутим, треба приметити да је сада делимично промењен положај и улога појединих елемената форме. Видљива је тенденција да строге формалности наслеђене из старог *ius civile*-а добију нови, практични смисао. Иако се манципација, на пример, схвата као наслеђе прошлости које се практикује само из разлога поштовања старине, сада је улога сведока пре свега да сведоче након отварања тестамента о аутентичности оставиочеве воље, те се и либрипенс убраја у сведоке. Тако су ове формалности од некадашње религијско-магијске функције *de facto* добиле функцију потврђивања аутентичности воље тестатора.

[37] Детаљније о овим клаузулама види у: Amelotti, *op. cit.,* стр. 214-226.

Приметно је и настојање правника, сената и владара да се тестаментарне формалности ублаже, и да се прида већи значај вољи тестатора. Иако се „деформализовање“ тестамента врши више на плану преторског права путем оснажења тестамента који је неважећи по цивилном праву применом института *bonorum possessio secundum tabulas*, постоји и тенденција да се у оквиру система *ius civile*-а олакшају захтеви форме. За Римљане класичног доба једини прави тестамент био је и остао тестамент *per aes et libram*, јер *praetor heredes facere non potest*.

Гајев опис форме тестамента је прецизан и језгровит. Његово излагање обухвата само оно што је везано за форму важило у његовом времену. С обзиром на то да је то излагање настало у оквиру уводног курса за студенте права, оно не обрађује сва питања везана за форму класичног тестамента, већ само оно најважније. Гај даје информацију о писаном облику тестамента као најчешћем у класично доба, док усмени тестамент као алтернативну и ређе коришћену форму у целости изоставља.

Формалности које су биле уобичајене у његово време, али не и неопходне (попут неких тестаментарних клаузула или печаћења тестамента) само узгред помиње.

Гледано у целини Гај показује високи ниво разумевања и познавања проблематике форме правног посла.

Samir Alicic, Assistente aspirante
Facoltà di Giurisprudenza di Novi Sad

Che cosa Gaio non ha detto sulla forma di testamento per aes et libram

Abstract

Nella sua opera Istituzioni, Gaio, grande giurista classico, ha dato una descizione precisa e dettagliata della forma di testamento per aes et libram. Nella descrizione di Gaio hanno di regola trovato posto solamente le formalità indispensabili per la validità del testamento iure civili, cioè la forma del testamento in senso stretto. Non si fa cenno a diverse formalità usuali, ma non indispensabili, benchè queste potessero avere un certo rilievo giuridico allo scopo di confermare l'autenticità e validità della volontà del testatore, ma non costituivano condizione per la validità del testamento secondo il diritto civile. Non si fa nemmeno cenno al testamento orale per aes et libram il quale senza dubbio esisteva nella sua epoca classica, ma si usava più raramente rispetto al testamento scritto sulle tavolette.

342.53(497.11)

Др Александар Ђурђев, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

СРПСКИ ПУТ ОД САБОРОВАЊА ДО ПАРЛАМЕНТАРИЗМА

Кључне речи: *народна скупштина, парламентаризам, политичке странке, устав, европски утицај.*

Парламентарни живот представља императив сваке новоформиране државне заједнице. Гледано из ширег социолошко-политиколошког, аспекта парламентаризам представља неку врсту устано-правно дефинисане и институционализоване делатности највишег носиоца државне власти преко којег политички субјекти покушавају да реализују своје програмске циљеве у датом времену и према усвојеним стандардима актуелне демократије. Настанак и развој српске државности, управо на специфичан начин, илуструје наведену друштвену тенденцију. Конституционализација државних органа одвијала се у дужем времену и сложеном процесу противуречних спољних и унутрашњих интереса и друштвених прилика. Империјални интереси Русије и Аустрије према Турској утицали су на унутрашње односе у Србији, па и на организацију државне власти. Ослобађајући се бремена прошлости држава у настајању тежила је прогресивним стандардима европског конституционализма. Успевала је у мери у којој су друштвени субјекти и политички чиниоци били на нивоу датих историјских могућности. Успостављање и развој државности нису континуирано пратила ишчекивања и надања српског народа, која су била мешавина наслеђене прошлости и нејасних пројекција будућности. Васкрс државности од самог почетка одвијао се у условима недефинисане територијалне одређености и етничке целовитости. Тај тренд српски народ прати до данашњег дана.

Европска конституционалистичка теоријска и политичка извориштa утицала су, како на транзицију османског царства – Турске државе и повлачења са Балкана, тако и на рађајући српску државност. Чини се да је изостало проучавање интеракцијског односа између ових елемената у нашој државноправној историји. Стога и бројни аспекти политичких догађаја и уставноправних решења изгледају једноставнија, једностранија и замагљенија. У таквим условима свака минимизација и глорификација појединачних елемената (догађаја, аката, решења, личности) ствара искривљену слику стварности. О томе не треба водити рачуна само поводом јубиларних прослава, него у сваком озбиљном проучавању протеклих догађаја. Истину увек замагљује бројна ограничења. Наша историјска грађа и одговарајућа политичка и уставноправна литература, ако није уништена, она је растурена, несистематизована и најчешће недоступна заинтересованим посленицима, истраживачима и широј јавности.

У уставном развитку Србије организација власти заузима посебно место и заслужује посебну пажњу. У периоду од 70.г. (од 1835. до 1903) „Србија је у току тих неколико деценија прешла огроман пут од заостале турске провинције... до слободне земље која се налазила у пуном развоју и у којој је с успехом могао да се остварује режим парламентарне демократије“.[1]

СКУПШТИНЕ ПРВОГ УСТАНКА

Хронолошки приказ настанка и рада српских скупштина, од времена Првог српског устанка, па до Народне скупштине на Крфу 1918, представља грађу за проучавање историје нашег парламентаризма. То је заправо заоставштина нашег политичког живота и парламентарне историје у целини. Организација власти српске државе у настајању кретала се од, недемократског јединства власти, чији су носиоци били кнез и старешине, преко јачања улоге скупштине, као народног представништва са њеном – претходном саветодавном улогом, до примене начела поделе власти и скупштином као носиоцем уставотворне и законодавне функције.

У Београдском пашалуку до 1804. године одржаване су кнежинске скупштине као традиционалне институције локалне аутономије. У њиховом раду учествовале су народне старешине једне кнежине. По избијању устанка кнежинске скупштине прерастају у нахијске скупштине, а од нахијских постају скупштине народа које сачињавају народне старешине

[1] Др Миодраг Јовичић, *Уставност Србије,* Еко Плус и Ефект, Беочин 1997, стр. 194.

целог пашалука и других побуњених подручја. Чланове тих – устаничких скупштина чиниле су народне старешине као угледни представници војне и цивилне управе. Поред њих на скупштине су позивани и виђенији људи који касније, по правилу, постају функционери устаничке управе.

Скупштине у периоду Првог српског устанка представљале су институције обичајног права које су имале револуционарни карактер. У то време одржано је укупно 14 „скупштина народних“.[2] Устаничка скупштина у Орашцу 1804, у Остружници 1804, у Пећанима 1805, у Борку 1805, у Смедереву 1805, у Смедереву 1806, у Београду 1807, у Београду 1808, у Хасанпашиној Паланци 1809, у Београду 1810, у Београду 1811, у Тополи 1812, у Врећевшници 1812, и у Крагујевцу 1813. Према карактеру те скупштине се могу поделити на обичне (редовне), ванредне и тајне скупштине (скупштина одржана у Хасанпашиној Паланци).

Скупштине су трајале по неколико дана, одржаване су на отвореном простору, у портама манастира или државних установа. Скупштина је најчешће сазивао Карађорђе, док је ређе то чинио и Савет.

Временом устаничке скупштине су развијале своје надлежности тако да су поред аката и питања устаног карактера, доносиле одлуке о успостављању судова, организовале управну власт, одлучивале о ратним питањима, о зајмовима, утврђивале порезе и доносиле друге одлуке финансијског карактер, уређивале верска питања, решавале народне жалбе, позивале на одговорност, саслушавале и кажњавале поједине старешине за извршене злоупотребе. Народне скупштине првог устанка имале су веома широке надлежности наметнуте датим друштвеним условима. Њих су зачињавале истакнуте личности иницијатори устанка и сви други појединци који су својим делима успели да избију у прве редове.

У односу на време настанка, начин рада, састав чланова, делокруг надлежности, и начин одлучивања устаничке скупштине се не могу сматрати формираним институцијама представничке демократије. Оне су више производ ратних услова, нивоа политичке свести и одсуства државничког искуства, него пројектованих тежњи усмерених према парламентаризму.

[2] Назив који је, према архивским изворима, употребљаван у меморијској грађи и устаничкој кореспонденцији.

СКУПШТИНЕ ДРУГОГ УСТАНКА

Постоји разлика у карактеру и садржају рада скупштина првог и другог устанка. Скупштине одржане у време другог устанка губе на значају у односу на скупштине пртходног периода. Овим установама, које иначе нису ни спомињане у споразуму Марашлије и Милоша, није даван посебан значај. Сазиване су, по правилу, ради реализовања пореза и прегледа годишњих рачуна. Велике (главне) народне скупштине Милош је сазивао само изузетно када су решавана важнија питања односа са Турском и друга статусна питањима његовог положаја и наследном кнеженском достојанству законитих потомака.

У периоду од 1815. до 1830. године одржане су следеће скупштине: сабор у Такову (11. 04. 1815), Скупштина у Црнићу (19. 12. 1815), Ђурђевска скупштина у Београду (11.05.1816), Велика Скупштина у Београду (6.11.1817), Митровска скупштина (21.11.1824), Ђурђевска Скупштина у Крагујевцу (5.05.1825), Изванредна скупштина у Крагујевцу (27.05.1825), Ђурђевска скупштина у Крагујевцу (10.06.1826), Велика народна скупштина у Крагујевцу (14-18.01.1827), Тајна скупштина у Крагујевцу (14.05. 1828), Митровска скупштина у Крагујевцу (8.11.1828), Народна скупштина у Крагујевцу (1.02.1829), Ђурђевска скупштина у Крагујевцу (10.05. 1829) и Велика народна скупштина у Крагујевцу (24-28.01.1830).

За време Милошеве владавине, од првог Хатишерифа до његове оставке, одржано је 9 скупштина: Велика народна скупштина у Београду (од 30.11. до 1.12.1830), Народна скупштина у Крагујевцу (26-28.08.1831), Народна скупштина у Крагујевцу (23-25.01.1833), Велика народна скупштина у Крагујевцу (1-5.01.1834), Сретењска Велика народна скупштина у Крагујевцу (2.02.1835), Петровска народна скупштина у Крагујевцу (1.06. 1835), Спасовданска скупштина у Крагујевцу (28.05.1837), Народна скупштина у Београду (13.02.1839) и Народна скупштина у Београду (12.06. 1839).

У посматраном периоду одржано је укупно 24 скупштине. Сваке године скупштина је имала, у просеку, по једно заседање.

УСТАВОБРАНИТЕЉСКЕ СКУПШТИНЕ (1842-1858)

За време уставобранитеља одржано је 5 скупштина: Народна скупштина у Београду 2.09.1842, Миртовска народна скупштина на Врачару 26.10.1842, Народна скупштина у Топчидеру, 4.06.1843, Национална скупштина у Крагујевцу 28.07.1843. и Светоандрејска народна скупштина у Београду 30.12.1858-31.01.1859. Светоандрејска скупштина одржала је 46 пленарне седнице, трајала је 60 радних дана и донела је 385 одлука.

У претходном периоду, за време прве владе кнеза Михаила (1840) одржане су три скупштине у Београду: прва 5.03.1840; друга 20-28.08. 1840. и трећа 10-11.08.1840.

НАРОДНА СКУПШТИНА ЗА ВРЕМЕ ДРУГЕ ВЛАДАВИНЕ МИЛОША И МИХАИЛА (1859-1868)

Аутори закона о народној скупштини донетим 1858. године очекивали су да ће ауторитет скупштине и представнички систем бити трајно обезбеђен. То се међутим није остварило. Народна скупштина у то време састајале су се сваке треће године, нису дуго трајале и није постојао континуитет у њиховом раду. Одсуство постојања и рада политичких странака са бирачким телом није омогућило политизацију патријархалних сељачких маса. Седнице скупштина су имале три дела: подношење извештаја појединих министара о раду у протеклом времену, претрес предлога закона који су редовно усвајани и кратко разматрање посланичких предлога који су прихватани, одобравани или преношени влади на решавање.

Скупштине тога времена биле су још увек патријархално обојене, састављене од неписмених сељака, малобројне интелигенције и нису биле реални центар политичког одлучивања.

У том времену одржане су свега 4 скупштине: Малогоспођинска народна скупштина у Крагујевцу (8-24.09.1959), Преображенска ванредна народна скупштина у Крагујевцу (6-20.08.1861), Великогоспођинска народна скупштина у Београду (15.08-6.09.1864) и Михољска народна скупштина у Крагујевцу (29.09-13.10.1867).

ПОЛОЖАЈ СКУПШТИНЕ ПРЕМА УСТАВУ ИЗ 1869. ГОДИНЕ

У сељачким, патријархалним српским скупштинама до доношења Устава из 1869. године и после, све до 1881. није било организованих политичких странака. Реални друштвени и политички услови за време Устава из 1838. одсуство школоване интелигенције, непостојање слободе штемпе, зборовања и удруживања, нису погодовале, ни увођењу система представничке демокртије ни развоју страначког живота. Но, и поред тога политички живот у Србији се постепено развијао. Од „русофила“, „туркофила“ за време Милоша, преко уставобранитеља, носилаца либералних идеја, школоване малобројне интелигенције у Француској, староконзервативаца, па до кнежевих квалификованих посланика, израстају контуре нових политичких субјеката чији се статус убрзо и правно регулише.

Намесничким уставом из 1869. године у Србији је уведен представнички систем, без парламентарне владавине. Њиме је Србија одређена као „наследна уставна монархија са народним представништвом“ (чл. 1. Устава). Народно представништво сачињавали су посланици „народом изабраних, и посланика које – Кнез бира. Скупштина је обична и велика (чл. 42. Устава). Према томе народно представништво означавало је народну скупштину састављену од изабраног представничког дома и именованог сената. Представничко тело је компромисно једнодомно конципирано, састављено из обичне скупштине коју бира народ и посланика које бира кнез. „Кнез бира на свака три посланика по једног од своје стране из реда људи, који се одликују науком или искуством у народним пословима“ (чл. 45. Устава).

Положај Скупштине након усвајања устава остварен је под намесничком политичком паролом „ништа о народу без народа“.[3] Тиме се заправо оправдавало померање законодавне власти са Савета на Скупштину. Намесничка влада добила је – сугестивну моћ нас самом Скупштином – како каже Слободан Јовановић, успостављајући кооперативне односе са њом. На таквко стање утицали су бројни разлози, а пре свега одсуство праве страначке активности, реално одуство опозиције у Скупштини, општи страх у народу и у послачниким редовима након атентата у Топчидеру и др. Скупштина је у односу на владу имала марионетски однос.

[3] Намесник Јован Ристић, поред ове, познат је као заговорник још две политичке девизе: о слободи која не негира јаку извршну власт и о узајамном поверењу народа и представничког тела.

Афирмацију уставног положаја Скупштине, као законодавног органа, требало је да паралелно прати и формална прокламација слободе штампе. Намеснички устав обликовао је Скупштину као „политички незрелу“ институцију између осталог и због стања у средствима информисања. Нови листови различите оријетације (политички, правни, економски, сатирични) брзо су ницали, али још брже гашени. Опозициони листови социјалистичке и либаралне садржине притиснути полицијским надзором губили су политички утицај.

Најзначајнија промена у уставном систему организације државне власти односила се на проширењена надлежности скупштине. Народна скупштина је, делећи законодавну власт са кнезом, почела да осваја законодавну функцију. То је био напредак у односу на претходно стање када су законодавну власт имали кнез и Савет. Скупштински систем постепено добија обележје парламентарне владавине (оставка Маринковићеве владе 1874. године, оснивање политичких странака 1881. године. Законом о судијама из 1881. године судска власт постаје независна од извршне власти).

Први пад једне владе пред скупштином догодио се 1874. године. Конзервативна влада Јована Маринковића приликом гласања у Скупштини, иако је добила поверење већине посланика, подноси оставку. Њен председник-министар спољних послова, европске оријентације и едукације, са пуном, политичком одговорношћу, подноси оставку сматрајући да му посланичка већина од 3 гласа не обезбеђује ауторитативан положај у представничком телу и повлачи се са положаја носиоца извршне власти.

На прагу независности Србија још није имала институционализоавне политичке субјекте али улази са изнијансираном сценом либерала, радикала и напредњака у настајању. Зачетке демократизације српског друштва поспешио је настанак политичких станака и појава школованих младих људи у иностранству. Прва интелигенција у Србији допринела је идејном израстању сеоске и варошке буржоазије и њиховом политичком васпитању, јер је представљала предводника у борби за превазилажење страних и изградњу нових облика власти. Школована већином у Француској и Немачкој преносила је идеје Запада прилагођавајући из реалним српским условима. Основна преокупација постаје народна скупштина, која се пројектује као највиша институција народне власти у контролише све друге политичке и државне организације и функције.

Са скупштином као органом законодавне власти на политичкој сцени Србије јављају се и политичке странке. Политички субјекти настају и прате српску револуцију као последица супростављања кнежевског лидерства, од Карађорђа, преко Милоша до Михајла, на једној страни и

појаве прогресивних либералних политичких идеја Европе, на другој страни. Продор елемената парламентаризма у скупштинском саборовању потиснуо је ауторитативну позицију монарха. Радикали, посебно урбаног миљеа, користили су све могућности за афирмацију парламентарних вредности. Формирање политичких партија у Србији означава почетак парламентарног, али и ванпарламетарног супростављања и сукоба различитих идеолошких, теоретских и прагматичних политичких програма и активности.[4]

На основу Закона о удружењима и зборовима из 1881. године формиране су следеће политичке странке: Народна радикална странка 20. јануара; Српска народна странка 22. јануара и Либерална странка 13. октобра исте године. Нешто касније на политичкој сцени јављају се Социјалдеморатска странка 1903; Српска велика сељачка народна слога 1903. и Српска конзервативна странка 1914. године које нису оставиле значајнији утицај у скупштинском животу Србије.

Формирање Радикалне странке, са доминирајућим и бројним сељачким чланством, дало је подстрек страначкој активности и означило политички сукоб са носиоцем извршне власти. Борба између краља Милана и радикала постала је све огорченија и безкомпромиснија. Поразни резултати на скупштинске активности били су све очигледнији.

Партијски систем постматрао се овом приликом само као однос политичких снага у парламенту, а не као реални утицај странака у бирачком телу. У жижи интересовања је, пре свега, парламентарна, а не ванпарламентарна снага и утицај актуелних политичких странака. На тај начин се огледа примена нормативног модела изборног система на политички живот.

НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ ПО УСТАВУ ИЗ 1869, 1869-1888. ГОДИНЕ

За време важења Устава из 1869. па до 1988. године одржане су следеће скупштине:

- Велика народна скупштина у Топчидеру 20.06.1868;
- Велика уставотворна народна скупштина у Крагујевацу 10-19.06.1869;
- Народна скупштина у Крагујевацу, 14.09-25.10.1870;

[4] Др Слободанка Стојчић, *Борбе за скупштински систему Србији XIX века,* Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2005, стр. 114

- Народна скупштина у Крагујевцу редовни сазив, 5.09-24.10.1871; редован сазив 24.09-25.10.1872; редован сазив 15.11-31.12.1873; ванредни сазив 2-27.01.1874; редован сазив у Београду 8.11.1874-13.03.1875;
- Народна скупштина у Крагујевацу редован сазив 15.08.1875-21.01.1876;
- Велика народна скупштина у Београд 14-16.02.1877; редован сазив 19.06-24.07.1877; редован сазив 24.06-25. 07.1878;
- Народна скупштина у Нишу редован сазив 21.11-1878-20.01.1879; редован сазив 1.11.1879-3.02.1880; ванредни сазив Крагујевац 11-25.05.1880;
- Народна скупштина у Београду редован сазив 30.12.1880-22. 05. 1881;
  редован сазив 30.12 1881-22.06.1882; редован и ванредни сазив 25.11.1882-11.01.1883;
- Народна скупштина у Београду ванредни сазив 15-22.09.1883;
- Народна скупштина у Нишу редовни сазив 6.05-16.06.1884; редован сазив 3-23.06.1885;
- Народна скупштина у Нишу редован сазив 30.06-13.07.1886; редован сазив 15.07-25.07.1886; редован сазив 5.10-2.11.1886;
- Народна скупштина у Београду редован сазив 15.11.1887-11. 01. 1888;
- Народна скупштина у Београду редован сазив 15.03-16.04.1888.

ПОЛОЖАЈ НАРОДНЕ СКУПШТИНЕ ПРЕМА УСТАВУ ИЗ 1888.

Према садржини политичких опредељења Устав из 1888. године представља компромис између радикала и краља Милана. Њиме се конституише, у основи, нови политички систем на принципима парламентарне грађанске демократије што је био очигледан пораз краљеве власти. „Борба између краља Милана и радикала, била је борба између два типа државног уређења. С једне стране, лични режим, бирократски систем, стајаћа војска, – с друге стране, парламентарни режим, локална самоуправа, народна војска... Парламентарни режим који је зхваљујући радикалима победио, имало је да се накалеми на једну бирократско-милитаристичку државу“[5] Но, и поред тога либерална европска идеја о народном сувере-

[5] Слободан Јовановић, „Друга влада Мшоша и Михаша (1858-1868)“, Београд, 1933

нитету, оличеним у скупштини изабраној општим правом гласа, постају императив младе српске интелигенције политички ангажоване и прогресивно оријентисане. „А устави од 1888. и посебно 1903.г. могли су свима да покажу како су у Србији, у оквиру монархијског уређења, постојали основи слободног и демократског друштва. Српски устави били су у правом смислу речи пасоши ове младе државе, с којима је она могла да се креће у великом свету и да се, поредећи са другима, ничега не стиди“.[6]

Уставом је представничко тело заиста добило ингеренције законодавне власти, али та скупштина је – како каже Слободан Јовановић – била заправо сељачка и патријархална на којој се либерална интелегенција није могла ни чути, ни видети.[7] Њен легитимитет, заснован на непросвећеном сељаштву, постао је параван бирократском режиму отуђене власти. Скупштина је пре била трибина здравог сељачког разума него суверени носилац народне власти. Но, и поред свега, скупштина је у односу на законодавство изједначена са краљем.

Намесничким уставом Народна скупштина није имала право законодавне иницијативе. Уставом из 1888. године чини се корак даље у проширењу њених функција. „Скупштини је дана законодавна иницијатива и њено буџетско право потпуно развијено. Али влада није ограничена скупштином само у области законодавства, већ је и њене често управне радње стављене под скупштински надзор. Први пут тада скупштини су, непосредним начином, обезбеђена права питања и интерпелације, анкете и истраге“.[8]

Устави Србије 1888. године и касније познају две врсте посланика. Једне су чинили посланици који су испуњавали опште услове предвиђене за ову уставну категорију, а други су били посланици са посебним условима – тзв. квалификовани посланици.[9]

---

[6] Др Миодраг Јовичић, Ibidem. стр. 196.

[7] С. Јовановић, Влада Милана Обреновића, књига прва БИГЗ и СКЗ, Београд, 1999. стр. 82.

[8] Слободан Јовановић, Ново уставно питање у XIX веку, Српски књижевни гласник, Књ. XIX, Београд 1905, стр. 589-90.

[9] Према чл. 100 Устава Србије из 1888. године услови за избор кодификационих посланика билу су алтернативно постављени:

завршен факултет у Србији или иностранству,

или стечена виша стручна спрема која стоји у реду факултета,

или (и без факултета) обављање функције председника или потредседника народне скупштине,

или обављање функције министра и и дипломатског агента,

или обављање функције председника, потпредседника и члана Државног савета,

или генерали и пуковници у пензији.

Политичка одговорност министра као битно обележје парламентарне владавине добила је адекватнију уставноправну разраду. Министри нису више краљеви чиновници, могу бити народни посланици и подлежу политичкој и кривичној одговорности. Те две новине: квалификовани посланици и министарска одговорност дају значајан подстицај развоју парламентаризма и означавају победу грађанских демократских принципа.

Српска народна скупштина по Уставу из 1888. па до 1894. године одржала је следеће седнице:

- Велика (Уставотворна) народна скупштина, Београд, 10-22.12. 1888;
- Велика народна скупштина Београд, 1.10.1889-18.04.1890;
- Народна скупштина, Београд, редовни сазив 1.11.1890.-31.03. 1891; редован сазив 28.12.1891-31.03.1892;
- Народна скупштина, Београд, 28.03-1.04.1983;
- Народна скупштина, Београд, ванредан сазив 1.06-9.08.1983; редован сазив 1.09.1893-12.01.1894.

Формирање политичких странака означава преломни моменат у српској државноправној историји. Започиње ново време оживљавања либералних западноевропских идеја и установа и тврдокорног покушаја њиховог негирања. Конфронтација различитих идеолошко-друштвених и политиких пројеката изражава се, како на парламентарном, тако и на ванпарламентарном нивоу. Настаје време стицања нових демократских искустава и уобличавања парламентарног монархизма.

ЗАКЉУЧАК

Парламентаризам у Србији се уводи постепено са развојем уставности и на специфичан начин одражава друштвене прилике и политичке тенденције. Ослобађајући се бремена прошлости држава у настајању тежила је прогресивним стандардима европског конституционализма.

Преко скупштина првог устанка, које су биле специфичан облик устаничког саборовања, скупштиша другог устанка, па до динамичне активности представничких тела независне државе Србије, развијајући демократске политичке процесе, стиче нова демократска искуства. Оживљавају либералне западноевропске идеје и уобличава се парламентарни монархизам.

Aleksandar Đurđev, Ph.D. Full professor
Novi Sad School of Law

Serbian Road from Gatherings to Parliamentarism

Abstract

In this paper we shall present the development of institutional forms of representative democracy in Serbia. The time span cowered is from the First Serbian uprising to the Constitution of 1888, i.e. from the gatherings of the freedom fighters to the creation of parliamentarism. We shall display all the Serbian assemblies according to the stages of constitutional development and point out their basic characteristics.

342.4(497.11)

Др Павле Јовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

УСТАВНИ (ДИС)КОНТИНУИТЕТ У САВРЕМЕНОЈ СРБИЈИ У СВЕТЛОСТИ ЕВРОПСКИХ И РЕГИОНАЛНИХ СТАНДАРДА

Сажетак: *Анализа истиче политичке и правне импликације поступка израде новог Устава Србије, имајући у виду неке кључне проблеме у Србији: различите опције за коначно решење статуса Косова и Метохије, степен аутономије покрајине Војводине, неопходност рецепције европских стандарда у заштити људских права и слобода. У погледу ових питања је утврђен значајан цивилизацијски помак. Аутор наводи аргументе на страни недемократског легитимацијског карактера тзв. „Преамбуле о Косову". Истичући могуће опасности које произлазе из председничког система и тенденције које проистичу из политичке инструментализације Уставног суда, аутор наглашава опасности које би могле настати у погледу начела поделе власти у Србији. Имајући у виду да је Србија још увек нека врста „државе без државности", аутор закључује да остаје отворено питање шта чини суштину уставности у Србији.*

Кључне речи: *Устав Србије, људска и мањинска права и слободе, АП Косово и Метохија, АП Војводина, председник републике, ревизија устава.*

(Дис)континуитет устава Србије

Уставотворци, којима је на срцу демократија, након пада ауторитарног режима, налазе се у парадоксалној ситуацији – за доношење новог, демократског устава морају да поштују ревизионе норме старог устава, уколико желе да потврде начела легалитета и легитимитета. Премда је било дуготрајних колебања, српске политичке елите ипак су се напослетку определиле управо за овај тежи пут доношења новог устава – циљ је био да се на овај начин учврсти и консолидује демократски правни поредак и владавина закона. Јер, како запажа Димитријевић, нормативни захтев стратегије континуитета је афирмација апсолутне верности принципу владавине права, тако што би се стари правни систем искористио као инструмент његовог сопственог демонтирања и успостављања конституционалне демократије (Димитријевић, 2002: 13).

Одмах треба истаћи две повољне околности у којима је усвојен нови Устав Србије – није реч ни о тзв. постконфликтном, ни о постреволуционарном уставу, већ су завршне радње око његовог усвајања протекле у релативно мирном политичком и економском окружењу. Што је нова, повољна околност управо за Србију. Ипак је у политичком жаргону овај нови устав представљен као „устав дисконтинуитета“ са Милошевићевим режимом и његовим наслеђем, што је у великој мери била само легитимациона фраза. У фокусу уставотвораца није био Милошевићев режим, па ни Милошевићев устав, већ потреба да се нови устав Србије представи као државотворни пројекат модернизације Србије, „подобне“ за пуноправно чланство у Европској унији и (ре)интеграцију у остале релевантне организације међународне заједнице.

Наравно, реч је о мукотрпном пројекту модернизације. Подсетимо се да је тек треће године након пада Милошевићевог режима, тачније 9. маја 2003. године конституисана Уставна комисија унутар Народне Скупштине Републике Србије која је отпочела рад на уставној реформи. Уставна комисија била је оригинерно подељена у три поткомитета: за основна питања и координацију поткомитета, поткомитет за људска права и поткомитет за територијалну организацију. У међувремену већ је била отпочела интензивирана јавна дебата о смерницама и концептима будућег, новог устава Србије. Партијске, цивилне и интелектуалне елите Србије и пре и након 2000. године активније су се ангажовале на конципирању предлога новог устава. Поменућемо само неке: Предлог за нови Устав Србије који је сачинила невладина организација Београдски центар за људска

права, затим Предлог за нови Устав Србије који је сачинила Демократска странка Србије, док је и новосадска невладина организација Forum Iuris израдила посебан Пројекат Устава Републике Србије. Такође је потребно подсетити се и предлога стручњака за уставно право, као што је Устав Уједињених Српских земаља који је сачинио академик Миодраг Јовичић 1996. године, или Предлог Устава Краљевине Србије који је сачинио професор Павле Николић (детаљније, преглед извода поменутих предлога устава, аф. Јовановић, 2002). Заједничко овим предлозима устава јесте концепт већег степена децентрализације и регионализације Србије. Напослетку је свака од релевантних странака у Србији, или оних које су то претендовале да буду, израдила своје конкурентске верзије устава Србије.

Но, како се испоставило, уместо детаљног сучељавања различитих предлога и свеобухватне јавне расправе о уставу Србије, напослетку се одиграо закулисни процес „усаглашавања“ текста устава између уског круга партијских лидера. У међувремену су усвајани нови, реформски закони, који су дошли у нормативну колизију са још увек у важећим Милошевићевим уставом. То је била парадоксална ситуација – низ донетих нових реформских закона дерогиралли су поједине одредбе највишег правног акта – устава, што је озбиљно подривало принцип владавине права у Србији. Штавише, Милошевићев устав, премда је био „крњег“ легитимитета, и као такав опстао је пуних шеснаест година. Наиме, подсетимо се да је овај устав није проистекао из вишестраначког састава парламента, већ је усвојен у време комунистичког монопола власти. Наиме, Милошевић је најпре расписао референдум (одржан 2. јула 1990) на коме је већина грађана Србије подржала одлуку руководства трансформисане комунистичке партије Србије, с Милошевићем на челу, да се најпре усвоји нови Устав Србије (који је донет 28. септембра 1990), а тек потом одрже први вишестраначки избори (који су потом одржани 9. и 23. децембра 1990). Уосталом, Милошевићев референдум био је још један легитимациони мит на којему је он успео да учврсти своју владавину.

Пред уставотворцима Србије биле су две могуће алтернативе: стратегија дисконтинуитета с претходним Милошевићевим уставом и усвајање новог устава у целини, или стратегија парцијалне, амандманске измене постојећег устава, којима би били отклоњени или ревидирани његови најспорнији институти и одредбе (као што је то био случај са Уставом Мађарске из октобра 1989. године који је ревидиран кроз серију појединачних амандмана). Владајуће партије су се, ипак, определиле за међурешење, које је тадашњи подпредседник Уставне комисије, проф. др Стеван

Лилић, образложио као нужност, како је рекао, „бајпасирања ситуације“, тј. чињеницу да је тада владајућа коалиција ДОС, уместо да спроведе предизборно обећање о доношењу новог устава, заобилазно мењала постојећи Устав, и то разним законима која су садржавала парцијална решења (као што је, на пример, Закон о локалној самоуправи, или тзв. „омнибус“ закон намењен АП Војводини, или Закон о приватизацији и др.).

Ова ситуација „уставне импровизације“, трајала је, дакле шест дугих година – од 5. октобра 2000. године до 28. и 29. октобра 2006. *Post festum*, поставља се питање да ли је у овом дуготрајном периоду Србија пропустила своју конституционалну шансу? Наиме, Bruce Ackerman керман каже да је шанса за конституционалну реформу отворена само кратко време после промене режима, просто зато што су победници још увек уједињени „снагом револуционарног принципа“, тако да је непосредни постреволуционарни период идеалан за конституционализацију принципа и аранжмана који ће бити подједнако прихватљиви за све (Ackerman, 1992: 26/27). Јер, како су указали Elster, Offe, Preuss *et al.* (1998), обим могућих избора уставних одредби које посткомунистички уставотворци могу да чине није неограничен – опције се крећу између две екстремне могућности. Једна је једноставно копирање већ направљених уставних модела на „светском тржишту“ већма западних устава – што је био пут којим су пошле новоослобођене колоније у другој половини XX века, и који често није давао срећне исходе. Други, тежи пут је креативна реинвенција уставних одредби за нарочите услове пост-комунистичких друштава на путу ка остваривању комбиноване формуле: конституционална демократија плус тржишна економија. Поменута група аналитичара је на примеру четири посткомунистичке земље – Мађарске, Бугарске, Чешке и Словачке, запазила да нити једна од ових земаља није „купила“ само један од најчешће копираних уставних модела – вестминстерски модел парламентарног суверенитета, или француску идеју унитарне хомогене државе-нације (*État-nation*), као ни плуралистички концепт устава САД, или немачки хибрид који спаја државотворне и социјалне елементе у нео-корпоративистички аранжман. Такође, нити једна од ове четири земље није развила оригинално осмишљени нови посткомунистички конституционализам у складу са специфичностима дате земље. Закључак поменуте групе аналитичара јесте да су дизајнери устава у Мађарској, Бугарској, Чешкој и Словачкој селективно комбиновали традиционалне елементе различитих западних коституција са понекад прилично специфичним „локалним“ особеностима који свеукупно тим уставима дају „оригиналан карактер“ (*ibid:* 80).

Нови Устав Србије је „оригиналан“ по томе што је, с једне стране, у процедури његовог усвајања испоштована тврдокорна ревизиона процедура претходног устава, премда је истовремено декларисан потпуни дисконтинуитет са уставом Милошевићевог режима. „Оригинална“ је и тврдња да недемократска процедура његовог доношења не компромитује демократски карактер овог устава – наиме, није била организована јавна расправа о предлогу новог устава. Дакле, премда је предлог устава одобрила импозантна бројка од чак 242, од укупно 250 посланика парламента, основано је поставити питање демократског легитимитета предлога. Наиме, шестомилионском бирачком телу остављено је само право на „(не)информисан избор“ будући да се расправа у „јавности“ свела на једнократну могућност избора између опције „да“ или опције „не“ на референдумском листићу. Референдум је још једном потврдио варљивост свог легитимационог мита – за разлику од Милошевићевог, референдум новокомпоноване „гранд коалиције“ владајућих и опозиционих странака једва да је успешно спроведен. Премда су гласачка места била отворена два дана (28. и 29. октобра) одазвао се једва достатан број грађана Србије – тек нешто више од једног процента изнад потребних 50 посто (тачније: 51,4 посто) потврдило је на референдуму предлог новог Устава Србије. Што је далеко испод очекивања четири партије које су предводиле проуставну кампању (ДСС, СРС, ДС и Г17). Исправно је устврдити, дакле, да готово половина грађана Србије који имају бирачко право – дакле, више од три милиона људи,[1] или није заинтересована за питање устава, или једноставно не одобрава нови устав – у целини, или делимично.

Мада треба похвалити чињеницу *ad hoc* постигнутог јединства већито несложних партија, с друге стране, треба критиковати игнорисање стручне и критичке јавности – ванпарламентарних странака, невладиних организација, научника и угледника који нису имали „институционалну“ прилику да искажу своје мишљење и став. Додуше, постоје оправдани аргументи који истичу и негативне аспекте „јавности“ и јавне расправе. Наиме, јавност, а нарочито политичка врста јавности, тежи да репродукује хипокризију, тврдоглавост, таштину главних актера, који често у јавној дебати прикривају и мистификују своје реалне интересе. Њихови аргументи дакле, нису увек руковођени добрим намерама. С друге стране, пак, преговори иза затворених врата репродукују најприземнију трговину гласовима. Стога је потребно закључити да тзв. јавна дебата, премда садржи значајну меру политичке мимикрије ипак игра цивилизирајућу улогу у процесу дискусија и доношења новог устава. У сваком случају, расправа о

[1] У бирачки списак било је уписано 6.639.385 грађана Србије.

новом уставу увек је изузетна прилика за организовање једног „грађанског дијалога“ или „националног форума“, а такву прилику за вежбање политичке кутуре и толерантног дијалога није мудро пропустити.

Уставна концептуализација индивидуалних и колективних људских права

Формулисање концепта индивидуалнлих и колективних људских права био је дуготрајан и постепен процес у који су посредно или непосредно биле укључене најрелевантније домаће и европске институције из области стандардизације и мониторинга људских права. Наиме, Србија (тада у државној заједници са Црном Гором) примљена је у чланство Савета Европе 3. априла 2003. године – премда је тада у Србији још увек било на снази ванредно стање, уведено након убиства премијера Ђинђића! Међутим, то што је примљена у Савет Европе, још увек није значило да је Србија, (као ни Црна Гора), достигла стандарде демократске земље. Пре би се могло рећи да је овај пријем представљало великодушну подршку међународне заједнице очувању демократског курса Србије. Србија је преузела обавезу да ратификује готово 180 конвенција Савета Европе које подразумевају модернизацијске европске стандарде. У том циљу Савет Европе је припремио и посебан програм подршке реформама у области законодавства, обуке судија, унапређивање људских права. Што је неминовно резултирало у надоградњи нивоа демократских стандарда и поштовања људских права и у новом тексту Устава Србије. Претходно је већ била усвојена Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама (тзв. Мала повеља, коју је Скупштина Србије усвојила 27. фебруара 2003. године), која је, уз „велику“, Уставну повељу, представљала конститутивни акт државне заједнице Србије и Црне Горе. Мала повеља је, наиме, садржавала каталог најважнијих људских права и слобода, док је законодавствима држава-чланица препуштено да законима подробније регулишу питања како индивидуалних, тако и колективних права националних мањина. Значајно је истаћи да је овај уставни текст сачињен од стране посебне експертске комисије, на основу нацрта београдске невладине организације Центар за људска права, да су у њега укључене одредбе кључне европске конвенције из ове области и да је текст Мале повеље добио позитивне оцене од стране ОЕБС-а. Тиме је уставотворцима у Србији посао био изузетно олакшан – довољно га је било већим делом инкорпорирати у текст новог Устава Србије, односно у мањем обиму надоградити,

у складу са европским стандардима. Метод рецепције Мале повеље у текст новог устава Србије било је могуће једноставније спровести по узору на Устав Чешке који у члану 3. проглашава Повељу о фундаменталним правима и слободама која је усвојена од стране федералне скупштине бивше Чешкословачке федерације 1991. године за „део уставног поретка Чешке Републике“. Но, уставотворци у Србији су се определили за екстензивну садржинску инкорпорацију кључних одредби из Мале повеље у нови текст устава Србије, што свакако даје већу нормативну снагу људским и мањинским правима него што би то била кратка референца на Малу повељу која се могла стипулисати у само једном члану.

Како је већ истакнуто, ступањем у чланство Савета Европе, Србија не може да избегне примену европских стандарда заштите људских права и слобода у унутрашњем законодавству. Наиме, приступом Србије Савету Европе потписана је Конвенција о заштити људских права и фундаменталних слобода и неколико пратећих протокола, који су, како видимо, инкорпорирани и у нови текст Устава Србије. Укратко, реч је о следећим људским правима и слободама које гарантује Европска конвенција, и који су убачени и у нови Устав Србије: право на живот (чл. 24 Устава Србије), забрану мучења, нечовечног и понижавајућег поступања (чл. 25), забрану ропства и принудног рада (чл. 26), право на слободу и безбедност (чл. 27), право на правично суђење и кажњавање само на основу закона (чл. 32), слободу изражавања (чл. 46), слободу окупљања и удруживања (чл. 54 и чл. 55), право на склапање брака (чл. 62), и друга права. Истовремено су потписани Протокол и Конвенције којима се регулише право на мирно уживање имовине (садржано у чл. 58. новог Устава Србије), право на образовање (чл. 71) и право на слободне изборе (чл. 52). Надаље, Протоколом 4. предвиђена је забрана дужничког ропства, слобода кретања (садржана у чл. 39 новог устава), забрана протеривања сопствених држављања (чл. 38) и забрана колективног протеривања странаца (која, додуше није експлиците поменута у новом Уставу Србије, мада он детаљно одређује случајеве у којима странац – појединац може да буде протеран – у чл. 39, став 2). Такође је у нови Устав Србије инкорпориран дух одредби Протокола 12. који регулише општу забрану дискриминације (чл. 21). Протоколом 7. се регулише заштита у поступку протеривања странаца (која се, ипак, не помиње у релевантном члану новог Устава Србије – чл. 39), право на жалбу у кривичним стварима (које, ипак, није експлицитно садржано у члану 33. новог устава, предма се онодноси на посебна права окривљеног), право на накнаду за погрешну осуду (чл. 35), право да се не буде суђен или кажњен двапут у истој ствари (*ne bis in idem* – чл. 34, ст. 4),

као и једнакост супружника (чл. 62). Такође је потписан Протокол 6. који предвиђа забрану изрицања и извршавања смртне казне (чл. 24, ст. 2), као и Протокол 13. којим је предвиђена апсолутна забрана смртне казне (у Србији је она укинута 2002. године). Ратификација ових конвенција и протокола требало је да се изврши у републичком парламенту најкасније у року од годинау дана од ступања у чланство Савета Европе. У истом периоду требало је да буде потписана и ратификована Европска конвенција о спречавању тортуре и нечовечног или понижавајућег поступања и кажњавања, уз пратеће протоколе. Рок од две године је дат, на пример, за ратификацију Европске повеље о регионалним и мањинским језицима, Европске повеље о локалној самоуправи и Социјалне повеље Савета Европе. Прихватањем европских конвенција Република Србија се истовремено обавезала и на усвајање и измену закона који се на њих односе. Дакле, у нови устав Србије европски стандарди људских и мањинских права и слобода уграђени су услед поновног ступања Србије у чланство Савета Европе – она су дакле императивно подразумевајући стандарди од којих се не може одступити и чије се дерогирање у европској заједници народа неће толерисати.

У покушају уопштавајуће класификације корпуса људских права и слобода изложених у новом Уставу Србије, може се уочити подела на, условно речено, три генерације људских права – традиционалних, проистеклих из либералног поимања *habeas corpus*-а као права грађанина на неповредивост личне слободе, затим права „друге генерације“ проистеклих из Универзалне декларације о људских правима и пактовима о политичким и грађанским, социјалним и економских правима, као и онима новије тзв. „треће генерације“ као што су следећа права која садржи и нови устав Србије: право на здраву животну средину (чл. 74), приговор савести (чл. 45), право на обавештеност (чл 51), заштиту података о личности (чл. 42), или забрану клонирања људских бића (чл. 24, ст. 3).

Приметна је такође и друга раван класификације на тзв. негативна и позитивна права. Правни теоретичари класификују у негативна људска права она која је Georg Jellinek означио као status negativus појединца – статус људске индивидуе као независне, која захтева од друштва да га не узнемирава. То су права која штите појединца против мешања државе у његову или њену слободу, попут традиционалних права на живот, слободу и својину. Нарочито је у оквиру ове групе потребно истаћи значај одредби новог устава Србије посвећеним правима лица која су лишена слободе (чл. 28-35). Значајно је истаћи да је инкорпорација ових одредби у нови устав

Србије директна последица ванредног стања које је било на снази након убиства премијера Ђинђића, од 12. марта до 22. априла 2003. године. Наиме, за време ванредног стања које је трајало 42 дана, у масовној акцији обрачуна полиције с организованим криминалом („Сабља“), дешавала су се бројна и очигледна кршења људских права, како су упозоравали извештаји релевантних домаћих и међународних невладиних организација за мониторинг људских права (Фонд за хуманитарно право и Amnestz International, нарочито). Ванредно стање је било иницијално регулисано Наредбом о посебним мерама у ванредном стању (коју је донела в.д. председника Републике), а додатно регулисано Законом о изменама и допунама Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала. Проблем је био у томе што су, не само за време трајања ванредног стања, већ и након његовог укидања, остале на снази извесне спорне одредбе које су омогућавале полицији да може принудно да приведе и задржи у притвору осумњичене и до три месеца, да саслушава осумњичене и без прусуства браниоца, као и да одступа од начела неповредивости писама и других средстава општења и без одлуке надлежног суда. На тај начин су судовима у Србији била ускраћена њихова уставна овлашћења која су пренета на полицију, а делом и на тужилаштво. Стога је изузетно важно истаћи да нови Устав Србије у чл. 29 стипулише допунска права у случају лишења слободе без одлуке суда – у ст. 2 овог члана је одређено да лице које је лишено слободе без одлуке суда мора „*без одлагања, а најкасније у року од 48 часова, бити предато надлежном суду, у противном се пушта на слободу*". Ипак, потребно је истаћи да нови устав Србије задржава, у извесној мери, одредбе старог устава, као што је то случај у погледу трајања притвора – у чл. 31, ст. 1 је речено да се „*трајање притвора суд своди на најкраће неопходно време*“. Исто као и у старом уставу, на основу одредби поменутог члана произлази да притвор по одлуци првостепеног суда може да траје у истрази најдуже три месеца, односно да одлуком вишег суда може бити продужен за још три месеца. Уколико до тада не буде подигнута оптужница – оптужени се пушта на слободу. Нови устав ипак оставља недоумицу у случају подизања оптужнице, јер како је речено у чл. 31, ст. 2: „*после подизања оптужнице трајање притвора суд своди на најкраће неопходно време, у складу са законом*.“ Забрињавајуће искуство са применом ванредног или ратног стања која је, на жалост, забележила новија историја Србије, чини изузетно значајним и одредбе чл. 202 новог устава где је такстативно наведено у погледу којих људских и мањинских права „*нису дозвољена*“, како је речено „*ни у ком случају*“ мере одступања. Дакле, уставом су као неприкосовена означена следећа права и слободе, односно забране кршења истих:

достојанство и слободан развој личност (чл. 23), право на живот (чл. 24), неповредивост физичког и психичког интегритета (чл. 25), забрана ропства, положаја сличног ропству и принудног рада (чл. 26), права лица лишена слободе (чл. 28), право на правично суђење (чл. 32), правна сигурност у казненом праву (чл. 34), право на правну личност (чл. 37), право на држављанство (чл. 38), слобода мисли, савести и вероисповести (чл. 43), право на приговор савести (чл. 45), слобода изражавања националне припадности (чл. 47), забрана изазивања расне, националне и верске мржње (чл. 49), право на закључење брака и равноправност супружника (чл. 62), слобода одлучивања о рађању (чл. 63), права детета (чл. 64) и забрана насилне асимилације (чл. 78). Дакле ова су права непорецива и неодрецива, по слову Устава Србије, и можемо их сматрати као права са вишим степеном уставне гаранције.

Насупрот групе негативних људска права, тзв. позитивна људска права су правни захтеви појединца да му држава обезбеди одређене користи – бенефиције, попут образовања, смештаја, бесплатне медицинске заштите, друштвене сигурности, плаћеног посла – у шта најчешће спадају социјална и економска права на заштиту и скрб државе. Чисто легалистичко тумачење устава наступа формалистички и сматра да је наглашавање позитивних права у уставу отелотворење политичких аспирација људи, и знак потцењивања нормативне и законске снаге устава у целини. Ипак, може се уочити да позитивна права садрже већма сви устави, само се разликују по својој идеолошкој провенијенцији. Може се уочити да је комплекс позитивних људских права, како је изложен у новом Уставу Србије, као и случају четири већ поменуте посткомунистичке земље (Мађарској, Бугарској, Чешкој и Словачкој) под утицајем немачке конституционалне доктрине развијене на основу Вајмарског устава. Наиме, у ове су уставе инкорпориране тзв. „институционалне гарантије“, које такође садржи и немачки Основни закон. Институционална гарантије, пре него изричито овлаштење на одређено право, слободу или бенефицију појединца, подразумевају и обавезу државе да штити, да се стара, и да унапређује одређени домен друштва и мрежу социјалних односа у целини. Тако је у члану 68. новог Устава Србије речено да „*деца, трудице, мајке током породиљског одсуства, самохрани родитељи са децом до седме године и стари остварују заштиту из јавних прихода*“, док је у чл. 70. ст. 2 стипулисано да се „*Република Србија стара о економској сигурности пензионера*“, или у чл. 70 ст. 2 да „*Република Србија омогућују успешним и надареним ученицима слабијег имовног стања бесплатно високоошколско образовање, у складу са законом*“. Што наводи на закључак да велики број институционалних

гарантија и позитивних права проузрокује институционалне пост-ефекте који се огледају у померању уставне одговорности од законодавне и судске првенствено на извршну власт.

Идеја, концепт грађанства утемељена је на људским правима и слободама, али исто тако и са схватањем дужности грађанина. Према либералном тумачењу идеје грађанства, дужности проистичу из права и слобода, те се дужности појединца састоје, уопштено речено, из обавезе поштовања једнаких права других – ове границе права су детерминисане уставом и законом и стога једина дужност појединца у либералном моделу јесте да поштује слово устава и закона. Конзервативно, пак, гледиште јесте да појединац – грађанин има дуг одговорности према држави и друштву у којему живи. Потребно је истаћи да је у претходни, Милошевићев устав такође био инкорпорирано либерално становиште – да су „*слободе и права човека и грађанина ограничени само једнаким слободама и правима других, и кад је то Уставом утврђено*“ (чл. 11). Но, Милошевићев устав садржавао је и екстремне нелибералне елементе од којих је најекстремнија била одредница чл. 14, става 2, да се „*смртна казна може изузетно прописати и изрећи само за најтеже облике тешких кривичних дела*“. Смртна казна, као што је већ речено, избачена је из новог Устава Србије. Али је и нови устав Србије, исто као и претходни Милошевићев задржао институт „дужности грађанина“. Додуше, само у погледу дужности плаћања пореза: у чл. 91. ст. 2 речено је да је „*обавеза плаћања пореза и других дажбина општа*“ и да се „*заснива на економској моћи обвезника*“. Док је Милошевићев устав у дужност грађанима задавао изузетно одговорне задатке као што је одредба чл. 51. да је одбрана Републике Србије и „*право и дужност сваког грађанина*“, до опште одредбе да је „*свако дужан да се придржава Устава и закона*“ и да „*савесно и дговорно врши јавну функцију*“ (што су одреднице чл. 53, ст. 1. и 2). Напослетку у ранијем уставу је била унета и једна крајње колоквијална, готово тривијална одредница да је „*дужност свакога да другоме пружи помоћ у невољи и да учествује у отклањању опште опасности*“ (чл. 54). У новом Уставу Србије, дужности грађанина су се свеле, фактички, на једну једину – у члану 74. је речено да је „*свако дужан да чува и побољшава животну средину*“. Заједничко је у оба устава Србије – и старом из 1990. и новом из 2006. да, уосталом као и немачки Основни закон, помињу дужности родитеља. У новом уставу Србије родитељи имају „*право и дужност да издржавају, васпитавају и образују своју децу, и у томе су равноправни*“ (чл. 65). Поред сличне одредбе о дужности родитеља према деци, у Милошевићевом уставу је била унета у оквиру истог

члана и одредба да су „*деца дужна да се старају о својим родитељима којима је потребна помоћ*“ (чл. 29, ст. 2). Оваква или одредба сличног садржаја је могла да буде инкорпорирана и у нови устав Србије. Додуше, док су дужности и права родитеља рефлексија уставних права њихове деце, дужности деце ипак нису нужно и рефлексија права родитеља. У целини посматрано, концепт дужности изречен у оба српска устава – старом и новом, у компаративном смислу највише наликује концепту дужности изложеном у бугарском уставу из 1991. године.

Напослетку, неизоставна је и класификација на индивидуална и колективна људска права. Нови устав широко постулира права припадника националних мањина: забрану дискриминације (чл. 76), равноправност у вођењу јавних послова (чл. 77), забрану насилне асимилације (чл. 78), право на очување посебности (чл. 79), право на удруживање и на сарадњу са сународницима (чл. 80) и начело о развијању духа толеранције које садржи члан 81. Како је речено у чл. 75. ст. 2, колективна права припадницима националних мањина омогућавају да непосредно или преко својих представника, „*учествују у одлучивању или сами одлучују о појединим питањима везаним за своју културу, образовање, обавештавање и службену употребу језика и писма, у складу са законом*“. Најзначајнија новина новог устава Србије јесто што омогућује да припадници националних мањина своје демократско право партиципације остваре у новој уставној институцији – националним саветима, која је, у ствари, уведена ранијим савезним Законом о заштити права и слобода националних мањина из 2002. године. Наиме, бројчано релевантним мањинским заједницама омогућено је конституисање националних савета као својеврсних представничких тела, премда се они не конституишу на непосредним, тајним и општим изборима, већ по систему електора. Законом су националним већима додељене значајне ингеренције у области образовања, културних институција, медијског организовања, а самим тим и утицаја у политичком животу мањина. Улога националних савета, по слову новог устава јесте „*остварење права на самоуправу у култури, образовању, обавештавању и службеној употреби језика и писма*“ (чл. 75, ст. 3). За очекивати је да ће већ уочене проблеми или недоумице око функционисања ових националних савета, као и имплементације читавог мањинског корпуса права која су гарантована новим уставом и важећим законима бити додатно разрешене и ојачане потписивањем и ратификацијом европских конвенција из ове области и рецепцијом њихових стандарда. Потребно је подсетити се одредби старог устава и закључити, да у односу на ова и оваква права, Милошевићев устав на овом плану делује врло скромно и штуро. Дакле, може се

закључити да су актуелни уставотворци у Србији направили значајан, није претенциозно рећи – и цивилизацијски помак у уставном нормирању области мањинских права. Ипак, у контексту ове похвале, потребно је подсетити да су најновије уставне одредбе још увек далеко испод политички легитимизираних аспирација појединих мањинских странака – као што су то партије војвођанских Мађара који не одустају од захтева за тростепеном аутономијом (персоналном, културном и територијално-политичком) у оквиру Војводине.

Напослетку, изузетно је важно осврнути се и на механизме имплементације и заштите људских права, како су дефинисани у самом уставу Србије. Може се уочити неколико различитих механизама и нивоа заштите. У уставу је предвиђена могућност уставне жалбе (чл. 170) која се може поднети против појединаца или државних органа, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајамчене уставом – под условом да су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту. Ипак, у уставу је садржана предохрана оваквој тенденцији (у чл. 18, ст. 2) где је речено да се „*законом може прописати начин остваривања ових права* (људских и мањинских, прим. П. Ј.), *само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права*“ (истакао П.Ј.). Додатна превентива могућој законској дерогацији уставне одредбе је и одредба члана 20, ст. 2 где је речено да се „*достигнути ниво људских и мањинскх права не може смањивати*“. Дакле, новим уставом није допуштено смањивање позитивних стандарда у пракси. Неизоставно се у овом контексту мора поменути још једна уставна новина која је инкорпорирана на курсу европеизације српског устава. Реч је о институту омбудсмана, за који се у новом уставу користи назив „заштитник грађана“. Према одредби чл. 138, ст. 1, заштитник грађана је „*независан државни орган који штити права грађана и контролише рад органа државне управе, органа надлежност за правну заштиту имовинских права и интереса Републике Србије, као и других органа и организација, предузећа и установа којима су поверена јавна овлашћења*“. Свакако је за очекивати да ће грађани Србије све више користити овај драгоцени институт заштите својих права. Напослетку, и за грађане Србије, додатна гаранција заштите људских права од повреде је и њихово право да по исцрпљивању правних лекова расположивих у земљи, могу да туже своју државу пред Европским судом за људска права у Стразбуру.

„Косовизација“ новог устава и питање покрајинске аутономије

Зачуђујућа је подударност историјског тренутка у којему политичке елите Србије доносе два последња устава. Као и у време доношења устава из 1990. блиска опасност од губитка Косова је уставотворни импулс и 2006. године. Милошевићеви, но и уставотворци после њега, гаје исту илузију да је Косово и Метохију могуће сачувати у саставу Србије декларативним усвајањем највишег нормативног акта. Изузетно је тешко дефинисати Србију, оваквом каква јесте, у стриктно уставноправним терминима, будући да постоје бројни политички и економски показатељи који указују да Србија није „суверена држава“ јер се њена *de facto* власт не простире на целокупној територији њене *de iure* надлежности. На територији Аутономне покрајине Косово и Метохија је, наиме, након бомбардовања СР Југославије од стране НАТО снага 1999. године, уведен међународни протекторат који врши Мисија Уједињених нација на Косову (УНМИК). Будући да преговори око евентуалног независног статуса Косова још увек нису окончани, Србија је у државотворном и територијалном смислу *de facto* провизориј. Косовско питање је неповратно интернационализовано, и његово (раз)решење не овиси искључиво од воље српских или албанских политичких елита већ оно представља кључно питање регионалне безбедности Западног Балкана. Тренутно су у оптицају разноврсне опције за решење коначног статуса Косова: од временски неограниченог међународног протектората над Косовом; преко евентуалне кантонизације или поделе Косова и Метохије, до признања статуса независности.

Српске партијске елите су, у ствари, консензус поводом питања Косова постигле још пре три године – тачније, 27. августа 2003. године када је у српском парламента донета Декларације о Косову и Метохији. Декларација је полазила од концепције Милошевићевог Устава из 1990. године о територијалном интегритету Косова и Метохије са Републиком Србијом. У Декларацији се констатује да се „*државни суверенитет и територијална недељивост*“ Републике Србије као чланице државне заједнице Србије и Црне Горе односи и на Косово и Метохију, без обзира на привремену међународну администрацију, која је установљена од стране Савета безбедности УН Резолуцијом 1244. (тачка 2. Декларације). Реално је било очекивати да ће овако формулисани ставови према питању Косова и Метохије бити инкорпорирани у нови Устав Србије, и да овај концепт постигнутог консенсуза неће бити ревидиран у неком другом смеру. Дак-

ле, није изненађујућа чињеница да је Косово убачено у преамбулу новог Устава Србије. Изненађујућа је, наиме парадоксална чињеница да је истовремено питање степена и суштине косовске аутономије избачено из нормативног дела устава. Јер, изузев у тексту преамбуле и у тексту заклетве председника Републике Србије, статус АП Косово и Метохија се не конкретизује у другим одредбама новог устава. Политичари су сматрали да је дефиниција АП Косова и Метохије као „*саставног дела Србије*“ достатна, те да се конкретизација ове дефиниције одложи за боља времена – у уставу пише ће се „*суштинска аутономија АП Косово и Метохија уредити са посебним законом који се доноси по поступку предвиђеном за промену Устава*“ (чл. 182, ст. 2). Разлог оваквом *модус вивенди* решењу је немогућност да се прејудицирају преговори о статусу Косова. По свему судећи, супротстављање независности Косова у садашњим административно-територијалним границама, остаје непоколебљив циљ преовлађујућег дела српских политичких елита и на прагу XXI века.

„Косовска преамбула“ у новом српском уставу призива луцидне опаске Carla Friedricha у погледу преамбуле Основног закона бивше СР Немачке у којој је декларисана „воља немачког народа да одржи своје национално и политичко јединство“ . Friedrich указује на нормативни правнички приговор овако формулисаној преамбули – наиме, поставља се питање: да ли је једну такву поставку у преамбули могуће принудно спровести преко суда? Фриедрицх истиче да одговор свакако мора бити – не. Зато што, једноставно, нису све легално релевантне поставке принудно спроводиве преко суда, као што је, како указује Friedrich, Врховни суд Сједињених Држава увек признавао, одбијајући да се бави оним што је сматрао „политичким питањима“ (Friedrich, 2005: 150). А поставке које садрже преамбуле, попут немачке, или косовско-српске су првенствено таква политичка питања на које коначан одговор даје историја, док се оне с правног становишта могу окарактерисати као својеврсна „легална аномалија“ . Како ће развој историје вероватно показати, „косовска преамбула“ у новом српском уставу била је производ једног „епског тренутка“ у новијој историји српског парламентаризма, премда се парламентарна политика, као и увек и свугде, одвија у једном „драматичном времену“ које је немогуће кондензовати у кратке, драматичне тренутке једнократних завета и завештања. Може се напослетку закључити да „косовска преамбула“ представља политикантско обезвређивање устава као нормативног правног документа. Време које скоро наступа ће показати у којој је мери „косовска преамбула“ ексцесна политичка декларација која ремети нормативни еквилибријум највишег правног акта Србије.

Наиме, потенцирање оваквих легалних аномалија и у нормативном делу устава може довести, заиста, до озбиљних дисторзија целокупне конституције. Јер у новом Уставу Србије, у чл. 114, ст. 4, записан је текст заклетве коју председник Републике полаже приликом ступања на дужност: „*Заклињем се да ћу све своје снаге посветити очувању суверености и целине територије Републике Србије, укључујући и Косово и Метохију као њен саставни део* …“. Под хипотетичком претпоставком да је могуће да на предстојећм председничким изборима у Србији победи кандидат који је у својој предизборној кампањи јасно изразио став да је немогуће очувати Косово и Метохију као саставни део Србије, реално је очекивати да из моралних разлога он, или она, не би могао/могла да изговори уставом дефинисани текст заклетве. Штавише, такав изабрани кандидат не би могао да следи „*уставне обавезе свих државних органа да заступају и штите државне интересе Србије на Косову и Метохији*“, како је наведено у уставној преамбули. Дакле настала би озбиљна уставна криза – проузрокована самим уставом. Опасност проистекла из овакве хипотетичке ситуације јесте у томе што нови Устав Србије *per definitionem* одређује какав политички став према Косову је легитиман, а какав експлиците нелегитиман, односно имплицира који су политички кандидати легитимни, а који антиуставни и антисистемски.

Наравно, убацивање овако срочене преамбуле о Косову, одражава страх политичких елита од сепаратистичких тежњи унутар Србије. Но, унаточ оваквом страховању, у нови Устав Србије унета је одредба која је била незамислива у време Милошевића. Наиме, новим је уставом предвиђено да се „*нове аутономне покрајине могу оснивати, а већ основане укидати или спајати по поступку предвиђеном за промену Устава*“ (чл. 182, ст. 3). Реч је, свакако, о најрадикалнијој измени у односу на стари устав Србије. Потребно је истаћи да расправе о радикалнијој територијалној реорганизацији Србије трају уназад десетак година. Иницијално, оне су биле усмерене ка регионализацији – организовању Србије као регионалне државе са широком аутономијом региона у домену организације власти, укључујући и уређивање привредних и социјалних односа. Прву иницијативу у том правцу представљају две студије-предлози академика Миодрага Јовичића, настале средином 90-их: „Регионална држава“ и „Устав регионалне државе Уједињених Српских Земаља“. По Јовичићевом концепту Уједињене Српске Земље су јединствена држава која обухвата тринаест региона у Србији, садашњој Републици Српској, некадашњој Републици Српској Крајини и данашњу Црну Гору, организованих по угледу на концепт регионалне државе развијених европских земаља. Од релеван-

тних странака у Србији, Демократска странка Србије је такође предњачила у заговарању концепта регионализације Србије. Према предлогу који је ДСС израдила 2002. године, Србија би требало да буде подељена на шест региона са самосталним надлежностима и финансијском аутономијом. Седишта региона била би у Београду, Крагујевцу, Нишу, Новом Саду, Приштини и Ужицу. У суштини предлога за територијалну реорганизацију био је проблем одређивања степена децентрализације како би се остварила рационална и функционална аутономија и локална самоуправа. Промишљајући исти проблем, две су невладине организације понудиле нешто другачија решења која оба иду у правцу јачања аутономних покрајина, уместо формирања региона. Најпре је 2001. године група стручњака Центра за људска права конципирала предлог за нови устав Србије заснован на широком степену децентрализације. Поред две постојеће – АП Косово и Метохија и АП Војводине, Србија би била подељена на још четири аутономне покрајине – Београд, Југозападну Србију, Југоисточну Србију, Шумадију и Подунавље. Територијална подела обухватала би и општине, округе и области. Кључни принцип овог концепта је начело супсидијарности. Стручњаци новосадске невладине организације Forum Iuris, такође су 2002. године израдили пројекат устава којим је Србија дефинисана као сложена политичко-територијална заједница. „Сложена заједница“ би, према овом предлогу, подразумевала право на децентрализацију, локалну самоуправу и аутономију, укључујући и асиметрични статус Војводине, Косова, Града Београда и могућност формирања других „аутономних територијалних заједница“. Ове би се заједнице могле формирати под условом да одговарајуће подручје чини одређени број територијално повезаних општина и да представља економску, историјску, социјалну и културну посебност, те да се може самостално финансирати.

Приметно је да новоусвојени Устав Србије не садржи одредбу о критеријумима за оснивање нових, спајање или укидање постојећих аутономних покрајина. Пропустом уставотвораца се стога може сматрати овај део Устава, јер не нуди чврсте критеријуме и смернице за реализацију права на аутономну покрајину, односно не формализује чврсти оквир за њен територијални реаранжман. Уместо прецизирања критеријума, уставотворци су препустили коначну одлуку грађанима. Наиме, како је речено у чл. 182, ст. 3: „*предлог за оснивање нових или укидање, односно спајање постојећих аутономних покрајина утврђују грађани на референдуму, у складу са законом*“. Давање права народне иницијативе у територијалним прекрајањима, како нас историја ових простора учи, понекад може да има последице усмерене на рушење демократског правног поретка. Тек се

посредно може закључити, на основу надлежности аутономних покрајина (чл. 183) да је уставна интенција давања права на аутономију у функцији јачања развојних потенцијала аутономне покрајине, а не територијализације аутономних, специфичних идентитета. Не говоримо, при том, о уском етничком, националном идентитету на којему би било могуће градити територијалну, културну или политичку аутономију. Реч је о много комплекснијем историјском идентитету „посебности“, „припадности“ или „целине“ једне аутономне заједнице. У тренутним спорењима око степена децентрализације подједнако су проблематизована оба ова критеријума – и развојни и критеријум идентитета, који је нарочито изражен у питању степена аутономије Војводине.

Степен аутономије Војводине у новом Уставу Србије наставља да се прецизира и надограђује. Чињеница је да тзв. војвођанско питање, за разлику од косовског питања, још увек није ескалирало до захтева за независним статусом северне српске покрајине, већ се задржава у домену спорења око расподеле надлежности покрајинских и републичких владајућих елита, на релацији Нови Сад-Београд. С друге стране, достигнути степен аутономије, како је у новом уставу изложен у погледу АП Војводине, јесте узорни модел и за Косово и за евентуалне нове аутономне покрајине у Србији те је стога питање војвођанске аутономије од изузетне важности. Подсетимо да је фебруара 2002. године Скупштина Србије усвојила је Закон о утврђивању одређених надлежности Аутономне Покрајине Војводине. Био је то „омнибус“ закон којим је извршено делегирање компромисног обима надлежности од републичких централних ка покрајинским институцијама власти у различитим, премда не и у свим кључним областима одлучивања. Тачније, реч је о надлежностима које су, у ствари, централне власти поновно преусмериле ка Војводини, премда су укупне надлежности покрајине много мање од оних какве су јој припадале у доба комунистичког Устава из 1974. године. Од нарочите су важности измене око уступања одређених финансијских надлежности покрајинским органима – што је фактички значило знатно повећање буџета АП Војводине. Установљен је проценат изворних прихода које Покрајина Војводина усмерава ка централном буџету, док остали приходи, у складу са законом, остају у Покрајини за обављање њених надлежности. Овај је Закон усвојен под готово ултимативним притиском војвођанских политичких странака, и само је делимично испунио њихове захтеве за већим степеном политичке и економске аутономије. Јер, такозване „аутономашке“ политичке партије и организације су се залагале за „државност Војводине“ која би се огледала у праву Војводине на свој устав, законе, полицију, порезе … Странке

које данас припадају „аутономашком“ блоку, премда су у мањини, упорно као „минимални стандард“ за Војводину одређују формирање аутономне судске, законодавне и извршне власти Војводине, дводомне скупштине (састављене од већа грађана и већа националних заједница), увођење народне банке Војводине, институције председника Војводине, итд. Док њихови противници тумаче ове захтеве као стварање „државе у држави“.

Услед перманентне тензије и спорења око степена аутономије, односно децентрализације, уставотворци су прибегли неуобичајеном решењу. Неуобичајено за највиши правни акт, какав је устав, јесте убацивање конкретних бројки – показатеља степена финансијске надлежности аутономне покрајине вис-à-вис централног буџета. У чл. 184, ст. 4. речено је да „*буџет АП Војводине износи најмање 7% у односу на буџет Републике Србије, с тим што се три седмине од буџета АП Војводине користи за финасирање капиталних расхода*“. Актуелни статистички показатељи говоре да ова покрајина тренутно даје више од једне трећине бруто националног дохотка Републике Србије, док је отприлике исти удео и становништва и територије ове покрајине у односу на целокупну популацију и територију Републике Србије. Поставља се питање – како се дошло до овог критеријума „у знаку седмице“? Једноставно, цифре које су унете у нови устав израчунате су на основу процентуалне заступљености у овогодишњем буџету Републике Србије. Проценат од „најмање 7%“ је, дакле, намењен за финасирање оних послова који су у надлежности покрајинске владе. Желело се рећи да је то уставна гаранција достигнутог нивоа удела Војводине у буџету Србије, што је, ипак, испод развојних потенцијала и потреба ове северне покрајине. Напослетку, као гарант финансијске аутономије Војводине појављује се нови уставни институт – „покрајинска имовина“. У члану 183, ст. 5, речено је да „*аутономне покрајине управљају покрајинском имовином на начин предвиђен законом*“. Премда је овим одредбама новог Устава Србије направљен крупан, конкретан корак у финансијској самосталности покрајине, стиче се утисак да компромисна „полурешења“ у погледу трансфера надлежности не успевају да задовоље ни „централисте“ ни „аутономаше.“ Јер, симболика степена аутономије и надлежности које је Војводина имала по уставу из 1974. године још увек је присутна у свести политичких елита Војводине.

Конституционализација демократских правила политичке игре

Ниједан устав није просто списак лепих жеља или мање или више вештих и складних правничких формулација. Он је „живи устав“ који функционише у одређеном политичком и културном амбијенту. То посебно важи за Милошевићев устав који је настао и деловао у режиму ауторитарне власти. У таквом ауторитарном поретку – режиму, уставне норме немају потребну правну тежину. Власт их такорећи увек може игнорисати или овако или онако изиграти. Милошевићев устав није *al pari* са новим уставом Републике Србије – због разлика у политичком, економском, па и цивилизацијски различитом амбијенту. Након пада Милошевићевог режима, политичке елите у Србији, на прагу XXI века, једноставно нису у прилици да претендују на ауторитарну владавину – легитимна су искључиво демократска правила политичке игре. Што је повољна околност у односу на време доношења Милошевићевог устава. Устав Србије од 1990. године, по својој садржини, а не само из чињенице да је био „Милошевићев“, представља отклон од европских традиција, а такође и отклон од онога што би се могло назвати транзициона уставност. Нова демократска власт у Србији након пада Милошевићевог режима декларисала је за свој циљ успостављање аутентичне конституционалне демократије, на најбољим европским традицијама. Европска традиција конституционализма подразумева јасан однос према неким основним институцијама као што је приватна својина и слобода човека, односно грађанина (људска права), подела власти, владавини права (правна држава), јасно разграничење између јавног и приватног, државе и (цивилног) друштва. Милошевићев је устав, пак, у некима од ових области био двосмислен или недовољно одређен. Тиме се показала неодлучност његових твораца или незрелост историјског тренутка у коме је устав донешен. Могуће је да су амбивалентне карактеристике Устава од 1990. године плод идеолошке заслепљености или ограничености њених твораца који нису могли да се еманципују од фикција идеологизиране реалности. Ипак, неадекватно би било поставити Милошевићев устав као темељну референтну основу за новоусвојени устав Србије. У крајњој линији, сврха доношења новог устава Србије, шест година након пада Милошевићевог режима, није била ни делегитимација ни деконструкција старог режима, јер је она већ завршен историјски чин. Устав Србије би требало посматрати у односу на стандарде који постоје у посткомунистичком региону, Европи и свету.

Устав ствара најчвршћи оквир за институционални дизајн и вођење политике у једној земљи. Како се може закључити из темељних начела новог устава, уставотворци су комбиновали две легитимационе формуле: Србије као државе-нације (чл. 1) и Србије као грађанске демократије (чл. 1) у којој су носиоци суверености грађани (чл. 2), а правни и политички поредак заснован на владавини права (чл. 3) и троделној подели власти (чл. 4). Значајна новина у односу на претходни устав јесте што је у новом уставу Србије политичким странкама додељена заштита институционалне гарантије: „*јемчи се и признаје улога политичких странака у демократском обликовању политичке воље грађана*“ (члан 5, ст. 1). Истовремено је уставом дефинисано и њихово ограничење: „*недопуштено је деловање оних политичких странака које је усмерено на насилно рушење уставног поретка, кршење зајемчених људских или мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње“* (члан 5, ст. 3). Што истовремено значи уставно проскрибовање „говора мржње“, и имплицира забрану деловања оне политичке странке која буде кршила поменуте уставне одредбе.

Као у свакој земљи, у време усвајања устава, власт и грађани се суочавају са најважнијим историјским дилемама своје данашњице, прошлости и сутрашњице. У новом уставу могу се идентификовати неколико актуелних историјских дилема на које су дати нормативни одговори и начињени историјски алтернативни избори. Премда је утицај Српске православне цркве знатно ојачао након пада Милошевићевог режима све више изражена конфликтна линија лаицизам-конфесионализам разрешена је у новом уставу који Србију дефинише као „*световну државу*“ – у чл. 11, где је речено да су „*цркве и верске заједнице одвојене од државе* (чл. 11, ст. 2), те да се „*ниједна религија не може успоставити као државна или обавезна*“ (чл. 11, ст. 3). Подсетимо, на пример, да је у Уставу Бугарске из 1991. у чл. 13 источно православно хришћанство декларисано за „*традиционалну религију у Републици Бугарској*“, премда је у истом уставу прокламована сепарација верских институција од државе.

Међутим, док су радикалнији раскиди с Милошћевићевим уставом начињени у „питањима религије“, уочљиво је да уставотворци нису били одлучни да праве радикалније раскиде у питањима прерогатива секуларне власти. Милошевићев устав је био скројен по мери једног ауторитарног властодржца. Политичка снага функције председника несумњиво великим делом произлази из начина његовог избора. Чињеница да председника бирају грађани на непосредним изборима, да он не одговора непосредно

скупштини, да је тешко смењив, веома подиже његову политичку моћ. „Председничка криза“ у Србији, која се протезала у двогодишњем периоду 2002-2003. указује на потребу да се начин избора и надлежности председника Србије с нарочитом пажњом преиспитају у новом Уставу Србије. Доминација Слободана Милошевића на овој функцији у периоду 1990-1997. године допринела је сврставању политичког система Србије у председничке системе власти, што, ипак, не произлази из дефиниције ове функције изречене у Уставу из 1990. године. Премда је Милошевић користио према властитом нахођењу сва четири „јака" председничка овлашћења: вођење спољне политике, руковођење оружаним снагама, распуштање Скупштине и проглашење ванредног стања, он је то могао да чини, само до 1992. године на основу Устава Србије, да би доношењем Устава СР Југославије 1992. године, ова овлашћења председника Србије била пренета на федералне органе власти (изузев распуштања Скупштине „на образложени предлог Владе“). Остаје чињеница да је политичка снага функције председника Србије највећим делом произашла из начина његовог избора, што је неминовно довело до тенденција типичних за председничке системе на које упозорава и Juan Linz – да набројимо само неке: у председничком систему „победник узима све“, потенцијално искључујући губитнике од било каквог утицаја на кључне одлуке (преобраћујући их у „кваритеље“), дајући при том извршну власт једној партији. Надаље, механизам сукцесије, замене у председничким системима је лоше дизајниран – постоји вероватноћа да ће власт пасти у крило неприпремљеног и не изборима нелегитимираног подпредседника (или, у случају ванредног стања у Србији, 2003. године, в.д. председника Републике, прим. П.Ј.). Чињеница да се председник бира од стране целокупног бирачког тела доводи до омнипотентних фантазија председника и може га подстаћи да мисли да он сам има право да говори у име целе нације и да гаји опасну илузију да је спасилац народа и да као такав даје нереална обећања. Напослетку, како запажа Линз, у председничком систему је вероватније да ће две демократски изабране гране власти – парламент и председник доћи у конфликт без постојања било каквог институционалног механизма за решавање њихових сукоба демократским путем. Линз закључује да ће овакав „ћорсокак“ дискредитовати саму демократску формулу и убедити бираче да избори нису ефективан начин за формирање владе која би била способна да ефикасно врши власт (cf. Linz, 1994; наведено према: Holmes, 1993/1994: 38).

Линзова упозорења би, услед назначених негативних примера на политичкој сцени Србије, свакако требало имати на уму при анализи начина

избора и овлашћења председника у новом Уставу Србије. Из наведених разлога ојачали су били аргументи да се у нови устав Србије унесе одредба о избору председника Србије од стране Народне Скупштине, и то апсолутном већином гласова посланика. Међутим, тада би се јавила опасност да уставна позиција председника може да буде угрожена промењивим односима снага између владајућих партија и опозиције у парламенту, и да председников опстанак на функцији зависи од милости и немилости политичких партија. Потоња је аргументација превладала и нови устав каже да „*Председник Републике изражава државно јединство Републике Србије*“ (чл. 111). То је био аргуменат више да би се задржао плебисцитарни начин избора председника, који је преферирао и Милошевић. У чл. 114 новог устава предвиђено је да се „*председник Републике бира на непосредним изборима, тајним гласањем, у складу са законом*“. Што изнова актуелизира Линзова упозорења која су претходно наведена. Међутим, док је Милошевићев устав јачао омнипотентну везу између председника и грађана, тако што је у чл. 88 ст. 1 Устава из 1990. речено да је „Председник Републике одговоран грађанима Републике Србије“, нови устав је знатно ослабио ову популистичку везу. Наиме, процедура разрешења председника је знатно различита у ова два устава. По одредбама новог устава председник се разрешава „*због повреде Устава*“, одлуком Народне скупштине, гласовима најмање две трећине народних посланика (чл. 118, ст. 1). По старом уставу, коначну одлуку о опозиву председника доносе грађани-бирачи, непосредним и тајним изјашњавањем, ако за то гласа већина од укупног броја бирача (дакле, уписаних у бирачки списак). У случају да грађани подрже председника – тј. не подрже његов опозив, Народна скупштина се распушта (чл. 88, ст. 4 Устава из 1990). По одредбама новог Устава распуштање Народне скупштине не следи као последица одлучивања о разрешењу председника. По одредбама новог устава значајну, премда не и мериторну улогу у процесу разрешења председника има и Уставни суд који је „*дужан да по покренутом поступку за разрешење, најкасније у року од 45 дана, одлучи о постојању повреде Устава*“ (чл. 118, ст. 3). У овом је контексту потребно истаћи да оба устава праве пропуст јер ни у једном се не даје дефиниција шта би се могло подразумевати под „прекршењем“, односно „повредом“ Устава Србије. Наводимо само један узорни пример решења из Устава Словачке (чл. 106), по којему парламент може да смени председника са 3/5 већином (која је исто потребна за његов избор) за „*дело које је усмерено да уништи демократски и уставни режим*“. Према новом Уставу Србије, питање дефиниције повреде устава препуштено је Уставном суду, што је, судећи по недавним искуствима, лошије решење од давања прецизније дефиниције у самом Уставу. Подсетимо се недавне

политичке кризе 2002-2003. која је била изазвана одузимањем мандата (посланика ДСС, у оквиру коалиције ДОС), када су Уставни суд у Србији, односно бивши Савезни уставни суд, од непристрасних медијатора, постали актери политичке игре, у којој је био угрожен не само ауторитет, него у крајњој линији и легитимитет уставног суда. Што и није тако ретка појава. Наиме, у пракси, запазили су аналитичари, уставни судови могу да буду гурнути у улогу креатора политике, за шта они нису квалификовани и тако да умање функционалну диференцијцију и из ње проистекли еквилибријум надлежности унутар државе (детаљније, cf. Elster, Offe, Preuss *et al*., 1998: 102-105).

Тривијална је одбрана устава да он не може никада да буде савршен правни или демократски текст. Релеванто је питање на који је начин могуће мењати уставне одредбе или устав у целини? Новим су уставом Србије прописана знатно „мекша“ ревизиона правила, у односу на она из Милошевићевог. Нови устав задржава одредбу из старог која каже да ће предлог за промену устава бити усвојен двотрећинском већином од укупног броја посланика (чл. 203, ст. 3). Двотрећински цензус је вероватно задржан из бојазни да би апсолутна већина била исувише крхка препрека тенденцији да свака будућа нова власт самовољно мења устав и креира га по својој вољи. Такву тенденцију, свакако, ефикасније може да запречи само двотрећинска већина у парламенту. С друге стране, нови устав снижава критеријум о степену подршке грађана-бирача на референдуму – сада је потребна већина изашлих бирача (а не укупног броја бирача, тј. уписаних у бирачки списак, како је било предвиђено у уставу из 1990). Ипак, док је стари устав предвиђао да најмање 100.000 бирача може поднети предлог за промену устава, нови тај цензус повећава на 150.000. Истовремено, док је стари устав за ревизиону иницијативу захтевао да најмање педесет посланика поднесу предлог, нови устав захтева већи број – најмање једну трећину. У оба устава је речено да предлог за промену могу поднети такође и председник републике и влада. Но од ревизионих критеријума, значајније је нормативно прецизирање, тј. издвајање најважнијих одредби устава за које се захтева организовање референдума, тј. консултовање народне воље. Како је стипулисано у чл. 203, ст. 7: референдумска процедура легитимисања промене устава захтева се за промене које се односе на преамбулу и начела устава, људска и мањинска права и слободе, уређење власти, проглашавања ратног и ванредног стања, одступање од људских и мањинских права у ванредном и ратном стању или поступак за промену устава. У свим осталим случајевима, дакле, Народна скупштина има дискреционо право – тј. може, а и не мора одлучити да и грађани потврде

предлог за промену устава на референдуму (како произлази из одредби чл. 203, ст. 6). Такође је новина одредба новог устава, у односу на стари, да устав не може бити промењен за време ванредног или ратног стања (чл 204). У целини гледано, творци новог устава Србије гаје веће поверење у зрелост партијских елита, него у народну сувереност у погледу уставотворног капацитета грађана.

Изгледа да је постигнут свеопшти народни и политички консензус да смо добили нови Устав Србије који је истовремено и национални и грађански, и српски и европски, у којему има довољно и власти и слободе, и државе и аутономије, како је запазио социолог Слободан Антонић. Могли бисмо рећи да пред собом имамо свакако модеран, али још увек недовољно демократски устав Србије. У њему су уочљиве крупне празнине – будући да су многа решења препуштена накнадној законској регулативи, као што је то случај са, на пример, командовањем војском. Најозбиљнији приговор новоусвојеном уставу Србије јесте што он није креиран као првенствено квалитетан и кохерентан правни текст, већ је производ тренутног партијског консензуса који је укључио искључиво парламентарне странке. Прети опасност да такав консензус врло лако доживи свој скорашњи крах, пред наступајуће нове изборе у Србији и одлуку међународне заједнице у погледу статуса Косова. Устав Србије тако остаје недовршен правни текст, јер је важење његових кључних одредби везано за судбину регионалног гео-политичког проблема Косова чијем се дугорочном решењу не види крај. Напослетку, није оправдано изводити потпуни легитимацијски капацитет устава из парцијалног легитимацијског проблема као што је то проблем Косова. У тренутку када се затвори питање Косова, остаће и даље отвореним питање шта је суштинско, универзално језгро конституционализма у Србији? Политичким елитама Србије остаје трајни задатак промишљања легитимацијског капацитета конституционалне матрице у Србији.

Библиографија:

- Ackerman, Bruce, (1992), The Future of Liberal Revolution, New Haven: Yale University Press
- Димитријевић, Ненад (2002), „Уставна демократиа за Југославију: између реформе и револуције“, *mimeo*.
- Elster John, Offe Claus, Preuss K. Ulrich *et al.* (1998), Institutional Design in Post-Communist Societies (Rebuilding the Ship at Sea), Cambridge: Cambridge University Press
- Фридрих Ј. Карл (2005), Конституционална демократија – Теорија и пракса у Европи и Америци, Подгорица: CID
- Holmes, Stephen (1993/1994), „The Postcommunist Presidency“, East European Constitutional Review, No. 4 (Fall 1993) / No. 1 (Winter 1994) (double issue)
- Јовановић, Милан (прир.), (2002), Модели уставног преуређења Југославије и Србије, Београд: Институт за политичке студије
- Linz, Juan (1994), The Failure of Presidentialism, John Hopkins University Press

Pavle Jovanović Ph.D. Full professor
Novi Sad School of Law

Constitutional (Dis)continuity in Contemporary Serbia in the Light of European and Regional Standards

Abstract

Analysis highlights what are political and legal implications of the process of formulation of a new Serbian Constitution, having in mind some key problems of Serbia: various options for final resolution of Kosovo and Metohia status, level of autonomy of Voivodina Province, imperative of reception of the European standards of human rights and freedoms protection. Significant civilizing progress was identified in regard to this questions. Author makes arguments on undemocratic legitimizing character of, so called, „Kosovo preamble". By pointing out what possible dangers derives from presidential system, and what tendencies derives from political instrumentalization of the Constitutional Court, author highlights possible dangers of deformation of the principle of separation of powers in Serbia. Taking into account that Serbia is still some kind of a „stateless state", author draws conclusion that question remains open what is the crucial core of constitutionalism in Serbia.

35.077.3

Др Драган Милков, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПРАВНА СРЕДСТВА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак: *Правно средство је процесна радња која омогућава незадовољним учесницима да побијају законитост или правилност управних аката. У управном поступку постоје редовна и ванредна правна средства, слично као у сдским поступцима. Једино редовно правно средство је жалба, док постоји седам ванредних правних средства.*

Кључне речи*: управно право, управни поступак, правна средства, положај странке у управном поступку, жалба.*

1. Смисао и значај правних средстава

Правна средства представљају процесне радње које служе томе да незадовољни учесници у управном поступку побијају законитост или правилност донетог управног акта.

Читав управни поступак постављен је тако да му као резултат буде законито и правилно решење. Том циљу служе сва правила поступка, а посебно правила о утврђивању чињеница. Међутим, увек је могуће да дође до одређених грешака, било везано за спровођење поступка, утврђивање чињеница или примену материјалног права на конкретан случај. Због тога се јавља потреба за могућношћу отклањања грешака учињених приликом доношења решења. Та потреба постоји како због заштите права и правних интереса странака, тако и због заштите јавног интереса, односно објективне законитости.

До грешака приликом доношења решења може доћи из различитих разлога. Могуће је да грешка буде учињена због несавесности или неспособности службеног лица које води поступак, евентуално због одређених злоупотреба, због грешака које је учинила странка одређеним пропуштањем или недозвољеним радњама, због пропуста осталих лица (лажно сведочење, грешке у вештачењу и сл.), као и због објективних разлога, као што је стицање нових сазнања о чињеницама и сл. Но, и поред највеће савесности свих учесника у управном поступку, грешке су увек могуће, па можда и неминовне. Због тога постоје правна средства, којима је циљ отклањање учињених грешака.

Правно средство је таква процесна радња којом незадовољна странка или други учесници траже од надлежног органа да побијану одлуку поништи, укине или измени зато што је незаконита или, неправилна, или, пак, то чини надлежни орган по службеној дужности. По правилу, поступак по редовним правним средствима се у управном поступку не може водити по службеној дужности, док таква могућност постоји када је реч о ванредним правним средствима.

Основни смисао и значај правних средстава налази се у обезбеђивању могућности исправљања учињених грешака, тако да се дође до законитог и правилног акта. Управа делује ради реализације јавног интереса опредељеног правним прописима, па би свако одступање од тога значило истовремено и довођење у питање основних циљева који су пред управу постављени. Исто тако, право на жалбу је једно од основних права грађана, загарантовано већ у Уставу Републике Србије.[1]

Правна средства служе и уједначавању управне праксе, јер одлуке виших органа несумњиво утичу на будућу праксу првостепених органа у одређеним ситуацијама. У том смислу, може се рећи да само постојање правних средстава већ има одређено превентивно дејство. Свест о могућности нападања извесне одлуке намеће доносиоцу акта веће обавезе и већу савесност у поступању.

Сва правна средства обележена су са два захтева, који могу бити и међусобно противречни. С једне стране, то је захтев за постизањем потпуне законитости и правилности, а са друге, постоји потреба за економичношћу и правном сигурношћу. Захтев за постизањем потпуне законитости и правилности би налагао вечито постојање могућности преиспитивања

[1] „Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу“, члан 36, став 1 Устава Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, број 98 од 10.11.2006. године.

одлуке донете у управном поступку, све док и последња сумња у том погледу не би била отклоњена. Међутим, такав поступак би могао бити веома неекономичан, због дужине трајања, као што би стална могућност преиспитивања донетог акта директно утицала на смањење правне сигурности и извесности у правима и обавезама. Због тога су правна средства постављена тако да се постигне известан склад у остварењу ових захтева. Правним средствима се, најпре, омогућава нападање незаконитих и неправилних управних аката и елиминисање недостатака које такви акти садрже. Међутим, због остварења другог захтева, право на употребу правних средстава је ограничено роковима, осим за најтеже повреде закона, а након тога се више не дозвољава побијање одлуке.

2. Врсте правних средстава

Поред заједничког смисла свих правних средстава – да служе отклањању незаконитости или неправилности учињене приликом доношења управног акта – могу се уочити и одређене разлике које међу правним средствима постоје. Најважнија подела свих правних средстава јесте на редовна и ванредна.

2.1. Редовна и ванредна правна средства

Основни критеријум за разликовање редовних и ванредних правних средстава тиче се тренутка у коме се могу користити, могућности коришћења и разлога.

Редовна правна средства представљају уобичајену и нормалну могућност оспоравања управног акта, пре него што акт постане коначан. Поступак по редовним правним средствима (жалбени, другостепени поступак) чини редовну фазу у току управног поступка (ако се пропусти, не може се водити управни спор), па је због тога рок за изјављивање жалбе релативно кратак. За редовно правно средство не постоји никакво ограничење у погледу разлога, тако да се може користити због било које повреде законитости или правилности учињене приликом доношења акта који се напада.

Према Закону о општем управном поступку, једино редовно правно средство је жалба. Приговор, као правно средство које у другим поступцима представља редовно правно средство, није у ЗУП-у предвиђен као

уобичајена могућност.[2] Постоји само могућност да се приговор предвиди посебним прописима у посебним управним областима.

2.2. Жалба

2.2.1. Опште карактеристике жалбе

За остваривање права и правних интереса појединаца и организација, као и за заштиту законитости, жалба има велики значај. Жалба је једино, али универзално редовно правно средство које се може употребити против свих првостепених одлука донетих у управном поступку. Она омогућава да се све првостепене одлуке донете у управном поступку подвргну контроли. Значај жалбе није умањен чињеницом да у нашем правном систему постоји редовна судска контрола законитости свих управних аката, која се врши у управном спору. Штавише, ако је жалба допуштена, а странка пропусти да је изјави, касније се не може водити управни спор.

Предмет жалбе је законитост или целисходност управних аката донетих у првом степену (у ЗУП-у се говори о жалби против решења, а не управног акта, али решење није једина форма у којој се може донети управни акт, нити би жалба могла бити одбачена само зато што управни акт није донет у форми решења). Поред тога, предмет жалбе може бити и ћутање управе, јер у том случају није донет никакав акт, а странка се може жалити као да је захтев одбијен, тј. као да је донет негативан акт.

Повреда законитости, као предмет жалбе, може се односити на било коју повреду формалног или материјалног закона, док се повреда целисходности односи само на управне акте који се доносе на основу дискреционе оцене и то у делу саме слободне оцене, ако јавни интерес није на најбољи начин заштићен.

Право жалбе, загарантовано Уставом Републике Србије, а определељено већ основним начелима управног поступка, регулисано је као право које се може користити против свих првостепених решења, а искључено је само ако је то изричито предвиђено, под условом да је обезбеђен други вид заштите права и законитости.

[2] Занимљиво је да се у одредбама Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97) које се односе на поднеске (чл. 54) помиње да у поднеске спадају захтеви, предлози, пријаве, молбе, жалбе, приговори и друга саопштења којима се странке обраћају органима, иако се у овом истом пропису уопште не предвиђа могућност подношења приговора.

Но, већ у самом ЗУП-у регулисани су и случајеви у којима је начелно жалба искључена. То се односи на случај ако нема другостепеног органа који би решавао по жалби, а то су првостепена решења министарства или другог самосталног органа управе, односно управне организације (члан 214, став 1). У односу на самосталне републичке органе управе не постоје другостепени органи који би решавали по жалби, па је право жалбе искључено из објективних разлога. Међутим, од овога правила постоји изузетак. Жалба се, ипак, може изјавити и против првостепених решења самосталних органа, ако је то изричито предвиђено законом, као и ако се ради о управној ствари у којој је искључен управни спор. У првом случају је основ за изјављивање жалбе изричита одредба закона, при чему се истовремено мора одредити и орган који ће решавати по жалби, док се у другом случају води рачуна о заштити права и правних интереса странака. Наиме, ако није могуће изјавити ни жалбу, нити водити управни спор, странке не би имале никакву могућност да заштите своја права и правне интересе, те би већ првостепена одлука била правноснажна.

Међутим, у одређеним случајевима је жалба апсолутно искључена. Жалба се никада не може изјавити против решења владе (члан 214, став 2).[3] Разлог за апсолутно искључење жалбе у овом случају, налази се у чињеници да у односу на Владу не постоји непосредно виши орган који би контролисао њене управне акте и решавао по жалби.

Субјекти овлашћени на подношење жалбе су, пре свега, странке, које су у том својству учествовале у управном поступку и које сматрају да им је првостепеним решењем повређено неко право или правни интерес. Поред тога, право жалбе имају и лица која нису учествовала у првостепеном поступку, а требало је да учествују као странке, као и трећа заинтересована лица која ради заштите својих правних интереса имају право да учествују у поступку, без обзира на то да ли су стварно и учествовали у првостепеном поступку. Међутим, за разлику од странке која је учествовала у првостепеном поступку, која аутоматски има право жалбе, за друга лица претходно треба да се утврди да ли им се својство странке може признати, тј. да ли су легитимисани на подношење жалбе.

[3] У старом ЗУП-у је било предвиђено да се жалба не може изјавити ни против првостепених решења која донесу скупштине, но, тога више нема у новом Закону. Из тога би се могао извести закључак да сада начелно постоји могућност да се изјави жалба против првостепеног решења скупштине, али се појављује практичан проблем, ко би нпр. био надлежан да решава по жалби против првостепеног решења Народне скупштине.? Такав орган не постоји!

Право жалбе могу имати и остали учесници у управном поступку, као што су сведоци, вештаци и тумачи, али је њихово право ограничено само на онај део решења у коме се одлучује о њиховим правима (трошкови, награде и сл.). Ова лица не могу изјавити жалбу која би се односила на главну ствар, јер се ту не одлучује о њиховим правима и обавезама.

Жалбу могу изјавити и јавни тужилац, јавни правобранилац и други државни органи, ако су законом овлашћени, против првостепеног решења којим је повређен закон у корист појединаца или правног лица, а на штету јавног интереса. То значи да ови субјекти, штитећи интересе друштвене заједнице, могу користити право жалбе, али ако је то предвиђено посебним законом.

Општи рок за жалбу износи петнаест дана од дана достављања решења, ако законом није другачије одређено (члан 220). Посебним прописима се може одступити од овога рока и предвидети и дужи и краћи рок за жалбу од петнаест дана.

Рок за жалбу спада у категорију преклузивних рокова, што значи да његовим пропуштањем странка губи право на изјављивање жалбе. У том случају, ако се жалба не изјави у прописаном року, решење постаје коначно и извршно, али и правноснажно, јер се управни спор не може водити ако није изјављена жалба која је била допуштена. Једина могућност за странку, ако је из објективних разлога пропустила рок за жалбу, јесте да тражи повраћај у пређашње стање.

Овај рок је рок који је предвиђен за жалбу против решења које је донето у првом степену. Међутим, ако се ради о ћутању управе, тј. ако није донето никакво решење поводом захтева странке, рок је дилаторан, што значи да се жалба не може изјавити пре него што прође рок за доношење решења. Таква жалба никада не може бити неблаговремена, једино може бити преурањена.

Жалба има двоструко правно дејство: деволутивно дејство и суспензивно дејство.

Деволутивно дејство жалбе значи да се решавање у другом степену преноси обавезно на неки други орган, а да не може решавати исти орган који је решење донео (лат. *devolvere* значи: превалити, свалити). Тиме се обезбеђује већи степен објективности и непристрасности, али и стручности, с обзиром на то да по жалби решавају, по правилу, виши органи. ЗУП-ом је изричито предвиђено да се за решавање у другом степену не може утврђивати надлежност у оквиру органа који је у управној ствари решавао у првом степену (члан 216). Принцип деволутивности је видљив и код сложених решења, јер се не дозвољава да по жалби решава чак ни орган који је учествовао у доношењу решења давањем сагласности, одобрења или потврде.

Суспензивно дејство жалбе значи да се у току рока за жалбу, као и када је жалба прописно изјављена, решење не може извршити све док се другостепено решење (ако је жалба изјављена) не донесе и не достави странци. Међутим, од правила о суспензивном дејству жалбе постоје одређени изузеци.

Изузетно, решење се може извршити и у року за жалбу, као и када је жалба изјављена, у следећим случајевима (члан 221, став 2):

- ако је то законом предвиђено (тако је нпр. предвиђено посебним прописима за пореска решења, за решење о одузимању путне исправе, решење о одузимању оружја и оружног листа);
- ако се ради о предузимању хитних мера које представљају основ за вођење скраћеног управног поступка по члану 131, став 1, тачка 4; или
- ако би услед одлагања извршења била нанета некој странци штета која се не би могла поправити.

Како у овом последњем случају постоји могућност да некој другој странци буде нанета штета, ако се касније покаже да решење није било законито, може се тражити одговарајуће обезбеђење од странке у чијем интересу се извршење спроводи и тиме условити извршење.

Жалба је поднесак којим овлашћени субјекти нападају законитост или правилност првостепеног решења, с тим што се може и усмено изјавити на записник код надлежног органа. У том смислу, жалба мора имати одређене елементе, како би се по њој могло поступати. Ако се усмено изјављује, онда о томе води рачуна надлежни орган, а ако се подноси у писменој форми, па не буде потпуна, са жалбом ће се поступити на једнак начин како се иначе поступа са непотпуним поднесцима.

У ЗУП-у су предвиђени одређени обавезни елементи жалбе, при чему се законодавац руководио принципом демократичности у изјављивању жалбе, тако да је предвиђен минимум обавезне садржине. Пре свега, у жалби се мора навести решење које се побија, тако што ће бити означен назив органа који га је донео, као и број и датум решења. У погледу разлога за изјављивање жалбе, довољно је да жалилац изнесе у ком погледу је незадовољан решењем, али не мора давати посебно образложење (члан 222, став 1). Тиме је омогућено свим субјектима да своје незадовољство против првостепеног решења изразе на једноставан начин, а не тражи се никакво посебно знање, нити је за овакву жалбу потребна помоћ стручњака. О правној квалификацији и свему осталом треба да се стара надлежни орган.

Поред обавезних елемената жалбе, могу се износити и нове чињенице и нови докази, међутим, како не би долазило до злоупотреба и намер-

ног одуговлачења поступка на овакав начин, у ЗУП-у је предвиђено (члан 222, став 2) да је жалилац тада обавезан да образложи због чега их није изнео у првостепеном поступку.

Ако је у питању поступак у коме учествују две или више странака са супротним интересима, а износе се у жалби нове чињенице или докази, осталим странкама се мора омогућити да се са новим чињеницама и доказима упознају. Тада је жалилац дужан да уз жалбу приложи још и онолико преписа колико има странака. Свакој странци се доставља препис жалбе и оставља рок, који не може бити краћи од осам ни дужи од петнаест дана, да се о новим чињеницама и доказима изјасни (члан 222, став 3).

О жалби одлучује другостепени орган и њему се жалба изјављује. Међутим, жалба се, по правилу, предаје првостепеном органу и то било непосредно, било поштом (члан 223, став 1). Правило да се жалба не предаје оном органу коме се изјављује, условљено је чињеницом да првостепени орган има низ овлашћења у вези са жалбом, почев од испитивања формалних момената, па до могућности да замени своје решење новим решењем.

Непосредна предаја жалбе подразумева две могућности: жалилац може лично донети и предати писмену жалбу надлежном органу, а може жалбу усмено изјавити на записник. Поштом се жалба може послати обичном или препорученом пошиљком, при чему се обична пошиљка сматра предатом оног дана када стигне надлежном органу, а препоручена даном предаје пошти.

Ако се жалба преда или пошаље непосредно другостепеном органу, тиме није учињена никаква повреда правила о предаји жалбе, једино је другостепени орган дужан одмах да пошаље жалбу првостепеном органу (члан 223, став 2). Та обавеза проистиче из улоге првостепеног органа у жалбеном поступку. Иначе, у погледу рока, жалба која је предата другостепеном органу, сматра се као да је предата првостепеном органу (члан 223, став 3). Оваквом одредбом ЗУП-а, отклоњене су негативне последице које би могле произаћи за жалиоца који би услед незнања жалбу непосредно предао другостепеном органу.

2.2.3. Рад првостепеног органа по жалби

Када прими жалбу, првостепени орган најпре испитује њену формалну страну, тј. да ли је допуштена, благовремена и изјављена од овлашћеног лица. Ако било шта од овога недостаје, тј. ако је жалба недопуштена, неблаговремена или изјављена од стране неовлашћеног лица, првостепени орган ће је закључком одбацити. Одбацивање жалбе значи отклањање

могућности да се жалба суштински расправи, јер недостаје један од предуслова.

Допуштеност жалбе се цени према правилима ЗУП-а, али и посебних прописа. Жалба је благовремена ако је изјављена у прописаном року (општи рок је петнаест дана од дана достављања решења), при чему жалба против ћутања управе никада не може бити неблаговремена, већ само преурањена. Ако је жалба предата или послата непосредно другостепеном органу, благовременост се цени према дану када је њему предата, а не када је стигла првостепеном органу (члан 224, став 3). Најзад, жалба је изјављена од овлашћеног лица, ако је изјавила странка, правни интересент, јавни тужилац, јавни правобранилац и други државни орган, односно, евентуално у односу на одређени део решења, сведок, вештак или тумач.

Закључком о одбацивању жалбе онемогућава се даље вођење другостепеног поступка. Стога је и против оваквог закључка допуштена жалба, с тим што ако орган који решава по жалби нађе да је оправдана, тј. да закључак о одбацивању није законит, треба истовремено и да реши по жалби која је била одбачена.

Ако првостепени орган не одбаци жалбу, може се у одређеном смислу упустити у саме наводе жалбе, али уз једно ограничење. С обзиром на деволутивно дејство жалбе, првостепени орган нема могућност да одбије жалбу као неосновану, већ једино може отклонити грешке које је учинио у првостепеном поступку. Таквим овлашћењима првостепеног органа није повређен принцип деволутивности, јер се она могу кретати само у оквиру позитивне одлуке поводом жалбе. Штавише, могућност да првостепени орган, увидевши своје грешке, измени решење, директно доприноси економичности и ефикасности управног поступка. Ако је првостепени орган већ свестан да је учинио пропуст и да ће му другостепени орган због тога поништити решење, економичније и ефикасније је да то сам учини, него да чека на исход другостепеног поступка.

Најпре, ако првостепени орган сматра да је жалба основана, а да није потребно спроводити нов испитни поступак, може ствар решити другачије и новим решењем заменити решење против којег је изјављена жалба (члан 225, став 1). Пошто је могуће да странка још увек није задовољна, и ново решење једнако има карактер првостепеног решења, па се и против њега може изјавити жалба.

Поред ове генералне могућности да првостепени орган донесе ново решење, у ЗУП-у су посебно нормирана овлашћења везана за одређене грешке у поступку. И ту начелно, ако првостепени орган сматра да је спроведени поступак био непотпун, а да је то могло бити од утицаја на решавање о ствари, може поступак употпунити у складу са одредбама ЗУП-а (члан 226, став 1). Но, то није и дужност првостепеног органа, већ зависи

од његове процене. Само у одређеним случајевима првостепени орган мора употпунити поступак.

Првостепени орган је дужан да употпуни поступак у следећим случајевима (члан 226, став 2):

- ако жалилац изнесе у жалби такве чињенице и доказе који би могли бити од утицаја за другачије решење ствари (у овом случају је обавеза употпуњавања више формалног карактера, јер процена да ли су изнете чињенице и докази такви да би могли бити од утицаја на другачије решење ствари, зависи од надлежног органа и његовог схватања); или
- ако је жалиоцу морала бити дата могућност да учествује у поступку који је претходио доношењу решења, а та му могућност није била дата, или му је била дата, али је он пропустио да је користи, а у жалби је оправдао пропуштање.

Ако првостепени орган употпуни поступак, било зато што је сам проценио да би то могло бити од утицаја на решавање о ствари, било зато што је морао из претходно наведена два разлога, након допуњеног поступка може у границама захтева странке ствар другачије решити и донети ново решење којим ће заменити побијано решење (члан 226, став 3). Незадовољна странка може и против новог решења изјавити жалбу.

Посебне грешке учињене у првостепеном поступку намећу обавезу првостепеном органу да их отклони, али само ако то странка захтева. То су следећи случајеви (члан 227):

- ако је решење донето без претходно спроведеног посебног испитног поступка који је био обавезан; или
- ако је решење донето по скраћеном поступку, осим по основу хитности, али странци није била дата могућност да се изјасни о чињеницама и околностима које су од значаја за доношење решења.

У овим ситуацијама, ако странка тражи да се спроведе посебан испитни поступак, односно да се изјасни о чињеницама и околностима, такав поступак се мора спровести, након чега првостепени орган може уважити захтев из жалбе и донети ново решење.

Ове одредбе пружају значајне могућности првостепеном органу за интервенцију и отклањање одређених недостатака, међутим, у пракси се оне веома ретко користе. Изузетно су ретки случајеви да првостепени органи самоиницијативно измене своје решење, а чак ни онда када имају формалну обавезу да употпуне поступак то не чине, јер обично сматрају да наведени недостатак није учињен и да нема потребе за њиховом интервенцијом. Практично, готово увек се чека на одлуку другостепеног органа.

Ако првостепени орган не одбаци жалбу, зато што је недопуштена, неблаговремена, или изјављена од стране неовлашћеног лица, нити донесе ново решење којим замењује побијано решење, дужан је да без одлагања, а најкасније у року од петнаест дана од дана пријема жалбе, пошаље жалбу са свим списима предмета другостепеном органу.

Уколико првостепени орган не достави списе предмета другостепеном органу у наведеном року, другостепени орган ће затражити да му достави списе предмета и одредиће му рок за то. Ако првостепени орган то не учини, другостепени орган може решити ствар и без списа предмета.

2.2.4. Решавање другостепеног органа по жалби

Другостепени орган је надлежан да мериторно размотри жалбу, односно законитост и правилност првостепеног решења. Све активности првостепеног органа своде се само на испитивање формалних недостатака жалбе или на исправљање грешака које су учињене у првостепеном поступку. Суштинско одлучивање је у надлежности другостепеног органа. Но, пре него што се упусти у саме наводе жалбе, другостепени орган најпре, такође, испитује формалне моменте, у случају да је првостепени орган пропустио то да учини. То значи да и он испитује да ли је жалба допуштена, благовремена и изјављена од овлашћеног лица, па ако у том погледу постоји недостатак, другостепени орган ће својим решењем одбацити жалбу.

Ако другостепени орган не одбаци жалбу, узима предмет у решавање. То значи да суштински испитује све наводе жалбе и разматра да ли је побијано решење законито и правилно. Након разматрања предмета, другостепени орган може тројако поступити: може одбити жалбу, поништити решење у целини или делимично, или изменити побијано решење (члан 229, став 3).

Одбијање жалбе претпоставља да су сви наводи жалбе испитани и да је установљено да не постоји повреда законитости или правилности учињена приликом доношења првостепеног решења. Међутим, то није једини разлог због којег ће другостепени орган одбити жалбу. Жалба ће бити одбијена у следећим случајевима (члан 230):

- ако другостепени орган утврди да је поступак који је решењу претходио правилно спроведен и решење правилно и на закону засновано, а жалба неоснована. То је најчешћи и уобичајени разлог за одбијање жалбе, јер подразумева да не постоји никаква формална нити материјална повреда закона, односно грешка у целисходности;

- ако се утврди да је у првостепеном поступку било недостатака, али да су они такви да нису могли имати утицаја на решење ствари. Ради се о небитним недостацима који нису од суштинског значаја за законитост и правилност решења. У ЗУП-у нису санкционисане све повреде процедуре, јер би се тада решење могло поништити и због најобичнијих грешака у поступку, које уопште не морају бити битне за саму суштину ствари. Због тога другостепени орган треба да процењује о каквој процедуралној повреди је реч и да ли је могла имати утицаја на решење ствари; или
- ако се утврди да је првостепено решење засновано на закону, али због других разлога, а не због оних који су у решењу наведени. То значи да је диспозитив побијаног решења законит и правилан, али да постоји грешка у образложењу. У том случају, другостепени орган ће у свом решењу изложити разлоге који оправдавају диспозитив, а жалбу ће одбити.

До поништавања првостепеног решења може доћи због било које битне повреде правила поступка, повреде прописа о надлежности, грешке у примени материјалног прописа или због грешке у целисходности. Међутим, у ЗУП-у се изричито наводе одређене повреде које доводе до поништавања, с обзиром на различите последице које након поништавања настају.

Пре свега, ако другостепени орган утврди да првостепено решење садржи неправилност која га чини ништавим, огласиће такво решење ништавим, као и онај део поступка који је обављен после те неправилности (члан 231, став 1). У питању су најтеже повреде закона које представљају основ за примену ванредног правног средства – оглашавање решења ништавим – а због чијег постојања решење може увек и било који орган управе (првостепени или другостепени) уклонити из правног поретка, са свим последицама које је произвело.

Другостепени орган ће поништити првостепено решење и кад утврди да га је донео ненадлежан орган и истовремено ће доставити предмет надлежном органу на решавање (члан 231, став 2). Норме о надлежности су императивног карактера, а њихова повреда представља разлог за поништавање решења. Овде се ради о стварима које се могу решавати у управном поступку, али их није решавао надлежни орган (ако су у питању ствари о којима се уопште не може решавати у управном поступку, тада је то разлог за оглашавање решења ништавим). Када поништи решење по овом основу, другостепени орган је дужан да предмет достави надлежном органу, што подразумева да не може сам о томе решавати, јер би тада вршио улогу првостепеног органа.

Због одређених формалних недостатака у првостепеном поступку, другостепени орган може након поништавања сам отклонити недостатке и решити ствар, или вратити предмет на поновно решавање првостепеном органу, ако сматра да ће он то брже и економичније учинити. То су следећи случајеви (члан 232):

- ако су одлучне чињенице у првостепеном поступку непотпуно или погрешно утврђене;
- ако се у поступку није водило рачуна о правилима поступка која би била од утицаја на решење ствари; или
- ако је диспозитив побијаног решења нејасан или је у противречности са образложењем.

У ова три случаја, дакле, другостепени орган има две могућности након поништавања. Прва је да недостатке отклони сам или преко првостепеног органа или неког замољеног органа, након чега ће, с обзиром на резултат допуњеног поступка, одлучити о предмету сам, а првостепено решење поништити. Друга могућност је да само поништи првостепено решење и врати предмет на поновно одлучивање првостепеном органу. Тако може поступити увек када нађе да ће ове недостатке првостепени орган брже и економичније отклонити. Ако се определи за ову могућност (што се најчешће дешава у пракси), мора указати првостепеном органу на недостатке, тј. у ком погледу треба да употпуни поступак. Првостепени орган треба одмах да поступи по другостепеном решењу и да ново решење донесе без одлагања, а најкасније у року од тридесет дана од пријема предмета. Против новог решења странка има поново право жалбе, јер и такво решење има карактер првостепеног решења.

Најзад, последња категорија недостатака који су изричито нормирани, односи се на случајеве у којима је другостепени орган дужан након поништавања да сам реши ствар, тј. не може предмет више враћати првостепеном органу. То су следећи недостаци (члан 233, став 1):

- ако су у првостепеном решењу погрешно оцењени докази;
- ако је из утврђених чињеница изведен погрешан закључак у погледу чињеничног стања;
- ако је погрешно примењен правни пропис на основу кога се решава ствар; или
- ако је на основу слободне оцене требало донети другачије решење.

Ради се о недостацима за које се претпоставља да не би било економично и ефикасно остављати првостепеном органу да их отклања, јер би другостепени орган морао потпуно прецизно да му укаже како да поступи, а тада је боље да то сам учини. Осим тога, будући да се ради о грешкама у процени, постоји могућност да би првостепени орган те грешке поновио.

Последње овлашћење које има другостепени орган у жалбеном поступку јесте да првостепено решење измени. Измена првостепеног решења подразумева овлашћење другостепеног органа да након мериторног разматрања законитости и правилности решења ствар реши другачије него што је то учинио првостепени орган. У ЗУП-у су изричито нормиране три ситуације у којима може доћи до измене првостепеног решења.

Први случај је везан за решење које је законито, али није целисходно. Наиме, другостепени орган ће изменити решење и поред тога што је правилно у погледу утврђених чињеница и у погледу примене закона, ако се циљ због којег је решење донето може постићи и другим средствима повољнијим по странку (члан 233, став 2). Из такве формулације произилази да су у питању решења којима се странци намећу одређене обавезе, а да није вођено рачуна о начелу заштите права грађана и заштите јавног интереса (члан 6, став 1), по коме, ако се на основу закона странкама налажу какве обавезе, примењиваће се мере предвиђене прописима које су за њих повољније, ако се таквим мерама постиже циљ закона.

Други случај представља измену првостепеног решења у корист жалиоца *(Reformatio in melius)*. У питању је измена првостепеног решења у корист жалиоца мимо захтева који је жалилац поставио у жалби, али мора бити у оквиру захтева који је постављен у првостепеном поступку. Тада другостепени орган може, ради правилног решења ствари, изменити првостепено решење поводом жалбе, ако се тиме не вређа право другог лица (члан 234, став 1). По правилу, другостепени орган решава у оквиру жалбеног захтева, али ради правилног решења ствари, може из тих оквира изаћи. При томе не долази само до заштите објективне законитости, већ и до заштите права странака.

Најзад, трећи случај измене је измена првостепеног решења на штету жалиоца *(Reformatio in peius)*. И овде се ради о излажењу из оквира жалбеног захтева, али овога пута на штету онога ко је жалбу изјавио. Измена на штету жалиоца је начелно забрањена у управном поступку, као што је то случај и у другим поступцима, јер би постојање такве генералне могућности обесхрабривало странке да изјаве жалбу.[4] Међутим, ако се ради о одређеним најтежим повредама закона, учињеним првостепеним решењем, од ове забране се ипак одступа, а ради заштите објективне законитости, односно правилности решења. Исто тако, од ове забране се може одступити и због заштите јавног интереса, када би били угрожени живот и

[4] У аустријском и немачком ЗУП-у измена на штету жалиоца уопште није изричито предвиђена. Међутим, у немачкој теорији је спорно да ли таква могућност ипак постоји, с обзиром на то да је неки посебни прописи предвиђају, а томе у прилог говори и схватање Савезног управног суда (в. Ule-Laubinger, наведено дело, стр. 224).

здравље људи, јавна безбедност, јавни мир, поредак, јавни морал или би могли наступити поремећаји у привреди. Тако је у ЗУП-у предвиђено да се измена првостепеног решења може вршити на штету жалиоца само из оних разлога који представљају основ за примену три ванредна правна средства: поништавање и укидање по основу службеног надзора, ванредно укидање и оглашавање решења ништавим.

Другостепено решење се мора донети и доставити странци што пре, а најкасније у року од два месеца од дана предаје жалбе, ако посебним прописима није одређен краћи рок (члан 237, став 1). То значи да није довољно да другостепени орган у овом року реши ствар, већ је дужан и да решење достави странци. Посебним прописима се рок може скратити, али не постоји могућност да се одреди рок који би био дужи од два месеца.

Поступак по жалби никада се не води по службеној дужности, већ само на захтев жалиоца. То подразумева да странка може и одустати од жалбе а тада се поступак мора обуставити закључком (члан 237, став 2). У овој одредби ЗУП-а није прецизирано до којег момента странка може одустати од жалбе, али се подразумева да је то до доношења другостепеног решења.

Другостепено решење се не доставља директно странкама, већ другостепени орган, по правилу, шаље своје решење са свим списима предмета првостепеном органу, који је дужан да достави решење странкама у року од осам дана од дана пријема списа (члан 238). Међутим, то не значи да је искључена могућност да другостепени орган ипак сам достави решење странкама, ако сматра да је то економичније и ефикасније. Формулација да се то „по правилу“ врши посредством првостепеног органа, значи само да ће то најчешће бити случај у пракси, али не и да би директно достављање странкама од стране другостепеног органа било незаконито. Смисао достављања другостепеног решења преко првостепеног органа јесте да се првостепени органи упознају са грешкама које су учинили и да се на тај начин у будућности постигне уједначавање праксе.

2.3. Ванредна правна средства

Ванредна правна средства су таква правна средства која се могу користити против коначних, извршних и правноснажних управних аката, тј. аката који се иначе не би могли редовно оспоравати. Због тога поступак по ванредним правним средствима не представља уобичајену фазу управног поступка, него у одређеном смислу нови поступак. Ванредно правно средство се може употребити само ако нема редовног, тј. ако је већ

искоришћено.[5] Када се заврши жалбени поступак, или ако странке пропусте да изјаве жалбу, или ако жалба није допуштена, решење постаје коначно. Таква решења су дефинитивно уобличена од стране управе и она, начелно, не би више могла такав акт да разматра. Једина уобичајена (редовна) могућност која у таквим случајевима преостаје незадовољној странци, јесте да поднесе тужбу за покретање управног спора код надлежног суда. Након тога, управни акт постаје правноснажан и, принципијелно посматрано, не би се више могао уопште поништавати, мењати и укидати.

Међутим, могуће је да и након свих провера неки управни акти садрже одређену незаконитост. За неке од незаконитости, закон не пружа никакву заштиту, јер су у питању повреде закона блажег карактера. Свака грешка у процедури, утврђивању чињеничног стања или примени правног прописа не представља увек довољан разлог да се допусти преиспитивање коначног, извршног или правноснажног управног акта. Ако су грешке мањег значаја, правна сигурност и стабилност имају превагу над потребом за отклањањем незаконитости, па се такви акти остављају непромењливим и то заједно са грешком коју садрже. Међутим, због заштите објективне законитости, а и заштите права и правних интереса странака, за теже повреде закона се допушта могућност неуобичајеног, нередовног оспоравања управног акта. То су ванредна правна средства.

Основи за употребу ванредних правних средстава су, начелно, исти као код редовних правних средстава, с тим што су сужени по обиму. Пре свега, ванредна правна средства се могу употребити само уколико одређени управни акт садржи грешку у погледу законитости, а не и целисходности. То значи да се грешка у вршењу дискреционе оцене не може контролисати употребом ванредних правних средстава. То може бити предмет контроле само у другостепеном – жалбеном – поступку. Но, с друге стране, разлог за употребу ванредног правног средства не може бити ни било каква повреда закона, већ само теже повреде које су у ЗУП-у прецизно набројане. Штавише, те незаконитости су чак и рангиране спрам своје тежине, у оквиру различитих ванредних правних средстава.

Према томе, ванредна правна средства представљају изузетну могућност за побијање законитости коначних, извршних или правноснажних управних аката. Право на њихово коришћење је, у односу на жалбу, знатно сужено. Код ванредних правних средстава се превага даје заштити законитости и заштити права и правних интереса грађана и организација, у односу на непромењливост и правну сигурност, који иначе представљају битне разлоге и оправдање правноснажности и коначности.

[5] *Remedium extraordinarium locum non habet nisi deficit ordinarium.*

Сва ванредна правна средства су у ЗУП-у рангирана спрам разлога за њихову употребу, а нека од њих се могу користити против коначних управних аката, нека против извршних, а нека против правноснажних. При томе је за управни поступак карактеристично и постојање ванредног правног средства које омогућава уклањање потпуно законитог решења ради заштите јавног интереса (ванредно укидање): У ЗУП-у је предвиђено седам ванредних правних средстава, а то су: понављање поступка, мењање и поништавање решења у вези са управним спором, захтев за заштиту законитости, поништавање и укидање по основу службеног надзора, укидање и мењање правноснажног решења уз пристанак или по захтеву странке, ванредно укидање и оглашавање решења ништавим.

2.3.1. Понављање поступка

Понављање поступка је ванредно правно средство чијом применом се окончан поступак понавља, тј. поново се изводе одређене процесне радње, поново расправља и одлучује. За понављање поступка је карактеристично да се не врши због процесног материјала који је био познат у тренутку одлучивања, већ због материјала који је постао познат након доношења одлуке, било зато што је накнадно стечено сазнање о томе, било што су одређене чињенице и околности касније наступиле.

Претпоставка за вршење понављања јесте да је у питању поступак који је окончан решењем против којег се не може користити редовно правно средство (коначно решење), а разлози за понављање су груписани у једанаест категорија (члан 239):

1) *ако се сазна за нове чињенице или се нађе или стекне могућност да се употребе нови докази који би, сами или у вези са већ изведеним и употребљеним доказима, могли довести до другачијег решења да су те чињенице, односно докази били изнети или употребљени у ранијем поступку.* У питању су чињенице и докази који су постојали већ у време вођења управног поступка, једино није постојала могућност да се употребе, било зато што се за њих није знало, или се знало али није постојала објективна могућност (нпр. знало се за одређеног сведока, али је он био одсутан из земље). Битно је да нису у питању чињенице и докази који су наступили после доношења коначног решења, јер то не представља разлог за понављање, већ може једино бити основ за вођење новог управног поступка. Међутим, све нове чињенице и докази нису довољан основ за понављање управног поступка, већ само ако су таквог значаја да би могли довести до другачијег решења (самостално или у вези са већ изведеним доказима) да су били благовремено употребљени, односно изведени. О

томе се стара службено лице које води поступак. Понављање по овом основу се може тражити само ако странка без своје кривице није била у стању да у ранијем поступку изнесе чињенице и доказе због којих тражи понављање;

2) *ако је решење донето на подлози лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака, или ако је дошло као последица дела кажњивог по кривичном закону.* Лажна исправа је исправа која је састављена са неистинитом садржином или је преиначена, док лажни искази сведока или вештака представљају свесно изношење неистинитих података, или неизношење релевантних података, односно њихово прећуткивање. За утврђивање и једног и другог је надлежан одговарајући суд у кривичном поступку, а те чињенице се у поступку понављања јављају као претходно питање, које орган не може сам решити, већ мора сачекати одлуку суда. Међутим, изменама и допунама ЗУП-а из 1986. године (члан 243, важећег Закона) предвиђено је да се поступак може поновити и ако се кривични поступак не може спровести, или ако постоје околности због којих се поступак не може покренути. У таквим случајевима, службено лице надлежног органа за понављање ће, пре доношења закључка о понављању, тражити обавештење од органа надлежног за кривично гоњење да ли је кривични поступак обустављен или постоје околности због којих се не може ни покренути (нпр. имунитет и сл.). Међутим, не мора се тражити ни обавештење ако је наступила застарелост кривичног гоњења, смрт лица на чију се кривичну одговорност указује или ако иначе само службено лице може са сигурношћу утврдити околности због којих се кривични поступак не може покренути. Друга кривична дела која су проузроковала доношење решења нису изричито наведена у ЗУП-у, као ни ко их је учинио. То може бити нпр. злоупотреба службеног положаја, мито, превара, принуда и сл.;

3) *ако се решење заснива на пресуди донетој у кривичном поступку или у поступку по привредним преступима, а та пресуда је правноснажно укинута.* У време доношења решења надлежни орган је био везан пресудом која се односи на неко питање од претходног значаја за решавање у главној ствари. Ако се пресуда укине (не мора бити и поништена), нестаје везаност, односно престаје подлога која је постојала у време решавања;

4) *ако је решење повољно за странку донето на основу неистинитих навода странке којима је орган који је водио поступак био доведен у заблуду.* Ако би због истог разлога било донето неповољно решење по странку, не би се могло дозволити понављање, већ би то, у ствари, онда била нека врста санкције за странку;

5) *ако се решење органа који је водио поступак заснива на неком претходном питању, а надлежни орган је то питање касније решио бит-*

но другачије. Овде се ради о томе да је орган управе сам решио претходно питање и на томе засновао своје решење, а није прекидао поступак и чекао да питање реши надлежни орган.;

6) *ако је у доношењу решења учествовало службено лице које је по закону морало бити изузето*. Ради се о апсолутним разлозима за изузеће из члана 32 ЗУП-а, због чијег постојања је изузеће обавезно. Међутим, да би се дозволило понављање из овог разлога, потребно је да се испуне још два услова негативног карактера (члан 240, став 2 и 3), а то су: да странка без своје кривице није била у стању да у ранијем поступку изнесе ову околност, односно понављање се не може тражити ако је то већ без успеха изнето у ранијем поступку;

7) *ако је решење донело службено лице надлежног органа које није било овлашћено за његово доношење.* Овде није у питању повреда прописа о надлежности (орган је био надлежан), већ о повреди прописа о службеном лицу овлашћеном за решавање. Сва службена лица надлежног органа не могу доносити решења у управном поступку, већ је то овлашћење, пре свега, предвиђено за старешину, а остала лица морају имати посебно овлашћење. И по овом основу странка може тражити понављање само ако без своје кривице није могла на ту околност да укаже у ранијем поступку, односно не може тражити понављање ако је тај разлог већ био безуспешно изнет у ранијем поступку;

8) *ако колегијални орган који је донео решење није решавао у саставу предвиђеном важећим прописима или ако за решење није гласала прописана већина.* У ЗУП-у су садржане одредбе (члан 192, став 2) о саставу колегијалног органа и о потребној већини за гласање, тако да колегијални орган може решавати ако је присутно више од половине чланова, а решење се доноси ако за њега гласа већина присутних чланова, ако законом или другим прописом није предвиђена посебна већина. Но, и за овај разлог важи претпоставка да странка није могла без своје кривице у ранијем поступку да га изнесе или ако га је изнела да то није било неуспешно;

9) *ако лицу које је требало да учествује у својству странке није била дата могућност да учествује у поступку.* С обзиром на то да се управни поступак не може водити без активне или пасивне странке, ова одредба се превасходно односи на трећа лица која имају право да учествују у управном поступку ради заштите својих права и правних интереса. Но, таква лица не могу тражити понављање ако су у ранијем поступку већ безуспешно тражила да им буде признато својство странке, али је надлежни орган нашао да немају потребну легитимацију за странке;

10) *ако странку није заступао законски заступник, а по закону је требало да је заступа.* И за овај разлог је у ЗУП-у предвиђено да странка не може тражити понављање поступка, ако је овај разлог већ изнела без

успеха у ранијем поступку. Међутим, у овом случају се та одредба показује као фактички беспредметна. Практично би то значило да је странка у ранијем поступку истицала да нема процесну способност, односно да треба да је заступа законски заступник, а надлежни орган је одбио њен захтев. Но, ако странка има процесну способност или јој то орган признаје, она увек може поставити пуномоћника.

11) *ако лицу које је учествовало у поступку није била дата могућност да се, под условима предвиђеним у оквиру начела о употреби језика и писама (члан 16), служи својим језиком и писмом.* Ако је странка раније већ тражила да јој се омогући употреба њеног језика, а надлежни орган је нашао да нису испуњени прописима предвиђени услови, па је одбио захтев, тада то не може бити основ за понављање управног поступка.

Понављање управног поступка се увек ограничава само на оне чињенице које су утврђене у ранијем поступку, док се то не односи на случај ако је у међувремену вођен управни спор. Наиме, ако је решење по коме се тражи понављање било предмет управног спора, понављање управног поступка се не може дозволити у односу на чињенице које је суд утврдио у управном спору, већ само у погледу чињеница које је надлежни орган утврдио у ранијем управном поступку (члан 241). У односу на чињенице које је суд утврдио, може се тражити једино понављање управног спора.

О понављању увек решава онај орган који је донео коначно решење. Најпре испитује да ли је предлог благовремен, изјављен од овлашћеног лица и да ли је околност на којој се предлог заснива учињена вероватном. Ако било који од ових услова није испуњен, орган ће закључком одбацити предлог. Ако предлог не буде одбачен, надлежни орган се упушта у суштину предлога, тј. испитује да ли су околности, односно докази који се износе таквог карактера да би могли довести до другачијег решења, па ако утврди да нису таквог карактера да би могли довести до другачијег решења, предлог ће одбити својим решењем.

Ако предлог не буде одбачен, нити одбијен, надлежни орган ће донети закључак којим се дозвољава понављање поступка и истовремено одређује и обим у коме ће се поступак поновити. Понављање управног поступка не мора увек започети доношењем формалног закључка, већ предузимањем радњи којима се то врши. Наиме, ако је то према околностима случаја могуће, а у интересу је убрзања поступка, надлежни орган може, чим утврди испуњеност услова, прећи на радње које треба поновити, без доношења посебног закључка о дозволи понављања (члан 247, став 2).

Кад се дозволи понављање поступка, понављају се радње поступка које су раније изведене, а на које се разлози понављања односе (нпр. поново се саслушавају сведоци, вештаци, прибављају исправе и сл.). По пра-

вилу понављање радњи поступка врши другостепени орган, ако је он надлежан да одлучује о понављању, а само изузетно може наложити првостепеном органу да то учини, ако нађе да ће он те радње брже и економичније извршити, с тим да у одређеном року достави другостепеном органу материјал до којег дође након понављања поступка. Након понављања поступка надлежни орган доноси решење о ствари која је била предмет поступка. То решење може бити двојако, зависно од исхода понављања. Ако се и након понављања покаже да не постоје битно другачије чињенице и околности, оставиће се раније решење на снази, али се може и раније решење заменити новим, при чему надлежни орган може, зависно од околности случаја, раније решење поништити или укинути (члан 248).

2.3.2. Мењање и поништавање решења у вези са управним спором

Мењање и поништавање решења у вези са управним спором је ванредно правно средство које може да употреби орган против чијег решења је покренут управни спор. Ради реализације принципа економичности и ефикасности, дозвољава се надлежном органу да сам измени или поништи своје решење, уместо да се чека да то учини суд. Могуће је да надлежни орган у међувремену увиди своје грешке, а тада је најбоље да их он сам отклони. Тиме се отклања потреба за било каквом интервенцијом суда.

Да би дошло до примене овог ванредног правног средства потребно је да се испуне услови предвиђени у ЗУП-у (члан 251), а то су следећи:

- да је *благовремено покренут управни спор*. То значи да није довољно да само постоји могућност да управни спор буде покренут, него да је заиста покренут, као и да је тужба поднета у законом предвиђеном року;
- да *управни спор није окончан*. Након окончања управног спора не би било више никакве сврхе да орган управе мења или поништава своје решење, кад је већ суд о томе одлучио. С друге стране, након доношења одлуке у управном спору решење постаје правноснажно, па се по овом основу више и не би могло мењати;
- да *уважава све захтеве тужбе*. Ако надлежни орган не би уважио све захтеве тужбе, не би постојали разлози због којих је ово ванредно средство предвиђено (економичност и ефикасност), јер би суд морао да настави са радом у погледу осталих делова решења. Тада је боље да суд о свему одлучи;
- да *поништи своје решење из оних разлога из којих би суд могао поништити такво решење*. Тиме се надлежни орган ограничава, како не би своје овлашћење, када се покрене управни спор, ко-

ристио за било коју промену решења, него само из истих разлога из којих би то могао учинити суд;

- *ако се тиме не вређа право странке у управном поступку или трећег лица*. Формулација о заштити права странке, односи се, пре свега, на друге странке (ако је вишестраначка ствар), које нису покренуле управни спор, јер су права странке која га је покренула већ довољно заштићена. Међутим, то не искључује ни странку која је спор покренула. Исто тако, овом одредбом се посебно штите и права трећих лица која су у управном поступку учествовала ради заштите својих права или правних интереса или нису уопште учествовала, али би им изменом или поништавањем решења било повређено неко право.

Овакво решење доноси искључиво орган против чијег решења је покренут управни спор и оно увек делује уназад *(ex tunc)*, тј. од тренутка када је акт који је измењен или поништен почео да производи правно дејство. Ово није изричито предвиђено у ЗУП-у, али се закључак о таквом дејству решења изводи из чињенице да би судска пресуда у управном спору имала исто такво дејство. Међутим, поништавање и мењање решења у вези са управним спором не представља обавезу за надлежни орган, већ само могућност, коју би орган требало да користи увек када је несумњиво какав ће бити исход управног спора. Међутим, ово ванредно правно средство се у пракси ретко користи, већ органи најчешће чекају исход управног спора.[6]

2.3.3. Захтев за заштиту законитости

Захтев за заштиту законитости је ванредно правно средство које може да употреби једино јавни тужилац. Онако како је то формулисано у ЗУП-у (члан 252), право на подношење захтева за заштиту законитости је веома рестриктивно постављено и односи се на веома мали број решења. Јавни тужилац има право да подигне захтев за заштиту законитости ако је *у питању правноснажно решење донето у ствари у којој се не може водити управни спор, а није обезбеђена судска заштита ни изван управног спора, ако јавни тужилац сматра да је решењем повређен закон*. У ЗУП-у није прецизирано о којим законима је реч, тако да разлог за захтев за заштиту законитости може бити било која формална и материјална повреда закона.

[6] Понекад је чекање органа на одлуку суда проузроковано само тиме што им је тако једноставније, а осим тога, не постоји увек довољна доза самокритичности, да би се признала сопствена грешка.

Подношење захтева за заштиту законитости је право које припада само јавном тужиоцу, међутим, како у пракси државни, односно јавни тужилац ретко бива благовремено информисан о управним поступцима, странка која сматра да је испуњен услов за примену овог ванредног правног средства, може се са одговарајућим предлогом обратити тужиоцу.

Када расправи о захтеву за заштиту законитости, надлежни орган има овлашћење да захтев одбије (ако сматра да је неоснован) или да побијано решење укине. Овлашћење на поништавање решења није предвиђено.

Против решења надлежног органа поводом захтева за заштиту законитости никада се не може изјавити жалба, јер су у питању органи против чијих решења жалба иначе није допуштена.

2.3.4. Поништавање и укидање по основу службеног надзора

Ово ванредно правно средство представља вид управног надзора, односно управне контроле управе. Карактеристично за поништавање и укидање по основу службеног надзора јесте да се врши, првенствено, по службеној дужности, односно по сопственој иницијативи надлежног органа који врши надзор, мада је право иницијативе дато и другим субјектима. Предмет контроле могу бити само коначна решења донета у управном поступку.

Поништавање по основу службеног надзора представља овлашћење надлежног органа да уклони одређено решење из правног поретка са свим последицама које је до тада произвело. Надлежни орган ће поништити решење које је коначно у управном поступку по основу службеног надзора у следећим случајевима (члан 253, став 1):

1) *ако је решење донео стварно ненадлежан орган, а не ради се о повреди стварне надлежности која је предвиђена као разлог за оглашавање решења ништавим.* Повреда стварне надлежности о којој је овде реч, односи се на ствари које иначе представљају управне ствари, односно спадају у надлежност органа управе, али не конкретног органа који је решење донео. То је тзв. релативна повреда стварне надлежности;

2) *ако је у истој ствари раније донето правноснажно решење којим је та управна ствар другачије решена.* Према начелу правноснажности, у истој ствари се не могу донети два решења с различитом садржином, осим ако је прво решење било негативно, а друго позитивно – тада ова забрана не важи, јер негативна решења не могу стећи правноснажност;

3) *ако је решење донео један орган без сагласности, потврде, одобрења или мишљења другог органа, а ово је потребно по закону или другом пропису.* У питању су сложена решења за чију законитост је битно да у њиховом доношењу учествују два или више органа.;

4) *ако је решење донео месно ненадлежни орган*. Повреда месне надлежности значи да је стварно надлежни орган прекорачио границе свога подручја и донео решење које је у месној надлежности неког другог органа;

5) *ако је решење донесено као последица принуде, изнуде, уцене, притиска или друге недозвољене радње*. Није неопходно да недозвољене радње имају и обележја кривичног дела, што се тражи код понављања поступка, мада најчешће принуда, изнуда или уцена представљају кривична дела. У ЗУП-у нису дате дефиниције ових појмова, што подразумева да се суштински и не разликују од постојећих дефиниција у оквиру кривичног права. Поред ових радњи, разлог за поништавање решења по основу службеног надзора може представљати и ако је оно последица других недозвољених радњи које нису изричито наведене. Међутим, када било која од ових недозвољених радњи има и обележја кривичног дела, тада то истовремено представља и разлог за понављање управног поступка.

У вези са поништавањем решења по основу службеног надзора, изричито је предвиђено (члан 253, став 3) да разлог за ово ванредно правно средство не представља повреда стварне надлежности учињена од стране владе. Наиме, ако је за доношење решења надлежан орган управе, или управна организација, а решење донесе Влада, такво решење се не може поништити по основу службеног надзора зато што га није донео стварно надлежан орган. Ова одредба је условљена с обзиром на положај који Влада има у односу на органе управе и, везано с тим, да органи управе не могу у односу на њу вршити надзор, па ни поништавати њена решења. Могуће је само обрнуто – да Влада контролише управу.

Може се *укинути* решење које је коначно у управном поступку ако је њиме *очигледно повређен материјални закон*. Повреда материјалног закона није прецизирана у ЗУП-у, тако да то може бити било која повреда закона којим се установљавају права или обавезе.

Поништавање и укидање по основу службеног надзора представља овлашћење другостепеног органа. Но, ако њега нема, решење може поништити или укинути орган које је законом овлашћен да врши надзор над радом органа који је донео решење (то је најчешће Влада).

Против решења о поништавању или укидању по основу службеног надзора не може се изјавити жалба (против решења другостепених, односно надзорних органа иначе није допуштена жалба), већ се може непосредно покренути управни спор.

2.3.5. Укидање и мењање правноснажног решења уз пристанак или по захтеву странке

У оквиру овог ванредног правног средства разликују се два случаја. С једне стране, разликује се укидање или измена правноснажног решења којим је странка стекла неко право, а са друге укидање или измену решења које је неповољно за странку. И за један и за други случај услов је исти, да је у том решењу неправилно примењен материјални закон. Према томе, смисао укидања или измене налази се у усклађивању решења са законом.

Ако је у питању правноснажно решење којим је странка стекла неко право, а орган који га је донео сматра да је неправилно примењен материјални закон, може га укинути или изменити ради усклађивања са законом само ако странка, која је на основу решења стекла право, на то пристане и ако се тиме не вређа право трећег лица (члан 255, став 1). Пристанак странке је неопходан и ако је у питању измена обавезујућег решења, али на штету странке, тј. тако да јој се обавеза повећа. Према томе, у овом случају је иницијатива на доносиоцу решења, који сматра да је учинио материјалну повреду закона у корист странке и да треба да је отклони тако што ће положај странке учинити неповољнијим. Наравно, с обзиром на то да је таква промена формално искључена, мора прибавити сагласност странке. Међутим, странка није обавезна да се са оваквом променом сагласи, нити своју одлуку мора образлагати.

Измена или укидање решења које је неповољно по странку, а у смислу побољшања њеног положаја, врши се, по природи ствари, на захтев странке. Међутим, у овом случају су улоге обрнуте, што значи да треба надлежни орган такву промену да прихвати. Ни он, као ни странка у претходном случају, није обавезан да прихвати предложену промену. Једина обавеза органа, ако нађе да нема потребе да се решење укине или измени, јесте да о томе обавести странку (члан 255, став 2). Према томе, захтев странке за измену или укидање правноснажног решења нема карактер захтева на који орган мора реаговати започињањем поступка, него више карактер представке или молбе. Исто тако, ни обавештење органа да промену сматра непотребном, нема карактер негативног решења, па се против њега не може изјавити жалба, нити покренути управни спор. За измену или укидање неповољног решења важе исти услови као и за повољно решење, тј. да се ради о повреди материјалног закона и да се не вређају права трећих лица.

Укидање или измена правноснажног решења има правно дејство само у будућности, што значи да не производи никакав утицај на раније произведене ефекте решења.

За примену овог ванредног правног средства надлежан је првостепени орган који је донео решење, а другостепени орган само ако је својим решењем одлучио о ствари. То значи да је другостепени орган надлежан само ако је својим решењем мериторно решио одређену управну ствар, а не и ако је жалбу одбацио, одбио или поништио првостепено решење и вратио првостепеном органу ствар на поновно решавање. Примена овог правног средства није везана за рок.

2.3.6. Ванредно укидање

Ванредно укидање је ванредно правно средство које се примењује у односу на решења која не садрже никакву повреду законитости, већ због објективних разлога, односно због заштите примарних друштвених интереса.

Ванредно се може укинути извршно решење, ако је то потребно ради отклањања тешке и непосредне опасности по живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир и поредак или јавни морал, или ради отклањања поремећаја у привреди и ако се то не би могло успешно отклонити другим средствима, којима би се мање дирало у стечена права (члан 256, став 1).

За ово ванредно правно средство није предвиђен рок, али то свакако мора бити пре него што се реализује садржина решења. Након тога, укидање би било беспредметно, осим ако нису у питању решења којима се успостављају трајни односи (нпр. грађевинска дозвола, дозвола за обављање одређене делатности и сл.).

У случају да дође до ванредног укидања решења, могуће је да странка, која је тим решењем стекла одређена права, претрпи штету. Странка тада има право на накнаду штете, али само стварне штете, а не и изгубљене зараде. За решавање о накнади штете није надлежан орган управе, већ суд у парничном поступку (члан 256, став 4).[7]

2.3.7. Оглашавање решења ништавим

За најтеже повреде закона, које се са друштвеног аспекта никако и никада не могу толерисати, предвиђено је ванредно правно средство огла-

[7] Према ранијем тексту ЗУП-а, било је предвиђено да о томе решава онај суд који би био надлежан за решавање управног спора против решења о ванредном укидању. Међутим, то се ретко дешавало у пракси, јер су се судови у управном спору ретко упуштали у питање накнаде штете, већ су то обично препуштали парничном суду. Тиме је, у ствари, озакоњена досадашња пракса.

шавања решења ништавим. Решења која су ништава не могу никада стећи правноснажност, што значи да се у свако доба могу као таква огласити и уклонити из правног поретка. О грешци ништавости су дужни по службеној дужности да воде рачуна сви органи (првостепени и другостепени), па чак и суд у управном спору. Међутим, странка не може одбити да изврши ништаво решење све док га надлежни орган не огласи ништавим. У противном, странка би се, евентуално, изложила негативним последицама до којих долази због неизвршења управних аката. То значи да и ништаво решење производи правне последице (и за такво, као и за друга решења, важи претпоставка законитости), све док не буде уклоњено из правног поретка.

Разлози због којих се једно решење може огласити ништавим су у ЗУП-у (члан 257) прецизно набројани, а то су следећи случајеви:

1) *ако је решење у управном поступку донето у ствари из судске надлежности или у ствари о којој се уопште не може решавати у управном поступку.* У питању је апсолутна повреда стварне надлежности;

2) *ако би решење својим извршењем могло проузроковати неко дело кажњиво по кривичном закону*. При томе није важно о ком кривичном делу је реч, нити да до тога заиста дође, већ је довољно да постоји опасност да би кривично дело било проузроковано;

3) *ако извршење решења уопште није могуће*. Немогућност извршења решења може бити правна или фактичка;

4) *решење које је донео орган без претходног захтева странке, а на које странка није накнадно изричито или прећутно пристала*. У питању су решења која се доносе само на захтев странке, а не и по службеној дужности, а у таквим случајевима је и за покретање и за вођење поступка неопходно постојање захтева странке;

5) *решење које садржи неправилност која је по некој изричитој законској одредби предвиђена као разлог ништавости*. Круг разлога због којих се једно решење може огласити ништавим, дакле, није затворен у ЗУП-у, већ је остављена могућност да се посебним прописима предвиде још неке неправилности које решење чине ништавим. Међутим, у посебним прописима мора бити изричито предвиђено да одређене неправилности решење чине ништавим, а није довољно да се на општи начин помену неке грешке.

Решење се може у свако доба огласити ништавим и то по службеној дужности, по предлогу странке или државног, односно јавног тужиоца. Решење се може огласити ништавим у целини или делимично.

Против решења којим се неко решење оглашава ништавим или решења којим се одбија предлог странке или државног, односно јавног ту-

жиоца за оглашавање решења ништавим, може се изјавити жалба. Но, ако нема органа који би решавао по жалби, тада се може непосредно покренути управни спор (члан 258, став 3). Практично, жалба би се могла изјавити ако овакво решење донесе првостепени орган, а у осталим случајевима би се могао водити управни спор. На изјављивање жалбе, односно вођење управног спора, нема утицаја чињеница да поништено решење може бити решење које уопште није донето у управној ствари (што је предуслов за жалбени поступак, односно вођење управног спора), јер предмет контроле у овом случају није решење које је оглашено ништавим, већ решење којим се то оглашава.

Уместо закључка

Правна средства у управном поступку, као процесне радње које омогућавају незадовољним учесницима да побијају законитост или правилност управних аката, постављена су тако да се заштите права странака, али и јавни интерес.

Сва правна средства обележена су са два захтева, који могу бити и међусобно противречни. С једне стране, то је захтев за постизањем потпуне законитости и правилности, а са друге стране, постоји потреба за економичношћу и правном сигурношћу. Захтев за постизањем потпуне законитости и правилности би налагао вечито постојање могућности преиспитивања одлуке донете у управном поступку, све док и последња сумња у том погледу не би била отклоњена. Међутим, такав поступак би могао бити веома неекономичан, због дужине трајања, као што би стална могућност преиспитивања донетог акта директно утицала на смањење правне сигурности и извесности у правима и обавезама. Због тога су правна средства постављена тако да се постигне известан склад у остварењу ових захтева. Правним средствима се, најпре, омогућава нападање незаконитих и неправилних управних аката и елиминисање недостатака које такви акти садрже. Међутим, због остварења другог захтева, право на употребу правних средстава је ограничено роковима, осим за најтеже повреде закона, а након тога се више не дозвољава побијање одлуке.

Правна средства у управном поступку обезбеђују свеобухватну заштиту странака, али се међу њима налазе и нека која нису првенствено намењена заштити странака, већ заштити јавног интереса. У томе је управни поступак специфичан и другачији од судских поступака. У поређењу са другим правним поступцима, у оквиру управног поступка се предвиђају и

нека правна средства која не постоје ни у једној другој правној процедури. Наиме, у управном поступку постоје правна средства која омогућавају преиспитивање управних аката нижих органа по сопственој иницијативи органа који врше надзор над њиховим радом (поништавање и укидање по основу службено надзора). Тако нешто је немогуће у судским поступцима. Исто тако, за управни поступак је карактеристично правно средство које омогућава уклањање из правног поретка правноснажног решења ако се са тим сагласе орган и странка (укидање и мењање правноснажног решења уз пристанак или по захтеву странке). Коначно, у управном поступку постоји и правно средство које, суштински посматрано, и није правно средство, а што је незамисливо за судске поступке. Када је угрожен јавни интерес из правног поретка може бити уклоњено решење које не садржи никакав недостатак у погледу законитости (ванредно укидање). Све то, поред осталог, потврђује да је управни поступак сасвим специфичан и суштински другачији од судских поступака, иако на њих, формално посматрано, личи.

Dragan Milkov, PhD, Full Professor
Novi Sad School of Law

Legal Remedies in the Administrative Procedure

Abstract

The Administrative procedure contains all usual legal remedies known in other procedures (mainly judicial procedures). There is ordinary legal remedy and extraordinary legal remedies. Taking into consideration all legal remedies in the administrative procedure we can come to the conclusion that they guarantee rights of the participants in the procedure, but there are at the same time some legal remedies which serve to protect the public interest. The Administrative procedure is specific and different from other legal procedures because it contains some legal remedies which are not known in judicial procedures. Some of them allow to the higher authorities, using supervisory powers, to annul administrative decisions of the lower administrative bodies without. Also, we can find in the Administrative procedure legal remedies which can be used to remove some administrative decisions which are fully legal. The only reason is that their implementation can endanger public interest.

347.44

Др Јожеф Салма (Dr. Szalma József), редовни професор
Правног факултета у Новом Саду,
Дописни члан Војвођанске Академије наука и уметности

КАУЗА ОБЛИГАЦИОНИХ УГОВОРА

Сажетак: *Аутор анализира каузалистичка и антикаузалистичка становишта у доктрини и у упоредном облигационом (грађанском праву). Неки традиционални кодекси (немачки BGB из 1896. год, аустријски ABGB из 1811. год.) настанак и пуноважност уговора не условљавају допуштеним (правним, економским или мотивационим) разлогом, циљем обавезивања. Други кодекси, на чијем је челу француски Code civil (1804), настанак и пуноважност двострано обавезних уговора условљавају допуштеним правним циљем (код двострано-обавезних теретних уговора) или мотивом (код доброчиних уговора). У добром делу реформских кодификација (нпр. Мађарски грађански законик, из 1959.год. у периоду од 1988-1997. год. више пута ревидиран), прихвата се антикаузалистички став. Закон о облигационим односима Србије (1978. год., ревидиран 1993. год.) је задржао појам каузе. У Словенији нови ЗОО прихвата објективну теорију за теретне уговоре, а субјективну код доброчиних уговора. Нови хрватски кодекс о облигацијама прихвата само појам мотива, дакле субјективну теорију. Аутор анализира и новију судску праксу ВСС Србије (од 2000. год.), поводом каузе, уз констатацију да овај суд поништава уговоре, у складу са законом, уколико је правни или мотивациони циљ супротан јавном поретку, законским забранама или добрим обичајима. Аутор указује да антикаузалистичка доктрина и законодавство налазе да се појам каузе успешно замењује другим, од каузе јасније дефинисаним појмовима (правним институтима), као што су забрана или немогућност предмета уговора, недозвољени услов, приговор неизвршења, правно неосновано обогаћење. Швајцарски ЗОО (OR, Code des Obligations из 1911. год.) који је у много чему служио за узор ЗОО-у, није прихватио општи појам, односно*

општу примену каузе. Наравно, аутор не оспорава допринос каузалистичке доктрине.

Кључне речи: *Кауза (правни основ, циљ уговора), мотив уговора, услови настанка и пуноважности уговора*

I Појам каузе облигационих уговора (основна гледишта доктрине)

Постоје бројне теорије о каузи. Оне се у теорији о облигацијама уобичајено категоризују у две основне групе: као каузалистичке и као антикаузалистичке.

Каузалистичке теорије. (Domat, творац тзв. *класичне теорије*[1], и Capitant – in: De la cause des obligations[2], аутор *неокласичне теорије*) сматрају, да поред сагласности воља, пословне способности, предмета, и кад то закон захтева, битне (конститутивне) форме, за настанак пуноважних уговора је потребан и допуштени *циљ* (разлог обавезивања).

Међу каузалистима постоји спор о значењу циљно дефинисане каузе. Спор је везан за *ближе одређивање циља*. Око тога наиме, да ли је кауза економски, правни, морални или психолошки циљ (мотив).

До поделе присталица каузалистичке теорије дошло је поводом објективног или субјективног елемента, супстрата каузе, односно комбинованих елемената појма каузе. Присталице *објективне теорије* сматрају да кауза мора бити *иста* за обе или макар једну уговорну страну *у истим врстама уговора*. Будући да су сви остали услови (изјава воље, пословна способност, форма) настанка уговора једнаки за обе уговорне стране. То би тако требало да буде и са основом, каузом уговора, као разлогом обавезивања и једним од услова настанка и пуноважности уговора. Присталице објективног схватања каузу виде као правни или економски циљ

[1] V. Ripert et Boulanger, Traité de Droit civil d'aprè le Traitéde Planiol, tom II, Paris,1957, p. 280.

[2] Henri Capitant, De la cause des obligations, Paris, 1923, no 40. V. i: Macqeron, L' histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations, th., Paris, 1926. Chevrier, Essai sur l'histoire de la cause des obligations, th., Paris, 1929. Henri de Page, L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé, Bruxelles, 1957. Martin de la Moutte, L'act juridique unilateral, essai sur la notion et la technique en dorit civil, th., Toulouse, 1949, Ed. Comm. Paris,1951, 238.

(барем код синалагматичних, двострано обавезних, теретних уговора). (Економско објективно схватање код нас је заступао: Др. Андрија Гамс[3], а правно схватање заступа Др. Слободан Перовић[4]). Правни је циљ купца могућност да стекне својину на купљеној ствари. То је подједнако циљ сваког купца. Ако се кауза објашњава економским разлогом, онда се код двостраних теретних уговора циљ једне стране састоји у еквиваленту који обезбеђује давање друге стране. За разлику од објективних теорија, *субјективна теорија* сматра да је кауза као мотив за закључење уговора релевантна за настанак и пуноважност уговора и онда ако је тај субјективни *циљ различит* и код истих врста уговора (нпр. један купац заиста има мотив да стекне својину, али неко други жели да привређује са купљеном ствари, али опет трећи купује само зато што му се ствар допада, итд.). По објективном становишту субјективни циљеви не улазе или само изузетно улазе у појам каузе, а по субјективном гледишту, независно од тога да ли се ради о доброчиним или о теретним уговорима мотив улази у појам каузе и њена допуштеност условљава настанак и пуноважност свих врста уговора. Постоји гледиште о *морализовању уговора*[5] (код нас Слободан Перовић), што значи да циљеви уговорника било које врсте, морају да буду допуштени са становишта опште прихваћеног моралног поретка. Отуда су мотиви у саставу појма јавног поретка као опште границе слободе уговарања. Недопуштеност мотива повлачи последицу апсолутне ништавости уговора. На такве мотиве суд пази по службеној дужности (ex officio). По *мешовитом*, комбинованом или објективно-субјективном схватању (Maury)[6] објективни (економски или правни) појам каузе треба применити на двострано-обавезне уговоре, будући да су код њих узајамне обавезе

[3] Gams, Andrija, Kauza i pravni osnov, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/1959, стр. 170.

[4] Perović, Slobodan, Obligaciono pravo, 1973, стр. 211. Ibid, Zabranjeni ugovori, Beograd, 1975, стр. 190-191, 214-215. Ibid, Teorija o nedozvoljenoj kauzi u praktičnoj primeni, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-3/1972, стр. 447. V. i: Vedriš, Martin, Osnova po Zakonu o obveznim odnosima, Privreda i pravo, 1/1979, стр. 2. Šmalcelj Želimir, Dopuštena osnova ugovornih obaveza, Naša zakonitost, 1/1980. Vizner Boris, Da li je u pitanju pravni osnov (titulus iuris) ili glavni cilj (causa finalis) obveznog ugovora, Naša zakonitost, 8/1977, стр. 28.Cigoj Stojan, Obli-gacijsko pravo, Splošni del, Ljubljana, Pravna fakulteta, 1972, стр. 47-48 Ibid, sporovi u pogledu naknade ugovorne štete i uloga kauze ugovora, Privreda i pravo, 1-2/1985, стр. 24. V. i radove pisca ovih redova (Jožef Salma/ Szalma József): (1) O kauzi obligacionih ugovora, Pravni život, Beograd, br. 4/1985, стр. 421-437. (2) Kauza obligacionih ugovora, Pravo, teorija i praksa, Novi Sad, 7/1986, стр. 29-34. (3) A jogcím, Jogtudományi Közlöny (MTA Állam– és Jogtudományi Bizottságának folyóirata), Budapest, 3/1984, стр. 161-165.

[5] У француској теорији, в. Dorville, De l'intérét moral dans les obligations, th. Paris,1901.

[6] Maury, Jaques, Le concept et rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, Revue intern. Droit comp, 1951, стр. 493,495,497. Ibid, De l'erreur sur lasubstance dans les contrats à titre onéreux, Etudes Capitant,1939, стр. 491.

истовремене и међусобно условљене и у принципу еквивалентне. Субјективни појам каузе, као психолошки циљ уговорника, тј. као мотив, треба усвојити код доброчиних уговора, те допуштеним мотивом треба фаворизовати оног који преузима обавезу, наспрам оног који прима донацију без икакве накнаде.

Постоје и тзв. *диференцирајућа схватања*, која појам и суштину каузе покушавају да одреде на основу *поређења каузе са другим сличним установама* уговорног права, установљавајући сличности и разлике. Упоређујући са *предметом* уговора, аутори овог схватања указују да је кауза оно зашто се дугује (cur debetur)[7], а предмет је оно шта се дугује (quid debetur). Кауза је дакле сврха дуговања, а предмет је оно што се дугује (давање, чињење, нечињење), тј. dare, facere, non facere (praestare). У поређењу са *дејством* уговора, заједничко је да су и кауза и дејство, циљ уговора. Но, кауза је такав циљ који претходи закључењу уговора, тј. мора да постоји у тренутку закључењу уговора, а дејство, као коначан ефекат уговора – стварање права и обавеза између уговорних страна, – наступа тек по закључењу уговора. Први представља услов за настанак и пуноважност, а други је последица већ насталог уговора. Израз, синтагма „*правни основ*“ је правни хомоним, са различитим значењима у облигационом и у стварном праву. Са становишта уговорног облигационог права кауза, како је напред изложено, јесте један од услова настанка уговора, појам „инкорпорисан“ у уговору. Са становишта стварног права пак, целина уговора као таква, представља један од могућих правних наслова (iustus titulus), правних основа стицања својине или неког другог из својине деривираног стварног права (нпр. уговорне службености, хипотеке или другог заложног права). Познато је да се стварна права стичу на основу законитог правног основа (који може да буде уговор, али и неки други основ, нпр. закон, судска одлука) и начина стицања (modus aquirendi), као што су предаја ствари (у зависности од поседа или од врсте ствари, путем brevi manu, constitutum possessionis, traditio simbolica), и укњижба код непокретности. Дакле, правни основ у смислу схватања стварног права, може бити уговор, али и неки други индивидуални (пресуда) или изузетно и општи акти (закон).

Антикаузалистичке теорије. Schlossmann, у делу: Der Vertrag,[8] као и Ernst,[9] Rouast,[10] Dabin[11] сматрају да је циљ уговора, у функцији услова

[7] Rieg Alfred, Le rôle de la volonté dans l!acte juridique en droit civil Français, et Allemand, Paris, R. Pichon.R. Durand-Auzias,1961, стр. 250, тач. 245.

[8] Schlossman, Siegmund, Der Vertrag, Leipzig, Breitkopf und Härtel,1876.

[9] Ernst, La cause est-elle une condition essentilele pour la validité des conventions? Bibliothèque du jurisconsulte et du pub., 1826, том I., стр. 250.

настанка уговора contradictio in adiecto (супротност по себи). Циљ уговора је наиме, по њима, исто што је и дејство уговора. Другим речима, ефекат, производ уговора јесте, настанак обостраног (код двострано обавезних теретних уговора) или једностраног (код доброчиних уговора) потраживања, дакле настанак облигације. Ако би циљ (кауза) уговора био идентичан са дејством уговора – које настаје тек по настанку уговора, – тај циљ не може истовремено бити и услов настанка и пуноважности уговора. Циљ, у интерпретацији дејства (права и обавезе уговорника), логички не може претходити настанку уговора, не може бити услов настанка. Будући да циљ (дејство) не претходи уговору, већ је последица насталог уговора. Речју, не може се условити настанак облигационих уговора дејством уговора. То је правни нонсенс. Поред ове опште формално-логичке примедбе, постоје и оспоравања ближег (правног, економског, субјективног, објективног) одређивања појма каузе.

Каузалистичкој *економској теорији*[12] се приговара, да не дефинише каузу на једнак начин код двострано обавезних уговора и код доброчиних уговора. Код двострано обавезних уговора кауза се објашњава давањем друге стране, тј. појмом користи која настаје услед узајамних давања. Али, шта је корист? То је у једној варијанти економске теорије, – добит. Економска логика уговора јесте, да се за оно што се даје, добије што више. Тако нпр. код продаје неке непокретности, купац има економски мотив, да плати што мању цену, док продавац да добије што већу. Логички, међутим, само један од њих има, у економском смислу, добит. Купац има добит онда, када је уговорена у односу на тржишну цену мања цена, а продавац, напротив у случају, ако успе да постигне већу цену. Из тога би проистекло, да код двострано обавезних уговора само једна страна (која има добит) има каузу, а друга нема (која има економски „губитак“). Међутим, услови за настанак облигационих уговора (нпр. пословна способност, форма, итд.) морају да буду једнаки за обе стране (по начелу о равноправности уговорних страна у контракту), а не неједнаки (по принципу о равноправности странака у уговорним облигационим односима),[13] тако да не

[10] Rouast, André, A propos d'une livre sur la cause des obligations, Revue trimestrielle, 1923, стр. 395.

[11] Dabin, Jean, la thèorie de la cause, Bruxelles, 1919.

[12] В. нпр.Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage der Vertragsrisikos, 1971. Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis,1971. Lange, Heinrich, Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage, Festschrift für Gieseke,1959, стр.21. Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragsausfüllung, 3. Auflage, 1963. Ibid, Neue juristische Wochenschrift,52,361. Oertman, Die Geschäftsgrundlage, 1921. Schmidt-Rimpler, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, Festschrift für Nipperdey,1955, 1.

[13] В. чл. 2 важећег Закона о облигационим односима (1978, 1993).

може да се замисли конструкција уговора у смислу да (један од услова за настанак), кауза, за једну страну принципијелно постоји (добитна страна) а за другу, принципијелно и логички не постоји. Други приговор економској теорији јесте, да логички, код најправичнијих уговора, код уговора са узајамним еквивалентним престацијама, кауза не постоји, услед тога што код таквих уговора ни једна страна нема никакву добит: уговорена је тачно онолика цена колико роба на тржишту вреди. Тешкоћа је настала и код доброчиних уговора. Наиме, обвезник доброчиних уговора (нпр. код поклона поклонодавац) је онај, који умањује своју имовину, а у корист друге стране (нпр. код поклона поклонопримац). Код доброчиних уговора појам ових уговора, тј. у сагласност воља је инкорпорисана нееквивалентност. Ови уговори се дакле не могу објаснити путем добити (обе стране), јер добит има само прималац, стицалац. Економска, па и правна теорија о каузи, покушавају, да каузу облигационих уговора, код доброчиних уговора објасне, уместо економским, или правним, дакле објективним разлозима обавезивања, – субјективним разлогом, појмом намере за ослобађањем од обавезе друге уговорне стране (intentio liberalis).

Каузалистичкој *психолошкој теорији* (теорији о каузи као покретачу воље, побуде странака због којих су закључиле уговор некада тумачене у смислу битне заблуде о мотиву код доброчиних уговора),[14] се приговара да она у резултату не доводи до сигурности појма каузе, тј. до тражене истоврсности каузе у истим врстама уговора, чак ни за једну уговорну страну. Ни код двострано-обавезних теретних, нити код доброчиних уговора. Наиме, психолошка теорија (нпр. француски аутор, Maury, иначе творац тзв. објективно-субјективне, или мешовите теорије) полази од тога, да правно релевантан разлог закључења (кауза) уговора, треба наћи у психолошким покретачима воље, у *мотивима*, побудама, како код доброчиних, тако и код теретних уговора. Зашто купујемо неки производ? Неки купци се одлучују из разлога што им се производ допада. Неки купују да би задовољили свакодневне потребе (намирнице). Неки пак из разлога што са купљеним добром желе да постигну неки економски ефекат (нпр. да непокретност дају у закуп), итд. Купац, дакле, једна иста страна истог типа уговора (купопродаја), може имати врло различите мотиве, различите психолошки одређене покретаче, разлоге обавезивања. То исто вреди и код доброчиних уговора, – поклонодавац обдарује поклонопримца из врло различитих мотива, нпр. да би неког члана породице, или пријатеља обрадо-

[14] В. нпр., Golta, Hanno, Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag. Stötter, Der einseitige, beiderseitige und gemeinsame Irrtum unter besonderer Berücksichtigung der Abgrenzung gegen die Lehre von der Geschäftsgrundlage, Diss., Heidelberg, 1956.

вао, да га економски помогне, да га награди за успех, итд. Психолошки циљеви (мотиви) су дакле и код доброчиних и код теретних уговора, чак и ако се ради о макар једној страни истог типа уговора, – веома различити, те као такви, врло су несигурна одредница каузе, као услова настанка и пуноважности уговора. Проблем је у томе, да мотив у тренутку настанка уговора може да постоји, а да доцније отпадне. Ако је то чињенично тако, онда би смо морали разликовати мотиве у тренутку настанка и тренутку дејства (трајања) уговора, те прве сматрати правно релевантним, а друге ирелевантним, да би смо уговор „стабилизовали." Међутим, у традиционалним правилима о доброчиним уговорима, видимо да то није тако, или није могуће: Код поклона постоји накнадно уважавање отпадања мотива. Ради се о правно признатим разлозима, мотивима опозива поклона. То је случај код недостојности поклонопримца, или код осиромашења поклонодавца. Мотив, који је иницијално био услов настанка уговора, простире се и на „подручје" после дејства, чак и на укидање својинске „реализације" уговора. „Продужени мотив" мотив настанка и мотив опозива уговора, дакле, код доброчиних уговора, чини уговор несигурним. То је у супротности са традиционалним одређењем уговора – као закона за странке (pacta sunt servanda). Истина, дошло је до пробоја каузе као иницијалног услова за настанак и пуноважност уговора, на дејство уговора. Ради се о институту промењених околности (clausula rebus sic stantibus) са геслом – уговор важи онако како је уговорено – под условом, да код трајних теретних облигационих уговора, услови из времена закључења, у тренутку извршења, се битно не промене – услед непредвидљивих, од стране странака свесно и сагласно неизазваних и неотклоњивих околности, тако да би довели до отежаног извршења уговора. Но, примена ове клаузуле, у кодексима XX. века је осцилирала између либералних (широких) и рестриктивних услова.

Каткад је долазило до мешања улоге каузе као услова настанка, и каузе у смислу дејства уговора. У тренутку закључења уговора кауза је према цивилном закону, била ствар индивидуалног интереса уговорних страна, а у времену извршења постајала је призма кроз коју је суд вршио накнадну процену, „контролу" савести странака, уз помоћ појма јавног поретка.

Казуалистичка *правна теорија* је, – упркос томе што је у литератури позитивно оцењено да је настојала да објективизира појам каузе, и покушала да каузу, макар у двострано-теретним уговорима, барем за једну страну, учини једнаком и истоветном, – трпи критику. Наиме, неокласична

теорија француског аутора Henri-ja Capitant-a, је сматрала, да је кауза правни појам. Циљ је сваког купца једнак, он жели да стекне право својине на купљеној ствари. Тај виртуелни циљ не постоји онда, ако за неки предмет уговора у тренутку закључења постоји (правна) препрека за постизавањем тога циља, нпр. мораторијум за промет неког добра. Не ради се дакле о забрањеном предмету, него о томе, да постоји препрека за стицањем права својине од стране купца. Приговори овом схватању су следећи: 1) Истина је да постоје типови уговора код којих је правни циљ оба уговорника идентичан, па је тиме захтев за истоветношћу код услова настанка и код каузе испуњен. Тако нпр. правни циљ купца у моменту закључења уговора јесте могућност да стекне право својине на предмету уговора, а правни циљ продавца јесте могућност да стекне својину на уговореној количини новца, као цени куповине. 2) Истина је и то, да код других типова двострано-обавезних уговора правни циљ није једнак за обе уговорне стране. Нпр. код закупа правни циљ закупца је могућност несметаног коришћења закупљене непокретне или евентуално непотрошне покретне ствари. Правни циљ закуподавца је међутим, посве различит, то је могућност стицања својине на уговореној количини новца, коју закупац плаћа на име закупнине.

Свим каузалистичким теоријама приговара се и тиме што по антикаузалистима, кауза може бити објашњена и другим, пуно извеснијим појмовима, односно, да је кауза правни синоним за предмет уговора. Када се анализира класична теорија о каузи, теорија француског аутора Дома-а (Domat, XVII. век), та врста приговора и њена основаност, се може на најпластичнији начин показати. Дома је разликовао каузу теретних и каузу доброчиних уговора. Код теретних уговора, он је био близак правном схватању по томе што је сматрао да је кауза једне стране у обавези друге стране. Једна страна се обавезује зато, што чинидбу има и друга страна. Код доброчиних уговора, међутим прихвата субјективно, мотивационо схватање. Пошто код доброчиних уговора не постоји узајамно обавезивање, кауза обвезника (дужника) се састоји у намери за ослобађањем обавезе друге стране. Кауза обдареног пак се и не разматра, пошто он и није дужан. Ако се задржимо на Дома-овом објашњењу каузе код двострано-обавезних уговора, видимо, да кауза уговора није ништа друго, до обавеза друге уговорне стране. Правно гледано, то је тако, поготову код тзв. савршених, билатералних, по престацијама странака истовремено узајамно условљених двострано обавезних уговора (contractus bilateralis aequalis). Као што је нпр. уговор о купопродаји. Код њих постоји истовремена, а не одложена условљеност „do ut des“– (једна страна даје ради давања друге

стране). За случај да се не поштују истовремена и узајамна условљеност давања, установљен је приговор excepcio non adimpleti contractus (приговор неизвршења). Шта би била кауза, до обавеза друге стране, тј. предмет престације друге стране. Не ради се дакле само о обавези, тј. о правној категорији, о нечему што је пуко обећање и потраживање, већ и о давању, о предмету престације. Тиме се кауза поистовећује са предметом уговора. Који наравно, мора правно да буде допуштен и могућ.

II Каузалистички и антикаузалистички закони (ставови упоредних грађанских кодекса, став ЗОО-а)

Ставови доктрине су значајно утицали на грађанске кодексе. У континенталном европском праву, неки кодекси су прихватили каузалистичку доктрину, а други пак, антиказалистичко схватање. На челу *каузалистичких* становишта стоји француски Code civil (1804).[15] Бројни су класични оригинални или реципирани европски цивилни кодекси донети у XIX веку који не условљавају настанак и пуноважност уговора ни постојањем правног основа, разлога закључења уговора, нити мотива странака. Могло би се рећи да су *антикаузалистички закони* у већини. Такви су нпр. Аустријски Општи Грађански законик из 1811. г. (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch),[16] Немачки Грађански законик из 1896. г. (Bürgerliches Gesetz-

[15] B. Code civil, cent déuxième édition (redigé avec le concours de Alice Tisserand, George Wiederkehr, François Jacob, Xavier Henry et Guy Venandet, Dalloz), Paris, 2003, стр. 920-925, art. 1131-1133.

[16] B. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Codex des östererichischen Rechts, 9. Auflage, Stand 1.10.2003., LexisNexis ARD Orac, Taschen-Kodex, Wien, 2003, стр. 176-186, пар. 861-901 (одредбе о условима настанка и пуноважност уговора). По одредбама о настанку и пуноважност уговора АОГЗ тражи сагласност воља (пар. 861-864), укључив слободну и стварну вољу (пар.869-877), пословну способност уговорника (пар. 865), могућност и допуштеност предмета (пар.878-880a) и правила о форми када је форма предвиђена законом (уз принцип неформалности) (пар. 883-886). Према одредбама пар. 864 а (изм. BGBl 1979/140) неуобичајени садржај општих услова пословања или уговорних формулара, које је користила једна од уговорних страна, неће се сматрати саставним делом уговора ако садржи за другу страну нарочито неповољне обавезе. По пар. 878. предмет уговора мора бити могућ и допуштен. А пар. 879. ст. 1. одређује да је ништав уговор који је противан законској забрани или добрим обичајима. Ст. 2 истог члана набраја конкретне забрањене уговоре. Једино пар. 901 говори о *мотиву*. Ако су странке *мотиве и коначан циљ њиховог уговора* изричито уговориле *као услов настанка уговора*, онда *мотив и коначан циљ имају третман услова уговора*.У погледу услова по пар. 897 важе одредбе о услову прописаних за тестамент. (Пар. 696). Законик предвиђа раскидни и одложни услов од који први суспендује, а други успоставља дејство правног посла. По новијој аустријској

buch)[17], и Српски грађански законик из 1844.г. као претежно реципирани ОАГЗ. Швајцарски Закон о облигацијама из 1881. године, са новим текстом из 1911.г. (Obligationsrecht, Code des Obligations) је у основи антикаузалистички оријентисан.[18] Нацрт Закона о облигацијама Мађарске

литератури, Dr. Helmut Koziol, Dr. Rudolf Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band. I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 10. Auflage, Manz, Wien, 1995, стр. 132, странке приликом закључења уговора полазе од околности које су постојале, које ће наступити у време или после закључења уговора. Ако су се нашле у заблуди о тим околностима настаје питање о правном основу (Geschäftsgrundlage). Наравно странке могу да такве околности учине *условом* уговора (пар. 901). У овој одредби се ради о саопштеном мотиву који условљава дејство или укида већ настало дејство уговора. Питање је, да ли је овако схваћени правни основ увек заблуда о будућем мотиву и да ли се увек има уважити.Уважавање сваке заблуде о будућим очекиваним, али у време закључења уговора непознатим чињеницама доводио би до правне несигурности уговора. (Koziol-Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Wien, 1995, T. II. стр. 132).

[17] Немачки Грађански законик (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) не условљава настанак и пуноважност уговора неким правним, економским или психолошким циљем странака. Али, у параграфу 134. и 138. одређује да су ништави уговори који вређају законске забране и добре обичаје. В. нпр. Brox-Walker, Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004, стр. 31. тач. 15. В. надаље, Othmar Jauernig, P. Schechtriem, R. Stürner, A.Teichmann, M.Volkommer, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, C. H. Beck, München, 1997, стр. 74-79.; Bürgerliches Gesetzbuch, mit dem Einführungsgesetz zum BGB, Köln, 2005.стр. 53-54, BGB; Bürgerliches Gesetzbuch, 55. Auflage, Beck Texte im dtv, München, 2004, стр. 28-29. Немачка доктрина је каузу сагледавала не као услов настанка уговора, већ као појам који је везан sa извршење, тј. као чињеницу која најчешће наступа након настанка уговора, односно у контексту доцнијег отпадања првобитног циља странака. Правна релевантност тог схватања је у томе, да кауза није услов пуноважности уговора, него је услов испуњења. В. нпр. Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis (zu den Fällen der Zweckvereitelung); Studienkommentar zum BGB, 3. Buch, Par. 1-1296, 1972; Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, 1971; Hay, Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage in angloamerikanischen Recht, Archiv für zivilistische Praxis, 164, 231 и др. Занимљиво је схватање Ларенц-а (Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I. Allegemeiner Teil, 12 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1979, стр. 265, 266,267), према коме под изразом основа правног посла (Geschäftsgrundlage), треба разумети два значења: прво је субјективан основ настанка правног посла, а то су наиме представе које су уговорне стране приликом закључења правног посла имале за своју полазну (мотивациону) основу, за разлог обавезивања. У том смислу, у субјективне основе правног посла систематски припада веза са учењем о заблуди (из опште теорије грађанског права). Друга је објективна теорија која говори о томе, да је првобитни циљ странака доцније отпао, те је облигација остала без предмета.

[18] По чл. 17. Швајцарског закона о облигацијама, додуше Закон одређује, да је признање дуга пуноважно, осим се оно не противи каузи облигација. Но, чини се, да овом одредбом се не установљава општи појам каузе, тј. као услов настанка и пуноважности свих уговора. Своди се само на изјаву дужника о признању дуга, које важи ако то признање није противно сврси облигације. В. нпр. Codes des Obligations, Cancelerie federale, Payot, 2001, стр. 4. Исти кодекс пре наглашава забрањени предмет. У чл. 20. ст. 1. прописује да је

(Apáthy-јев кодекс, од 1865. год.), Предлог мађарског грађанског законика из 1928.г.[19], и најзад, Мађарски грађански законик из 1959.г. (у периоду од 1988-1997.г. више пута темељно ревидиран),[20] су антикаузалистички закони. Већина кодекса насталих у Европи, током XX. века (има их преко тридесет), не условљавају настанак и пуноважност уговора разлогом или

уговор ништав, ако је његов предмет немогућ, забрањен или противан добрим обичајима. (Ibid, стр. 5). Литература, полазећи од чл. 17. разликује апстрактне и каузалне правне послове. Изјаве о сагласности воља странака код апстрактних правних послова дате тако да основ правног посла није правно релевантан. Но одлука о томе, да ли ће странке закључити каузалан или апстрактан правни посао, зависи од њих самих, они одлучују, да ли ће међу њима настати апстрактан или каузалан правни посао. (Тако: Theo Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, siebte Auflage, Schultess Polygrafischer Verlag, Zürich, 1980, стр 89 тач. б). У швајцарској литератури други аутори (Bruno von Büren, in: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess u. Co.AG, Zürich, 1964, стр.186-187) поближе анализирају каузу код апстрактних правних послова (каква је нпр. писмена изјава о новчаном дугу – не мора бити признање дуга, – или пренос потраживања из хартије по наредби путем меничног индосамента, или хартије на име путем цесије потраживања). Односно, расправљају правне консеквенце апстрактности, због прећуткивања основа дуга. Апстрактност потиче из чињенице да је дужник прећутао основ дуга приликом давања пословне изјаве.Најстарија апстрактна изјава је римскоправна стипулација (Stipulatio). Код њега обећавалац не назначује основ обавезивања. У каснијем развоју римског права, међутим, у случају оспоравања обећања, морао се доказати постојање правног разлога обећања, иначе је обећање било непуноважно. Пандектистичка теорија (Gemeines Recht) је сматрала да апстрактна изјава о дуговању има за основ прећутно признање дуга. По Dernburg-у, у случају оспоравања основа, терет доказивања постојања, односно „откривања“ основа има обећавалац. (Тако, Dernburg, System des römischen Rechts, 18. Aufl., 1912., стр. 587/88).

[19] В. ин: A Magyar Magánjogi Törvénykönyv Javaslata (Mjt), 1928, – Предлог мађарског грађанског законика – у пар. 1750-1764. регулише правно неосновано обогаћење. Под неоснованим обогаћењем се, на основу пандектистичке доктрине подразумева правни основ, правни циљ правног посла који је од почетка недостајао, као и основ који је у почетку постојао, а доцније отпао.Ради се о неоснованости циља правног посла. Основна практична правна поледица овог схватања, јесте, да иницијалан или накнадни недостатак циља правног посла доводи до тужбе због неоснованог обогаћења и до реституције извршене обавезе (без правног основа) condictio indebiti. В. (ред.) Dr. Szladits Károly, Magyar magánjog, Kötelmi jog általános része, Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1941, стр 35-36.

[20] МГЗ (1959, са изменама почев од 1988 до 1997) не предвиђа каузу као услов пуноважности уговора. Али, у важећем тексту чл. 200. ст.. 2 одређује, да је *ништав* онај уговор који је *противан законском пропису*, или који је закључен *заобилажењем* (изигравањем) правног прописа, изузев ако за то правни пропис није што друго предвидео. В., Polgári Törvénykönyv, Polgári perrendtartás, Családjogi törvény, Bírósági végrehajtási törvény, Únió, Budapest, 2006,стр. 80. A polgári Törvénykönyv magyarázata (Коментар ГЗ), KJK-KERSZÖV, Budapest, 2002, том I, стр. 658. В. у литератури: Bíró György, Kötelmi jog (Облигационо право), közös szabályok, szerződéstan (заједничка правила, теорија о уговорима), Novotni Kiadó, Miskolc,2004, стр. 355-359.

мотивом обавезивања. По времену доношења, последњи, (настао крајем XX века, донет сукцесивно, део по део, у интервалу од 1970-2003) Холандски Грађански законик (Burgerlijk Recht) такође одустаје од каузе уговора.[21]

Од *антикаузалистичких закона* посебно би смо се осврнули на *АОГЗ (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Österreichs).* Иако је овај законик изоставио каузу, као што су то учинили и други антикаузалистички законици, као услова настанка и пуноважности уговора, тај Законик, ипак, посебну пажњу посвећује *„основу“ апстарктних правних послова*. Између апстрактних правних послова се нарочито издваја *асигнација* (упућивање – Anweisung). По аустријском аутору, Gschnitzer-у, асигнација, упућивање комитента адресовано банци, да исплати трећем неки износ, може бити са назнаком или без назнаке правног основа. Комитент, власник рачуна код банке може да затражи од банке да трећем исплати новчану суму „без образложења“, али може, и некада треба, да назначи и правни основ, нпр.:”платите „N.N”-у „Y” суму, по основу купопродајне цене, поводом уговора између комитента и трећег (N.N.) закљученог Q дана. (Titulierte Anweisung – упућивање са назнаком правног основа).[22] Мора се напоменути, да иако се код овакве асигнације изричито наводи правни основ, не мисли се на каузу у смислу услова настанка уговора (схваћеног у смислу француске доктрине), дакле појма унутар уговора, него о читавом уговору, у датом случају, о купопродаји који чини упућивање основаним. Аустријска теорија и судска пракса, о „правном основу“ (али исто у смислу iustus titulusa – дакле означења целине правног основа стицања –) говоре код *заблуде о мотиву,* а услед тога о недостатку, отпадању основа

[21] В. Versameling Wetgeving Burgerlijk Recht, Koninklije Vermande, Haag, 2003. Са предговором проф. Мр. В. Wessels-а. Законик је подељен на књиге, које обухватају поједине делове грађанског права, а ступиле су на снагу по тим деловима, када су довршене. Тако нпр, прва књига која је посвећена лицима и породичноправним односима ступила је на снагу 1970. године. Друга књига која регулише правни положај правних лица је донета 1976. године, а само имовинско право, обухваћено u трећој, петој и шестој књизи, ступило је на снагу 1. јануара 1992. године. Четврта књига, о наследном праву, ступила је на снагу 1. јануара 2003. године. Седма књига садржи поједине облигационе уговоре. Првог априла су ступиле на снагу обновљене, измењене одредбе уговора о раду, и то у 10 наслову седме књиге, итд. В. у наведеном издању, Предговор проф. Wessels-а, стр.V. У шестој књизи, која садржи опште одредбе о облигацијама (в. Versameling, стр. 358-399), нема речи о каузи уговора.

[22] В., Franz Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. neubearbeitete Auflage, von Christoph Faistenberger, Heinz Barta und Bernhard Eccher, Springer Verlag, Wien-New York, 1986,стр. 202, тач. 5. В. и пар. 1400 АОГЗ (ABGB) и пар. 363. Аустријског Трговачког законика (HGB, Handelsgesetzbuch).

(Mo-tivirrtum/Wegfall der Geschäftsgrundlage)[23], као и код *заблуде о основу суд-ског поравнања* (Irrtum über die Vergelichsbasis).[24] По мишљењу аустријске теорије и судске праксе, заблуду о основу судског поравнања чине све околности које су странке имале у виду код поравнања као постојеће и ко-је су странке, као такве, обострано прихватиле. Али, ако је о тим („саглас-ним") околностима постојала заблуда, то доводи до могућности нападања уговора.[25] Али, заблуда о нејасним или спорним околностима које се (у доказном поступку) имају упоредити, по себи не доводи до нападљивости поравнања. Заблуда дакле, о таквим, спорним околностима не доводи до нападљивости поравнања, што вреди и за промене у стању доказа.[26]

Основно је правило *француског Code civila*-а (čl. 1131) да облигације *без основа*, са *привидном* или *забрањеном каузом* не производе правно дејство. [27] По чл. 1132 овог законика уговор није ништав само зато што кауза *није изражена* (тј. што није видљива из уговора).[28] По даљим одредбама овог законика (чл. 1133) кауза је *недопуштена* ако је противна законској *забрани*, *добрим обичајима* или *јавном поретку*.[29] Новија француска литература сматра да је кауза оправдан појам,[30] налазећи нпр., да битна

[23] B., Franz Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. neubearbeitete Auflage, von Christoph Faistenberger, Heinz Barta und Bernhard Eccher, Springer Verlag, Wien-New York, 1986,стр. 86.

[24] B., Franz Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. neubearbeitete Auflage, von Christoph Faistenberger, Heinz Barta und Bernhard Eccher, Springer Verlag, Wien-New York, 1986,стр. 172.

[25] B., Franz Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. neubearbeitete Auflage, von Christoph Faistenberger, Heinz Barta und Bernhard Eccher, Springer Verlag, Wien-New York, 1986,стр. 172. B. и Entscheidungen des Österreichischen Gerichtshofes in Zivilsachen (1919-1938, 1946), 15/246.

[26] B., Franz Gschnitzer, Österreichisches Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. neubearbeitete Auflage, von Christoph Faistenberger, Heinz Barta und Bernhard Eccher, Springer Verlag, Wien-New York, 1986,стр. 172. Entscheidungen des Österreichischen Gerichtshofes in Zivilsachen (1919-1938, 1946), SZ 39/57.

[27] B. Code civil, Cent-deuxième édition, Dalloz, Paris, 2003, стр. 920: Cc, Art. 1131 „L' obligation sans cause, ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet."

[28] Cc, Art. 1132: La convention n'est pas moins valable, qoique la cause n'en soit pas exprimé. B. Code civil, Cent-deuxième édition, Dalloz, Paris, 2003, стр. 924.

[29] Cc, Art. 1133: La cause est illicit, quand elle est prohibé par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moers ou à l'ordre public. B. Code civil, Cent– deuxième édition, Dalloz, Paris, 2003, стр. 925.

[30] Billiau, Cause, Étude Ghestin, LGDJ,2001, p. 119;Chazal, Theorie de la cause et justice contratctuelle, Juris-classeur périodique, edition notariale/ JCP, 1998.I.152.

заблуда о каузи доводи до рушљивости уговора,[31] или да је сврсисходна ради контроле допуштености мотива (оба) уговорника који су их навели на закључење уговора, [32] или ради процене правичности уговора.[33] Има и аутора који појам каузе сагледавају у давању, одн. обавези дуге стране, тј. у реформулацији каузе код теретних облигационих уговора,[34] или кроз појам економског еквивалента (економије) у двострано обавезним теретним уговорима.[35] На исти начин, пракса француских судова код двострано обавезних уговора, претежно заступа правно гледиште, тј. да је кауза обавезе једне стране у обавези друге. Ако овако схваћена кауза не постоји, уговор је ништав.[36] Када је обећање једне стране код двострано обавезних уговора од почетка неизвршиво, друга уговорна страна није обавезна да изврши своје обећање.[37] Ако се ради о истовремено условљеним синалагматичним уговорима, отпада кауза када једна страна тужи другу ради извршења, а сама није спремна на извршење своје уговорене обавезе, када се правна последица своди на приговор неизвршења (exceptio non adimpleti contractus).[38] Ако код обавезе једне стране недостаје предмет, друга уговорна страна не одговара (није крива) за недостатак каузе (није обавезна да испуни своју обавезу).[39] У случају када је по среди доброчин уговор, кауза се састоји у мотиву који је инспирисао уговорну страну на преузимање (бестеретне) уговорне обавезе.[40] Судска пракса разликује основ (целине) облигације и каузу (уговора). Ако је кауза купчеве облигације у стицању права својине на ствари путем преноса од стране продавца, кауза купопродаје се састоји у тако одређеном мотиву. (Нап. Ј. С.: За разлику од целине уговора која представља основ стицања). То значи да је кауза одсутна ако купац нема такву намеру (тј. да стекне право својине, као нпр.

[31] Chauvel, Erreur substantielle, cause et équilibre contractuelle, Droit,1990/12, p. 93.

[32] Frémeaux, Le contrôle des motifs des actes juridique, Revue de la recherche juridique/RRJ. 2000/3, p. 977.

[33] Guéguen, Cause et justice contractuelle, Receuil Dalloz/D,1999. Chron. 352.

[34] R. Martin, Juris-classeur périodique, 1983, I. p. 3100.

[35] Moury, L' économie de contrat, Receuil Dalloz, 2000, Chron.382.

[36] Cour de cassation, Arrèt d'une chambre civile de la Cour de cassation, Civ., 30 déc. 1941, Requeil analytique de Jurisprudence et de législation Dalloz (années 1941 à 1944)/ DA 1942, p. 98

[37] Req. 17 mai 1938: Requeil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz/DH 1938. p.419. Com.15 janv 1973: Requeil Dalloz/D 1973,474, note Ghestin, Gaz. Pal 1973,2. 495.

[38]Arrèt d'une chambre civile de la Cour de cassation,/Civ. 3.12 juin 2001: Actualité juridique Droit immobilier/ AJDI 2002. 122. obs. Briand.

[39] Arrèt d'une chambre civile de la Cour de cassation,/Civ 3, 4 mai 1983: Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation/Bull.civ. III. no 103; Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)/RTD civ. 1984.113.

[40]Arrèt d'une chambre civile de la Cour de cassation/ Civ 1re, 6. oct.1959:Recueil Dalloz/ D.1960,515, note Malaurie.

код симуловане купопродаје).[41] Што се тиче неморалних уговора, тј. уговора чији је мотив или кауза неморалан, француска судска пракса сматра да уговор може да се поништи, ако је супротан моралу, и онда, ако странке нису биле свесне, нису знале, да су мотиви инкорпорисани и испољени у уговору забрањени или неморални.[42] Уговор је ништав и онда када је кауза недозвољена или неморална. Неморалан циљ, посебно мотив уговора, правног посла прдставља нпр. тестаментално искључење из наслеђа, жртве инцеста од тестатора који је инцест иницирао.[43]

Закон о облигационим односима (ЗОО, бив. YU, 1978, у бив. СРЈ измењен 1993.г.[44]) у целини гледано, у основи је реципирани Швајцарски Закон о облигацијама[45] који, као што смо видели, само „ограничено" примењује појам каузе (у смислу мотива). Али, у домену каузе, ЗОО, готово у потпуности прихвата каузалистички концепт француског *Code civil*-а. Темељна ревизија ЗОО-а из 1993-г. (са изменама око 70 чланова) није задирала у првобитне одредбе о каузи (основу) уговора. ЗОО, поред сагласности воља[46], пословне способности[47], допуштеног и могућег предмета[48], изузетно, кад то закон захтева, битне, конститутивне форме[49], код

[41] Arrèt d'une chambre civile de la Cour de cassation/Civ 1re,12 juill. 1989: Grand arrêts de la juisprudence français de droit international privé, par B. Ancel et Y. Lequette, 3e édition, 1998 (Dalloz)/ GAJC 11e éd /Bull.civ. I no 293; Grand arrêts de la juisprudence français de droit international privé, par B. Ancel et Y. Lequette, 3e édition, 1998 (Dalloz)/ GAJC 11e éd. No 155; Juris classeur périodique (Semaine juridique)/JCP 1990.II 21 546, note Dagome-Labbe, etc.

[42] Arrèt d'une chambre civile de la Cour de cassation/Civ 1re 7 oct.1998: Grand arrêts de la juisprudence français de droit international privé, par B. Ancel et Y. Lequette, 3e édition, 1998 (Dalloz)/ GAJC 11e éd /Bull.civ. I, no 285, etc.

[43] Jujement d'une tribunal de grande instance/TGI La Roche– sur Yon, 3. mai 1995: Requeil Dalloz/ D. 1997.13, note Vray.

[44] Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, бр. 29/1978. Ступио на снагу 1. октобра 1978. г. (Пажње је вредно, да је између осталог, овај закон као сваки други тадашњи савезни закон објављен, у аутентичном тексту између осталог, на мађарском и албанском језику. И по томе је сличан Швајцарском Закону о облигацијама, који је такође „вишејезичан", пошто је његов текст равноправан у Швајцарској, između ostalog, на немачком, француском, италијанском и ретороманском – тј. на равноправним службеним језицима). Измене и допуне: Službeni list SFRJ, br. 39/1985, 45/1989, Сужбени лист СРЈ, бр. 1993. године.

[45] Будући да Скица за Законик о облигацијама и уговорима М. Константиновића (Београд, Правни факултет, 1969), као подлога ЗОО-а, у концепту и у доста детаља, претежно, иначе веома добро компоновани, превод швајцарског Закона о облигацијама, са извесним примесама решења Аустријског Општег Грађанског законика.

[46] В. чл.26-45. ЗОО.

[47] В.чл. 54-59. ЗОО.

[48] В.чл. 46-50 ЗОО.

[49] В. чл. 67-73. ЗОО.

свих облигационих уговора, као услов настанка и пуноважности захтева допуштен основ (каузу).[50] ЗОО одређује наиме да сваки уговор мора имати допуштени основ.[51] У случају да основ не постоји или је недопуштен, предвиђа санкцију ***ништавости*** уговора.[52] *Побуде* (мотиви) за закључење уговора *не утичу на пуноважност* уговора, осим ако је недопуштена побуда *битно утицала* на одлуку уговарача да закључи уговор и ако је за то *други* уговарач *знао* и морао знати.[53] Мотив је такође од утицаја на настанак и пуноважност уговора код *доброчиних* уговора, чак и ако други уговарач *није знао* да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку његовог сауговарача.[54] Осим тога, ***рушљив*** је онај доброчини уговор, уговор без накнаде, код којег је обавезник био у *заблуди о побуди* која га је навела на закључење уговора: Код уговора без накнаде битном заблудом се сматра и заблуда о побуди која је била одлучна за преузимање обавезе.[55] Дакле, код доброчиних уговора заблуда обвезника о мотиву доводи до његовог права на нападање уговора и до реституције, са правом на накнаду штете друге савесне стране.[56] По закону (ЗОО), *основ је недопуштен* ако је противан *принудним прописима*, *јавном поретку* или *добрим обичајима*.[57] Попут других каузалистичких Закона, ни ЗОО не дефинише појам каузе, односно појам релевантног мотива.

Судска пракса је, на основу каузалистичке доктрине, допринела ближем одређивању појма и правних последица непостојеће, забрањене или фиктивне каузе, пре свега код двострано обавезних теретних уговора, односно, релевантног мотива, код доброчиних уговора. Посветићемо пажњу новијој судској пракси која је том прецизирању допринела. Судска пракса је нарочиту пажњу посветила *мотивима (побудама) код доброчиних уговора* и поништавала је такве уговоре код којих су мотиви били недопуштени са становишта моралног поретка (добрих обичаја),[58] или је допуштала реституцију ако је првобитни мотив дародавца доцније отпао.[59]

---

[50] В. чл. 51-53. ЗОО.

[51] В. ст. 1 чл. 51 ЗОО.

[52] Тако чл. 52. ЗОО: Ако основ не постоји или је недопуштен, уговор је ништав. При чему, по ст. 1. и 2. чл. 109. на ништавост суд пази по службеној дужности и на њу се може позивати свако заинтересовано лице, укључив и јавног тужиоца.

[53] В. ст. 1 и ст. 2 чл.53. ЗОО.

[54] В. ст. 3 чл. 53. ЗОО.

[55] В. чл.62., у вези чл. 61. ст.1-3 ЗОО.

[56] В. ст. 2 и 3 чл. 61 ЗОО.

[57] В. ст. 2. чл.51, чл. 10, 103, 104 ЗОО.

[58] В. нп. Пресуду Савезног суда, Гзс. 15/2000 од 29.6. 2000.

[59] В. нпр. реш. Окружног суда у Пожаревцу, Гж.80/03 од 31. јануара 2003. г. Затим, у истом смислу и образложење пресуде ВСС, Гзз.44 од 5. маја 2004. године, Билтен ВСС, бр.

У неким случајевима, квалификација суда је утицала на рок за нападање уговора (пошто се радило о дилеми о томе да ли тужилац тражи поништај услед заблуде, ради рушљивости или услед ништавости, због отпадања основа – мотива). У датом случају, у правној ствари, правни претходник тужиоца је поклонио држави (општини) своје непокретности, на име накнаде због неплаћеног пореза, из још 1956. године. Тужилац-сукцесор је тражио поништај због принуде. Но, рок за поништај услед рушљивости је давно протекао у време подношења тужбе, одн. пресуђења – 2003. године. Врховни суд је у датом случају установио, да се ради о основу, мотиву који је доцније отпао. Мотив пак код доброчиних послова је део каузе, а тиме и саставни део појма јавног поретка. Када тако квалификован основ доцније отпадне, уговор се може ништити без рока за нападање као код других ништавих уговора.[60] По ВСС, мотив је недопуштен и кад је поклон учињен да би се супружник задржао у брачној заједници. [61] У пракси судова код поклона се тржи постојање намере за даривањем (animus donandi, одн. intentio liberalis). Тако, по ставу Окружног суда у Ваљеву: „Ништав је уговор о поклону коме недостаје основ (кауза), односно намера да се поклонопримцу учини поклон.“[62] У више случајева Врховни суд је заузео становиште, да је код *двострано обавезних теретних уговора* кауза непосредни разлог обавезивања, који мора да постоји, и треба да је допуштен,

1/2005 – Intermex, Beograd, аутор сентенце је судија ВСС, Власта Јовановић. У потоњем случају, ВСС није допустио реституцију, поводом тужбе ради утврђивања ништавости закупа, пошто је закупац, до окончања спора за утврђење ништавости, на основу правноснажне пресуде из другог, виндикационог спора, постао власник предмета закупа.

[60] В. Реш. Окр. Суда у Пожаревцу, Гж. 80/03 од 31. јануара 2003 (парафразирано образложење).

[61] Сентенца ВСС, Рев. 393/99 од 24. 03. 1999. г. По налазу суда, мотив „куповине верности“ је противан јавном поретку и добрим обичајима, јер се брачна верност не може обезбеђивати материјалним добрима. У истом смислу (ништав је уговор о поклону због губитка основа, ако је побуда због које је поклон учињен отпала или се није остварила), пресуда ВСС, Рев. 1147/Рев. 1147/2005 од 1.12. 2005 године.

[62] В. Реш. Окружног суда у Ваљеву, Гж. 871/2001 од 30.7. 2001. године. У конкретном случају се радило о тужби ради поништаја поклона између оставиоца као поклонодавца и поколнопримца изван круга законских наследника, којим је по тврдњи тужбе повређен право на нужни до тужилаца. У датом случају је између поклонопримца и оставиоца закључен најпре уговор о доживотном издржавању, а потом уговор о поклону.Ако је по среди пренов доживотног издржавања у виду поклона, са намером даривања исте имовине, онда би уговор о поклону био пуноважан. Ако је пак поклон закључен само да би се поклонопримац легитимисао после смрти поклонодавца као власник, ради избегавања пореских обавеза, које је давалац издржавања – поклонопримац иначе морао платити, онда и није било намере на страни покојног оставиоца да се туженом учини поклон. То онда значи, да у уговору о поклону недостаје основ (кауза) који се код доброчиних уговора састоји у намери да се поклонопримцу учини поклон, што би био узрок ништавости уговора о поклону у смислу чл. 52. ЗОО.

без обзира да ли је видљив из уговора или није.[63] Ако *кауза није видљива* из уговора или је *прикривена*, ради оцене његове допуштености, треба установити основ закључења уговора и то *не само из садржине* уговора, већ и испитивањем *околности* које су довеле до закључења уговора. При оцени да ли нека околност представља каузу, треба имати у виду и побуде, односно мотиве странака за закључење таквог уговора. Ако се утврди да је основ закључења уговора недопуштен, такав уговор је ништав, сагласно одредби чл. 52. ЗОО.[64] Када су уговори о купопродаји непокретности закључени са циљем да би се непокретности *склониле од стечаја,* односно поверилаца те да су исте продате по књиговодственој вредности уз раскидни услов да се уговори раскидају ако до стечаја дође, онда се ради о недопуштеном основу, па су уговори по одредби члана 52. ЗОО ништави.[65] По ставу ВСС, када је решење о додели стана Извршног одбора Општине постало правноснажно и коначно, Извршни одбор Општине није могао то решење након његове правноснажности и коначности ставити ван снаге из разлога што Правилник о решавању стамбених потреба за све категорије лица није усаглашен са одредбом чл. 27. и 28. Закона о становању. Како је решење о додели стана (а које је било основ за закључење уговора о закупу стана), законито и пуноважно, уговор о закупу стана није ништав, јер је за његово закључење постојао допуштен основ.[66] Судови су посветили пажњу и каузи *апстрактних правних послова*, дакле правним пословима из којих – per definitonem – по појмовном одређењу, није видљива кауза, а код којих, упркос томе, ЗОО тражи постојање пуноважне каузе. По ставу Вишег трговинског суда, изјава о признању дуга мора имати основ. Ако основ не постоји у изјави о признању дуга, таква изјава је ништава. [67]

Из овог приказа новије судске праксе поводом примене правила ЗОО о каузи и мотиву, не може се дати нека општа оцена. Али, може се запазити, да је некада кауза у пракси судова исто што је и симулација (*симулована продаја ради избегавања наплате потраживања стечајног*

[63] В. нпр. Решење Врховног суда Србије бр. Рев. 2546/04 од 04.11.2004. године, Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду, бр. 8/2005, Intermex, Beograd.

[64] В.Реш. ВСС бр. Рев 2546/04 од 04. 11. 2004. год. (из образложења).

[65] Пресуда ВСС, Прев. 504/2002 од 4.4. 2001 године – Судска пракса привредних судова, Билтен бр. 4/2001, стр. 108.

[66] Пресуда ВСС, Рев. 1285/2003 od 1. 5. 2003. године – Билтен судске праксе ВСС, бр. 2/2004, стр. 53.

[67] Реш. Вишег Трговинског суда, Пж. 10192/2004 од 21. 2. 2005. године. По ставу суда (из образложења) „признање дуга је неформална изјава дужника упућена повериоцу, којом потврђује да дугује испуњење одређене обавезе. Релевантно је само слободно, озбиљно, јасно, одређено и безусловно признање дуга. (...) За признање дуга нужно је и довољно само признање основа.“

дужника, односно случај *изигравања* законом заштићеног интереса друге уговорне стране – fraus partis, agere in fraudem partis), што је *забрањни предмет*, и сл. Судови прихватају становиште каузалистичке теорије, тј. да је кауза правни или психолошки циљ странака, а ако је он недозвољен или неморалан, пошто је део јавног поретка и добрих обичаја, утиче на настанак и пуноважност уговора.

У погледу каузе, нови *Законик о облигацијама* (Obligacijski zakonik) *Републике Словеније*[68] од 2001. г. задржава каузалистичко гледиште и садржи у основи неизмењене формулације наслеђене из ЗОО-а, прихватајући гледиште, да је кауза општи услов настанка и пуноважности уговора. Наиме, према Законику: „Свака облигациона обавеза мора имати *допуштен основ* (разлог).”[69] „Основ је *недопуштен* ако је противан *Уставу*, *принудним прописима* или *моралним начелима*.“[70] (У овом делу формулација је хармонизована сходна одредба ЗОО из 1978). Закон претпоставља постојање основа и ако није изричито изражен у уговору: „*Претпоставља се да уговор има основ* и ако није изражен.“[71] Но, ако се супротно докаже, уговор је ништав: „Али ако је основ недопуштен, уговор је ништав.“[72] Ове одредбе се односе на све врсте уговора и на објективно схватање каузе. Закон посебне одредбе посвећује субјективном виду каузе, *мотивима*. Према њима, „мотиви због којих је уговор склопљен *не утичу на пуноважност* уговора.“[73] „Али ако је недопуштен мотив *битно утицао на одлуку* једног од уговорника да закључи уговор за који је *други уговорник знао или морао знати*, уговор је ништав.“[74] „Уговор је ништав и онда ако други уговорник *није знао* за недопуштени мотив који је *битно утицао на одлуку* његовог *сауговорника.* [75]

Нови *Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske* (од 2005. године)[76] је *изоставио каузу (основ)* као услов настанка и пуноважности уговора, али је оставио изузетно *мотив* (побуде) за склапање уговора у тој

[68] Obligacijski zakonik, Uradni list (Republike Slovenije), бр. 81/2001, 10/25/2001 од 3.10. 2001.године.

[69] Ст. 1. чл. 39. Obligacijskog zakonika Slovenije.

[70] Ст. 2. чл. 39. Obligacijskog zakonika Slovenije.

[71] Ст. 3. чл. 39. Obligacijskog zakonika Slovenije.

[72] Ст. 4. чл. 39. Obligacijskog zakonika Slovenije.

[73] Ст. 1. чл. 40. Obligacijskog zakonika Slovenije.

[74] Ст. 2. чл. 40. Obligacijskog zakonika Slovenije.

[75] Ст. 3. чл. 40. Obligacijskog zakonika Slovenije.

[76] Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine Republike Hrvatske, br. 35/2005, ступио на снагу 1. јануара 2005. године.

функцији и то за случај да је мотив битно утицао на одлуку о закључењу (било које врсте) уговора, као и код доброчиних уговора.[77] Према овом Закону: „(1) *Побуде* из којих је уговор склопљен *не утичу* на његову ваљаност.(2) Али ако је недопуштена побуда *битно утицала* на одлуку једног уговарача да склопи уговор а ако је други уговарач то знао или морао знати уговор ће бити без правног дејства. (3) *Доброчини уговор* нема дејства и када други уговарач није знао ни морао знати да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку његовог сауговорача. (4) Одредба о *недопуштености чинидбе примењују се и на побуде* за склапање уговора. [78] Практично, Закон о Облигационим односима Републике Хрватске се приближава антикаузалистичкој доктрини. Заправо, *објективно схваћену каузу замењује недопуштеним предметом (чинидбом)* уговора. По одредбама о предмету, овај Закон одређује, да „*чинидба* мора бити *могућа*, *допуштена*, *одређена* односно одредива, у супротном је уговор ништав.“[79] „Чинидба је недопуштена ако је супротна *Уставу* Републике Хрватске, *принудним прописима* и *моралу*.“[80]

III О основаности условљавања настанка и пуноважности уговора путем правног основа (каузе)

Не може се оспорити, да су каузалистичке доктрине, закони (додуше без јасне дефиниције), као и судска пракса, значајно допринели разјашњењу енигме старе више од два века, са изванредним расправама о каузи. Каузалисти су успели да разликују правни циљ и дејство уговора. Први је виртуелан, и претходи закључењу, а други је стваран и представља последицу закључења уговора која се састоји у стварању субјективног облигационог права, дуга дужника и потраживања повериоца. Каузалисти су указали да је основ домен јавног поретка и кроз циљ (савест) странака, суд може да поништи уговоре, ако су ти циљеви противни јавном поретку, добрим обичајима (опште прихваћеним правилима морала) и императивним прописима. Приговори антикаузалиста су међутим, такође озбиљни. Јавни поредак се може штитити и конкретним забранама, као што је забрана предмета. Каузалисти каткад као супстанцу појма каузе одређују објективна „стремљења“ странака (као што је економски еквивалент или

[77] Чл. 273 ст. 1-4 Zakona o obveznim odnosima Hrvatske.
[78] Тако, чл. 273 ст. 1-4 Zakona o obveznim odnosima Hrvatske.
[79] В. чл. 262 ст. 2 Zakona o obveznim odnosima Hrvatske.
[80] В. . чл. 271. Zakona o obveznim odnosima Hrvatske.

добитак, као што је обавеза друге стране, и др.), нарочито код двострано обавезних уговора, а каткад је одређују у субјективним околностима, као што је мотив уговорних страна, посебно код доброчиних уговора, код којих нема противдавања. Спор око каузе уговора између каузалиста и антикаузалиста, можда је терминолошки, тачније, настао је услед различитог утврђивања значења појма каузе. Антикаузалисти, под изразом кауза, заправо подразумевају или неки други институт уговорног права (нпр. забрањени предмет уговора), или као институт стварног права, у смислу основа стицања стварног права, од којих је уговор само један од мноштва других (нпр. судска пресуда, административно решење, закон) основа стицања. Насупрот њима, каузалисти мисле, да кауза „унутар уговора“, не представља „целину“ уговора. Она је виртуелни и допуштени циљ уговорних страна, услов настанка и пуноважности. Кауза, као правни циљ, мора да буде идентичан у истим врстама уговора, макар за једну страну. Дејство уговора није циљ само једне стране, већ је усаглашено између обе уговорне стране. Кауза схваћена као услов настанка и пуноважности уговора је циљ само једне стране. Чак су и каузалисти (оправдано) резервисани према мотивима, психолошким циљевима (побудама, мотивима) уговорних страна, будући да су побуде врло различите и код истих врста уговора, чак и за исту страну, у тим уговорима. Некада је циљ купца код привредних, трговинских купопродајних уговора стицање добити, а некада, код грађанскоправних, задовољење свакодневних потреба. Оба циља код два типа купопродаје су допуштена, ако се признаје слобода привређивања и слобода уговарања. Уместо каузе као баријере тих слобода, сасвим успешно „функционишу“ конкретне забране (предмета), опште прихваћена морална схватања, као и добри (пословни) обичаји. Код доброчиних уговора опозив уговора није у продуженој каузи, већ у основу који је доцније отпао (незахвалност поклонопримца, осиромашење поколнодавца). Код двострано обавезних уговора заиста је основ обавезе једне стране – у обавези друге, при чему код савршених синалагматичних уговора, тј. уговора код којих су давања истовремено узајамно условљена, ако једна страна, на позив повериоца добровољно не изврши своју обавезу, а потом судским путем тражи да друга страна, упркос својој несавесности, испуни обавезу, стоји на располагању приговор неизвршења туженог дужника, са позивом, да ни тужилац, пре подношења тужбе није био спреман на извршење своје обавезе. Код традиционалних реалних уговора (не рачунајући њихову новију консенсуализацију), дакле код оставе, зајма, залоге, поготову код бесплатних варијанти, по њиховом појмовном одређењу и нема каузе, осим ако се не рачуна да је то у обећању (сагласности странака), предуговорног карактера.У литератури се с правом указује на то да се кауза некада (не-

потребно) поистовећује са битном заблудом о мотиву (побуди) дужника (нпр. поклонодавца).

Резултати анализе антикаузалистичких закона показују, да се индивидуални циљеви (кроз agere in fraudem partis) и општи циљеви (кроз установу јавног и моралног поретка, конкретних забрана) успешно остварују и без нејасног, врло варијантно дефинисаног појма, као што је кауза. Ако је кауза установа јавног поретка, на коју суд, по природи установе поретка пази по службеној дужности, онда и по тужби поводом раскида уговора због неизвршења, или тужби ради једностраног немотивисаног раскида уговора, и сл., суд, као претходно питање, морао расмотрити (ex offitio) да ли је кауза „у реду“, па ако налази да није, онда би тек могао, по диспозиционом принципу парничног поступка, да поступи у границама петита (захтева) тужбе. Ако нађе да нема каузе или да је кауза забрањена (не као предмет, већ као циљ странака), онда би суд морао да одбије захтев за раскид уговора и требало би да сачека, да неки јавни орган покрене иницијативу за поништај и да је расмотри, да утврди, да ли је она основана.

Код апстрактних правних послова (нпр.менични индосамент – пренос потраживања из менице са једног на друго лице, асигнације – налог повериоца упућен банци да се трећем исплати неки новчани износ, и др.) у трговинском правном промету уобичајено се не назначава правни основ. Другим речима у таквим правним пословима изричито се не назначавала чињеница, да ли се асигнациона исплата извршава због плаћања купопродајне цене, повраћаја зајма, или давања поклона, пређутно истовременог признања и исплате дуга, и сл. Не ради се о томе да иза апстрактних послова нема каузе, тј, да су исплате без правног основа. Само је реч о томе, да циљ није назначен, није видљив.

Нема сумње, да поклон дат са саопштеним мотивом поклонодавца, да би поклонопримац учинио кривично дело, садржи неморалан, противзаконити мотив. Али се тада уговор може поништити једнако из разлога неморалности и противзаконитости (без обзира да ли је она цивилноправног или јавноправног порекла) као и из разлога ништавости каузе.

Prof. Dr. József Szalma,
Ordentlicher Professor an der Fakultät der Rechtswissenschaften
der Universität in Novi Sad/Újvidék
Korrespondierendes Mitglied der Akademie der Wissenschaften und Künste der Vojvodina

Vertragsgrundlage

Zusammenfassung

In dieser Arbeit analysiert der Autor die verschiedenen Auffassungen in der Theorie, Rechtsprechung und in den klassischen Kodifikationen des Zivilrechtes /ABGB, (Ö)1811 BGB (D), 1896, Code civil (Fr), 1804, Codes des Obligations – Obligationenrecht (Schw), 1911/, und in den neuesten Kodifikationen (Ungarn 1959, Holland 1970-2003) über die Notwendigkeit der Geschäftsgrundlage (Cause, Motiv des Geschäftes – Beweggrund), als Voraussetzung für das Entstehen und die Gültigkeit des Vertrages – Vertragsabschlusses, und er teilt sie in kausalistische und antikausalistische Auffassungen. Obwohl das Gesetz über Obligationsverhältnisse im ehemaligen Jugoslawien aus dem Jahre 1978 (später wesentlich verändert seitens der vorherigen Bundesrepublik Jugoslawien im Jahre 1993) in seinen Grundzügen eine gut verfasste Rezeption des Schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht ist – wobei die Cause nur begrenzt zur Anwendung kommt (ausnahmsweise als Motiv), auf dem Gebiet der Geschäftsgrundlage – übernahm diese Kodifikation die Konzeption des französischen Code civils, wobei die Cause (Zweck des Vertrages) beim zweiseitig verbindlichen entgeltlichen Geschäft sowie auch beim unentgeltlichen Rechtsgeschäft als allgemeine Voraussetzung des gültigen Vertrages, welcher der Ordnungsmäßigkeitskontrolle (l' ordre public, bonnes moers) dient, festgelegt wird. Die Vertreter der kausalistischen Auffassung sind sich darüber einig, dass die Cause den Zweck des Rechtsgeschäftes, oder den seitens der Vertragsparteien angenommenen Zweck enthält, welcher zum Vertragsabschluss führte. Aber sie vertreten verschiedene nähere Bestimmungen des Zwecks. Nach einigen Autoren hat die Cause objektive (ökonomische, wie der Gewinn oder das ökonomische Äquivalent oder rechtliche – z. B. Gegenleistung, Eigentumserwerb beim Kauf), nach anderen Autoren subjektive (Motiv,

Beweggrund) Eigenschaften. Die antikausalistischen Auffassungen behaupten, dass der Zweck des Geschäftes als Voraussetzung des Geschäftes eine contradictio in adiecto ist: Der Zweck ist nichts anderes als die Wirkung des Geschäftes, und mit der Wirkung darf man logischerweise die Entstehung des Geschäftes nicht voraussetzen. Die antikausalistische Lehre behauptet, dass man die sog. Cause mit anderen klaren Begriffen erklären kann, z. B. mit den Leistungsstörungen, dem verbotenen Vertragsgegenstand, mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage, der Zwecksvereitelung – bzw. der ungerechtfertigten Bereicherung (condictio indebiti), beim synalagmatischen Vertrag durch den Einwand des Beklagten wegen Nichterfüllung – exceptio non adimpleti contractus, usw. Die Kausalisten erwidern, dass die Cause keineswegs derselbe Begriff ist wie die Geschäftswirkung (als eine Folge des Vertragsabschlusses), weil die Cause in einem virtuellen unmittelbaren Rechtszweck der Vertragsparteien besteht, und nicht in der bei Vertragsabschluss noch fehlenden Rechtswirkung. Die subjektiven Motive (Beweggründe) sind rechtlich irrelevant, sie kommen nur ausnahmsweise beim unentgeltlichen Geschäft zum Ausdruck, und sie sollen dann mit guten Sitten im Einklang stehen. Nach der Meinung der Kausalisten besteht die allgemeine Rechtsfolge der fiktiven, simulierten, rechtswidrigen Cause, oder der Cause, welche gegen die Ordnung oder die guten Sitten verstößt, in der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Nach den Kausalisten ist es unentbehrlich, die Cause im Sinne des Rechtstitels (iustus titulus) und die Cause als Zweck des Geschäftes voneinander zu unterscheiden, weil im ersten Sinne das Ganze des Geschäftes (z. B. beim Erwerb des Eigentums als einen Rechtstitel im Sinne des Sachenrechtes) verstanden werden soll, im zweiten Sinne ist die Cause eine Voraussetzung des Vertragsabschlusses (im Sinne des Vertragsrechtes – Obligationenrechtes), also nur ein „Element" des Geschäftes. Nach der Auffassung des Autors behaupten die Antikausalisten zu Recht – obwohl die kausalistische Lehre insbesondere auf dem Gebiet der sittenwidrigen Geschäfte viel geleistet hat –, dass die Cause durch andere Rechtsinstitute (Leistung, Gegenstand des Vertrags, ungerechtfertigte Bereicherung usw.) stellvertreten werden kann.

347.956

Др Ранко Кеча, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

О ДРУГОСТЕПЕНОЈ РАСПРАВИ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

***Сажетак**: Наша нова парнична процедура наглашеније изражава идеју о неопходности усавршавања овог вида правне заштите, пре свега, у домену њеног ефикаснијег и економичнијег остваривања. У наведеном смислу, извршене су промене жалбене процедуре од којих се као значајнија може издвојити она која се односи на обавезно, облигаторно заказивање другостепене расправе ако је у одређеном предмету већ једном побијана пресуда била предмет укидања. По основној концепцији реч је о промени која заслужује подршку јер се њом жели предупредити веома раширена пракса вишекратног укидања првостепених пресуда Сам начин остваривања те идеје није најуспешнији јер постоји низ редакцијских пропуста и недоследности у конципирању саме установе а посебно у интеракцији према другим установама са којима се налази у непосредној релацији. Правило о облигаторном одржавању другостепене расправе није у потребној мери усаглашено са системом норми којима се одређује круг официјелних овлашћења судова друге инстанце. Не постоји координација ових правила са оним о недопуштености истицања одређених жалбених разлога против пресуда заснованих на изричитим или прећутним диспонирањима парничних странака. Проблематична је и допуштеност одређених жалбених разлога, нових чињеница и доказа, у светлу примене правила о обавезном одржавању главне расправе јер се тим принципијелно угрожава остваривање право на редовно правно средство у поступку. Искључење одређених жалбених разлога као потенцијалних основа за укидање побијаних пресуда, такође, није најуспешније артикулисано као у случају погрешне правне квалификације спора, односно грешке у примени матери-*

јалног права супсумционог типа. У целини посматрано, вредност основне идеје треба подржати низом знатно успешнијих редакцијских решења како би се отклониле све уочене противречности и недоумице које је угрожавају и доводе у питање.

Кључне речи: *парнични поступак, правни лекови, редовни правни лекови, жалба против пресуде, другостепена расправа, укидање пресуде и враћање предмета на поновно суђење, жалбени разлози*

I

У Закону о парничном поступку од 2004. године,[1] поред низа измена до тада важеће процедуре наглашеније партиципирају оне у материји правних лекова.[2] Интервенција је остварена са идејом да се систем правне заштите учини знатно ефикаснијим од раније важећег, али и да се обезбеде и реафирмишу процесни инструменти који ће гарантовати јединствено функционисање правног система. Промене су значајне и као такве принципијелно мењају систем правних лекова. Маркантније су у домену ванредних правних лекова али су исто тако присутне и у материји редовних правних лекова можда и у значајнијој мери од оне који су хтели редактори новог законског текста. У сваком случају реч је о изузетно повезаним регулативама код којих се принципијелнији захват у једну материју неминовно рефлектује у другу што се најједноставније уочава на примеру новоуведеног правног лека – жалбе са предлогом за ревизијско одлучивање.[3] Као што је наглашено, у материји редовних правних лекова

[1] У даљем тексту ЗПП, Сл. гласник РС, бр: 125/04.

[2] Више о овим променама: Р. Кеча, О новој регулативи правних лекова у Закону о парничном поступку, Правни живот, 2005/12.

[3] Свакако најзначајнији новум у материји правних лекова преставља правни лек жалбе са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивања (директна ревизија). Реч је о правном леку који је уведен у наш парнични поступак са основном идејом да знатно поправи економичност и ефикасност правне заштите „прескакањем“ једне, другостепене инстанце – преношењем одлучивања о побијаној првостепеној пресуди на Врховни суд Србије, члан 389. ст. 1. ЗПП. У питању је правни лек двојаког потенцијала – и ревизије и жалбе. Подноси се у року од 15 дана од дана достављања првостепене пресуде са предлогом да Врховни суд Србије одлучи правном леку. Ако се испуне све захтеване претпоставке тада правни лек има обележја ванредног правног средства и у већој мери кореспондира правном леку ревизије што и се наглашава у његовом имену (директна ревизија). Претпоставке по којима се допушта подношење овог правног лека су бројне. Као прво, подносилац жалбе то мора предложити у правном леку а противна странка се са тим мора

промене су ипак мањег интензитета али сигурно заслужују пажњу. У наведеном смислу могу се издвојити и питања која се односе на одржавање другостепене расправе у жалбеном поступку.

II

Према решењима ранијег прописа, Закона о парничном поступку од 1976. године,[4] одржавање другостепене расправе је био изузетан догађај у правном животу. По правилу, другостепени суд је о жалби одлучивао без одржавања другостепене расправе.[5] Наведено правило је преузето из Закона о парничном поступку од 1956. године.[6] У обе, раније важеће, редакци-

сагласити, члан 389. ст. 1. ЗПП. Друго, може се поднети само у парницама у којима је допуштена ревизија и само због погрешне примене материјалног права и због апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка која се односи на повреду начела диспозиције – када је првостепени суд засновао своју одлуку на недозвољеним располагањима странака. ,члан 389. ст. 2. ЗПП. Треће, потребно је да Врховни суд Србије прихвати да о њему одлучује што чини када је због уједначавања судске праксе потребно заузети став о одређеним спорним питањима, члан 390. ст. 3. ЗПП. Испуњење наведених услова и прихватање Врховног суда да одлучује по овом правном леку има за последицу да се сматра да је дошло до повлачења жалбе. Ако се наведени предуслови не остваре тада се о том правном леку одлучује у жалбеном поступку према општим правилима која се примењују на правни лек жалбе, члан 390. став 5. ЗПП. Поступање је сложено и може се одвијати у све три инстанце, наравно под условом да је реч о допуштеном правном леку, који неће бити одбачен од стране првостепеног или другостепеног суда у смислу општих правила о одбацивању недопуштене жалбе. Подноси се првостепеном суду који је донео побијану пресуду. Он га доставља на обавезан одговор противној странци уз обавештење да се та странка може сагласити да о правном леку одлучује одлучује Врховни суд Србије, члан 390. ст. 1. и 2. ЗПП. Ако се противна странка, у одговору на жалбу, не сагласи да о изјављеном правном леку непосредно одлучује Врховни Суд Србије или странке није заступао адвокат другостепени суд одлучује по општим правилима жалбеног поступка, члан 390. ст. 5. ЗПП. Ако је пристанак дат тада другостепени суд доставља предмет Врховном суду Србије, члан 391. ст. 2. ЗПП. Поступак тим судом има две фазе. У првој, пред већем од тројице судија, одлучује се о допуштености правног лека, члан. 392. ст. 1. ЗПП. У другој фази веће од пет судија одлучује о основаности правног лека у границама истакнутих разлога побијања, члан 392. ст. 2. и 3. ЗПП. Одлука се мора донети у року од три месеца од дана пријема предмета у Врховни суд, члан 392. ст. 4. ЗПП. Врховни суд може одбити правни лек као неоснован и потврдити побијану пресуду или усвојити правни лек и преиначити првостепену пресуду, члан. 393. ЗПП.

[4] У даљем тексту ЗПП 76, Сл. лист СФРЈ, бр: 4/77, 36/77, 6/80, 38/80, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 35/91, Сл. Лист СРЈ, бр: 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98, 3/02.

[5] Члан 362. став 1. ЗПП 76.

[6] У даљем тексту ЗПП 56, Сл. лист ФНРЈ, бр. 4/57, 52/61, Сл. Лист СФРЈ, бр: 12/65, 1/71, 23/72, 6/74, члан 350. ст. 1. ЗПП 56.

је поменуто решење изражава идеју да је функција поступка пред судом друге инстанце пре свега контрола законитости побијаних пресуда а не евентуално успостављање још једне првостепене инстанце која би поновно одлучивала по тужбеном захтеву. У наведеној идеји садржано је оправдање резервисаног става према одржавања другостепене расправе. Идентичну формулацију садржи и најновији законски текст у одредби члана 369. став 1. ЗПП. Дакле, у сва три текста другостепеној расправи даје се значај изузетка од правила да суд о правном леку одлучује на нејавној седници. Већ на овом месту престаје, међутим, подударност цитираних законских текстова.

Према одредби члана 350. ст. 2. ЗПП 56, одржавању другостепене расправе се приступало када је ради правилног утврђивања чињеничног стања било неопходно да се пред другостепеним судом изведу нови докази. На бази тако изведених доказа суд је могао доћи до другачијег чињеничног стања од оног утврђеног у побијаној пресуди. На таквој, новој и другачијој, чињеничној подлози суд је могао извршити преиначење побијане пресуде.[7] По одредби члана ЗПП 76 другостепена расправа се могла заказати само ако је ради правилног утврђивања чињеничног стања било потребно поновити доказе узведене у првостепеном поступку. Дакле, у овој редакцији одржавање другостепене расправе подлеже ограничењу битно другачијем од оног које је прописивала раније важећа норма. Евентуална мериторна, преиначујућа, одлука жалбеног суда је морала бити заснована на процесном материјалу који потиче из првостепеног поступка.[8] У супротном уставно право на жалбу није могло бити гарантовано. Наведено ограничење преставља само рефлексију знатно важније промене која је уследила у домену правних лекова. По правилима процедуре успостављене ЗПП 56, ревизија је била редовни правни лек и доследно томе постојало је редовно правно средство суспензивног својстава против другостепених пресуда заснованих на новој чињеничној и доказној подлози.[9] То се изгубило у ЗПП 76. По цитираном законском тексту ревизија је

[7] Члан 360. ст. 1. т. 1. ЗПП 56.

[8] Ако је већ дошло до отварања другостепене расправе странке су могле истицати нове чињенице и доказе али на том новом процесном материјалу другостепени суд није могао засновати преиначење побијане пресуде. У поменутом случају нове чињенице и докази су имали значај индикације које је указивала на то да је у побијаној пресуди чињенично стање непотпуно утврђено што је резултирало њеним укидањем и враћањем предмета првостепеном суду на поновно одлучивање.

[9] Према одредби члана 368. ст. 2. т. 3. ЗПП 56, ревизија је била допуштена против одлуке окружног суда донете у другом степену ако је тај суд на основу расправе утврдио другачије чињенично стање утврђено у првостепеној пресуди.

постала ванредни правни лек па је самим тим нестао коректив који би гарантовао правно средство суспензивног својства против другостепених пресуда заснованог на новој чињеничној грађи.[10]

Према решењима раније важећег прописа, ЗПП 76, на другостепену расправу су се сходно примењивале одредбе о главној расправи пред судом првог степена.[11] На њу се позивају странке, односно њихови законски заступници или пуномоћници, као и они сведоци и вештаци за које је другостепено веће закључило да их треба саслушати.[12] Ако са расправе изостане једна или обе странке суд је расправљао о правном леку узимајући у обзир наводе садржане у жалби и одговору на правни лек.[13] Суспендована су била правила која се односе на мировање поступка и последице изостанка странака. Расправа је почињала извештајем судије известиоца који је излагао стање ствари не дајући своје мишљење о основаности жалбе.[14] После тога је читана пресуда или део пресуде побијан жалбом а по потреби и записник са главне расправе пред судом првог степена. После тога је подносилац жалбе образлагао правни лек а противна странка свој одговор.[15] Странке су на расправи могле истицати нове чињенице и доказе па и оне који нису били истакнути у жалби. Није се могао ни истаћи приговор пребијања који није употребљен у првостепеном поступку.[16] [17]

Готово у идентичном садржају и важећи законски текст уређује одржавања другостепене расправе. За разлику од раније важеће редакције поменуто правило примењује се ако се првостепена пресуда по први пут

[10] Наведени став је изричито формулисан у поступку доношења ЗПП 76. У образложењу уз Нацрт ЗПП 78 не наглашено да би извођење нових доказа пред жалбеним судом у условима новоуспостављеног система правних лекова са ревизијом као ванредним правним леком имало за последицу угрожавање уставног начела на жалбу јер када другостепени суд одлучује на бази новог чињеничног и доказног материјала поступа у својству првостепеног суда и одлучује одлуком која у основи представља првостепени јудицат против којег не би било редовног правног средства, Из наведеног разлога и у циљу очувања права на жалбу другостепена расправа је добила значај изузетка ограниченог на случај када је због правилног утврђивању чињеничног стања потребно поновити доказе изведене у првостепеном поступку. Образложење Нацрта ЗПП 76, јуни 1976. год. Стр. 78.

[11] Члан 364. ЗПП 76.

[12] Члан 363. ст, 1. ЗПП 76.

[13] Члан 363. ст. 2. ЗПП 76.

[14] Члан 363. ст. 3 ЗПП 76.

[15] Члан 363. ст. 4. ЗПП 76.

[16] Члан 363. став 5. ЗПП 76.

[17] Међутим, другостепени суд се није могао сам упусти у утврђивање тих новоистакнутих чињеница и доказа него је у том случају морао укинути побијану пресуду и вратити предмет првостепеном суду на поновно суђење, члан 370. ст. 3 ЗПП 76.

побија жалбом. До заказивања расправе долази када суд другог степена оцени да је, ради правилног утврђивања чињеничног стања, потребно да се понове већ изведени докази.[18] У овом делу редактори важећег прописа у пуној мери уважавају разлоге који су у раније важећем пропису резултирали описаним ограничењем пре свега у смислу гарантовања уставног права на жалбу у поступку у којем важи систем двостепености суђења.

III

У даљим решењима престаје сличност. За разлику од описане, у основи факултативне, концепције другостепене расправе која се испољава као изузетак од правила да се о жалби одлучује у седници већа, важећи закон уводи и ону која има облигаторан карактер и која се под одређеним претпоставкама мора заказати. Дакле, као изузетно значајан новум у жалбеној материји, ЗПП уводи обавезу другостепеног суда да закаже расправу и одлучи о жалби и захтевима странака кад је у истој парници првостепена пресуда већ једанпут била укинута.

Увођење решења из члана 369. став 3. ЗПП пре свега значи покушај да се избегне доста раширена пракса укидања првостепених судских пресуда која је доводила до вишегодишњих парница у којима се губио почетак и крај. Некад због изузетно компликованих чињеничних и правних обележја одређених спорова али неретко и као последица наглашенијег конформизма другостепених судова који су се често одлучивали за вишекратно укидање побијане пресуде и враћање предмета првостепеном суду на поновно суђење. Одредбом члана 369. став 3. ЗПП жели се прекинути са наведеном праксом и ризицима. Оваква (облигаторна) концепција другостепене расправе није сама себи смисао. Мора претпостављати да се на основу њених резултата дође до неопходне чињеничне и доказне за доношење мериторне одлуке о спору. Из наведеног разлога задатак жалбеног суда је одређен двојако. Не одлучује се само о жалби – њеној допуштености и основаности – него се од инстанционог суда тражи да одлучи и о захтевима странака. Дакле, мериторном одлуком (пресудом). Само у наведеном контексту поменуто решење може имати оправдање и тако бити погодна форма за ефикасније пружање правне заштите коју је, не ретко, угрожавао, ако не и обезмишљавао, непрекидан низ укидајућих одлука другостепених судова. У описаном контексту идеја је за поштовање али се

[18] Члан 369. ст. 2 ЗПП.

са разлогом поставља питање да ли је њено артикулисање добило оптимална редакцијска решења и праве изразе. Чини се да одговор не може бити у потпуности потврдан и недвосмислен.

Одржавање ове расправе се ограничава у више праваца. Прво се односи на разлоге побијања. Захтева се да се побијана пресуда заснива на погрешно или непотпуно утврђеном чињеничном стању или су у поступку пред првостепеним судом учињене битне повреде одредаба парничног поступка.[19] Описано решење се не може сматрати сасвим успешним и преизним. Недостаје координација цитираног правила са одредбама којима се одређује круг официјелних овлашћења другостепеног суда. Свака жалба против пресуде почива на одређеним апсолутно битним повредама одредаба парничног поступка јер је реч о групацији жалбених разлога о којима другостепени суд води рачуна по службеној дужности, чак када су у питању пресуде засноване на изричитом или прећутном диспонирању парничних странака.[20] Према томе, у свим поступцима по жалби која следује у предмету у којем је пресуда већ једном била укинута постојао би основ за заказивање другостепене расправе јер то произилази из официјелних овлашћења суда друге инстанце. У поменутом контексту са разлогом се поставља питање да ли је поменути вид ограничења уопште било потребно уводити јер се њим не постиже принципијелније сужавање домена примене одредаба о облигаторном одржавању другостепене расправе.

Као што је истакнуто, решење члана 369. став 3. ЗПП изражава идеју да одржавање другостепене расправе треба на одређени начин ограничити. У противном поменуто условљавање је беспредметно. Ова могућност се ограничава на случај побијања пресуде због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања или када се истиче постојање битних повреде одредаба парничног поступка. При томе се не захтева кумулативно испуњење оба услова. Када се пресуда побија само због битних повреда одредаба парничног поступка, постоји проблем. Отварање другостепене расправе и утврђивање чињеничног стања противречи овлашћенима другостепеног суда јер о постојању наведеног жалбеног разлога суд води рачуна само по иницијативи подносиоца правног лека.[21] У овом случају тога нема. Суд испитује разлоге о чијем се постојању не води рачуна по службеној дужности Ако се, с друге стране, уочени проблем покуша оправдати другачијом функцијом овог типа другостепене расправе – у смислу тезе да

[19] Члан 369. став 3. ЗПП.

[20] При томе је сасвим неважно што је у важећој редакцији ЗПП круг официјелних овлашћења суда друге инстанце уже дефинисан у односу на ранију парничну процедуру, члан 372. ст. 2. ЗПП.

[21] Члан. 372. ст. 2. ЗПП.

је њен задатак прибављање потребне чињеничне грађе за доношење мериторне другостепене одлуке – наведени приступ противречи или бар доводи у питање расправну максиму која захтева да чињеничну и доказну грађу морају обезбедити саме парничне странке. Решење је посебно проблематично када се сагледава у светлу побијања првостепених пресуда заснованих на изричитим и прећутним располагањима странака тужбеним захтевом или чињеничном основом спора – као што су пресуде на основу признања и одрицања, пресуда због пропуштања или изостанка. Ове пресуде могу бити побијане због битних повреда одредаба парничном поступка и макар хипотетички претпостављају ситуацију која би захтевала примену одредбе члана 369. став 3. ЗПП. Реч је о пресудама које не могу бити побијане због грешака у суђењу укључујући и недостатке утврђеног чињеничног стања. Када се узме у обзир да се диспонирање тужбеним захтевом у виду признања или одрицања може предузети и у поступку који следује по претходном укидању одређене пресуде проблем постаје још комплекснији. Садржај правне заштите одређује предузето страначко диспонирање. У наведеном смислу закон је изричит. Поменуте пресуде, пресуда на основу признања или одрицања, не могу бити побијане због недостатака у суђењу – погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања или због погрешне примене материјалног права.[22] Доследно томе не би ни било места евентуалном одржавању другостепене расправе. У сваком случају постоји одређена колизија између система правила којима се ограничава допуштеност побијања одређених пресуда и одредаба којима се одређују услови под којим се приступа заказивању и одржавању облигаторног типа другостепене расправе.

Могуће је, макар хипотетички, поставити питање како поступити ако у описаном случају жалба садржи нове чињенице и доказе који испуњавају услове из члана 359. ЗПП. Проблем се може маргинализовати констатацијом да таквих случајева неће ни бити јер је тешко замислити ситуацију у којој ће подносилац правног лека бити у прилици да употреби нове чињенице и доказе у ствари о којој је расправљано у два а можда и три наврата. Могућ је и други једноставнији а знатно лошији приступ по којем би другостепени судови, сасвим contra legem, одбијали да прихвате нове чињенице и доказе сматрајући их априорно недопуштеним. За наведене приступе ЗПП не даје основ. Појавиће се, дакле, случајеви, а довољно је да се појави и само један, у којима ће подносилац свој правни лек засновати на новим чињеницама и доказима који су релевантни за одлучивање у спору. У овој солуцији намеће се обавеза одржавања другостепене

[22] Члан 360. ст. 3. ЗПП.

расправе на којој се не може искључити утврђивање нових чињеница и извођење нових доказа јер је забрањено укидање пресуде и преношење те обавезе на првостепени суд. Ако је тако, а укидање се искључује,[23] пресуда другостепеног суда, заснована на таквом новом чињеничном и доказном супстрату, поприма обележја првостепеног јудицата против којег нема редовног правног лека. Уставно право на жалбу се губи или сасвим проблематизује. Могућа су два приступа. Први, који би довео у питање обавезно одржавање другостепене расправе и други, којим би се изричито ограничило истицање нових чињеница и доказа у описаној ситуацији. Међутим, у одредбама којима се регулише ток и садржај другостепене расправе поменуте дилеме нису сасвим сагледане и валоризоване. Сто више, изричито је прописано да и на овој расправи странке могу истицати нове чињенице и доказе садржане у жалби.[24]

Најзад правни лек може бити заснован и на погрешној примени материјалног права. У ствари жалба се увек заснива и на овом жалбеном разлогу, изузимајући само пресуде донете на основу признања и одрицања од тужбеног захтева, јер је у питању разлог о којем другостепени суд води рачуна по официјелној максими дакле и у случају када није истакнут у правном леку.[25] У наведеном случају сматра се да није неопходно одржавања другостепене расправе у смислу члана. 369. став 3. ЗПП. Преовладала је идеја да ће другостепени суд моћи да реши проблем без одржавања другостепене расправе. Доношењем мериторне одлуке правилном применом материјалноправне норме на чињенично стање које је већ утврђено током првостепеног поступка. Тај се приступ може подржати само када је погрешна примена материјалног права изражена у погрешној интерпретацији, тумачењу иначе релевантне материјално правне норме. Погрешна правна квалификација спора, међутим, не ретко оставља значајне дефекте и у чињеничној основи на којој је заснована побијана пресуда. У наведеном смислу не постоји потребни чињенични супстрат на којем би другостепени суд могао засновати своју мериторну одлуку а другостепена расправа се на заказује и ево поново случаја који може послужити као

[23] Дикција члана 377. ст. 1. ЗПП упућује на другачији закључак јер предвиђа обавезу другостепеног суда да решењем укине првостепену пресуду и врати предмет првостепеној инстанци ако сматра да због нових чињеница и доказа ради правилног утврђивања чињеничног стања треба одржати нову главну расправу пред првостепеним судом. Наведено решење је ограничено на ситуацију када се против одређене пресуде жалба подноси по први пут. У ситуацији када је пресуда већ једном укинута релевантне постају одредбе члана 369. став 3. ЗПП а оне прописују другостепену расправу као правило.

[24] Члан 370. ст. 5. ЗПП.

[25] Члан 372 ст. 2. ЗПП.

основ за вишекратно укидање пресуда донетих у одређеном парничном поступку. У овом делу је, уосталом, изричито предвиђено да другостепени суд на наведени тип грешке у примени материјалног права и преношење тог недостатка на чињенични план реагује укидањем побијане пресуде и враћањем предмета првостепеном суду на поновно суђење.[26] Наведени пример показује недовољну координацију правила која се односе на облигаторно одржавање другостепене расправе и оних којима се уређује одлучивање другостепеног суда поводом одређених жалбених разлога. Проблем је могуће превазићи позивом на другу групацију жалбених разлога о којима другостепени суд води рачуна по службеној дужности а који оправдавају облигаторни тип другостепене расправе – одређене апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка.

Најзад, у случају када је правни лек заснован на постојању битних повреда одредаба парничног поступка укључујући и оне које спадају у групацију апсолутно битних повреда одредаба парничног поступка у делу који се односи на постојање одређених процесних претпоставки од којих зависи могућност мериторног одлучивања у спору другостепена расправа ће расправа, понекад, сасвим изгубити смисао јер је у конкретном случају недопуштен сваки вид мериторног одлучивања па пресуду треба укинути и одбацити тужбу. Систем правила о одржавању првостепене расправе ипак не предупређује сасвим могућност да се појави процесни недостатак који је сметња мериторном одлучивању.

Обавезно одржавање другостепене расправе из члана 369. став 3. ЗПП проблематизују и одређени организациони моменти. Као што је познато 2007. година је крајњи рок до којег би се морала успоставити нова организација судова опште надлежности. Према тим решењима на четири апелациона суда преноси се целокупна функционална надлежност за одлучивање у жалбеном поступку.[27]. Питање је да ли су редактори новог парничног поступка уопште рачунали са наведеном чињеницом када су приступили промени. Евидентно је да одредба члана 369. став 3. ЗПП, и при садашњем стању судског система, подразумева решавање низа организационих, материјалних, кадровских и просторних проблема који су последица знатно већег обима посла другостепених судова. Сви ти проблеми постају још наглашенији у условима максималне редукције другостепеног судства. Дакле, оно што постојећем стању ствари обавља тридесет

[26] Члан 377 ст. 2. ЗПП.

[27] Члан 23. став 1. Закона о уређењу судова, Сл гласник РС, бр: 63/01, 42/02 2703, 103/03, 29/о4, 101/05, 46/06.

окружних судова у наредном периоду треба пренети на четири апелациона суда. Можда све то буде идеално решено али искуства везана за успостављање нове организације судства говоре супротно.[28]

IV

Без обзира који је тип другостепене расправе важећи пропис садржи јединствена правила којим се одређује њен ток и садржај. Наведена решења готово у потпуности одговарају оним која су раније била у примени. На расправу се позивају странке, односно њихови законски заступници или пуномоћници као и они сведоци и вештаци за које суд одлучи да се саслушају. Расправа започиње извештајем судије известиоца који излаже стање ствари не дајући своје мишљење о основаности жалбе. После тога се чита пресуда или део пресуде на коју се односи жалба а по потреби и записник о главној расправи пред првостепеним судом а затим жалилац образлаже своју жалбу а противна странка одговор на жалбу. Ако са расправе изостане једна или обе странке суд ће одлучити о жалби и донети одлуку узимајући у обзир нарочито оно што је изнето у жалби и у одговору на жалбу. Као што је наглашено на расправи се могу истицати нове чињенице и докази који су садржани у жалби.[29] Ограничења новота су одређена чланом 359. ЗПП захтевом да странка учини вероватним да нове чињенице и доказе није могла, без своје кривице, истаћи до закључења главне расправе у првостепеном поступку. Искључено је истицање приговора застарелости и компензационог приговора.

[28] Постоје ваљани разлози за наведену резерву. Као што је познато већ више година од ступања на снагу Закона о уређењу судова, није успостављена она организација судског система која је њим одређена. У више наврата одлаган је рок његове примене у делу који се тиче организације и надлежности судова да би се, крајем 2003. године, судство нашло у вакуму незабележеном у аналима домаћег и упоредних правних система. Раније важећа организација судова и надлежност је престала да важи 31. XII 2003. године а нови судови – апелациони и Управни суд још нису били формирани. Распуштањем Народне скупштине престала је могућност да се изменама и допунама о уређењу судова примена новоуспостављених решења одложи за још неко време. Проблем је, у правнотехничком, али не и у суштинском смислу, делимично ублажен доношењем привремене мере Уставног суда Србије а касније, када су се за то стекли услови, изменама и допунама Закона о уређењу судова тај је рок продужен до 2007. године. Питање је, међутим, да ли ће и он бити поштован. Чак ако се успостави пројектована организација судства неизвесно је да ли ће то бити урађено на начин који гарантује испуњење свих потребних услова за њено потпуно успостављање и оптимално функционисање.

[29] Члан 370. ЗПП.

Ни овај приступ није најприхватљивији. Чини нам се, а низ отворених проблема и недоумица које смо маркирали у овом раду то и показује, да је и у оквирима регулисања тока и садржаја процесних активности на другостепеној расправи било потребно увести одређена разграничена у систему правила – према посебним типовима и карактеру другостепене расправе. Све са идејом да новоуведена опција и реално изрази као акт усавршавања постојеће парничне процедуре.

Закључак

У целини посматрано, основне концепције које су прихваћене у материји жалбеног, другостепеног поступка заслужују подршку. Функција овог поступка јесте контролна. Инстанциони поступак, према томе, не може бити још једно, у основи, првостепено суђење. То би било противно постојећој, двостепеној структури парничног поступка јер нема ни правног средства а ни више инстанце пред којом би се могла остварити контрола тих пресуда путем редовног правног лека. Из наведеног разлога концепција по којој другостепена расправа преставља изузетак од правила да се о жалби одлучује на нејавној седници, такође, заслужује подршку. То важи и за идеју да евентуална мериторна пресуда другостепеног суда мора бити заснована на чињеничној и доказној грађи која потиче из првостепеног поступка и за правило по коме, по редовном току, ствари до другостепене расправе долази у случају када је ради правилног утврђивања чињеничног стања потребно поновити доказе који су изведени у првостепеном поступку. Подршку заслужује и решење којим се у циљу побољшања ефикасности и економичности поступка остваривања правне заштите тежи предупредити могућност вишекратног укидања побијаних првостепених пресуда од стране судова друге инстанце. У овом контексту облигаторна концепција другостепене расправе може имати оправдање. Конкретизација наведеног приступа није, међутим, најуспешније остварена и постоји низ неусаглашености који релативизирају успешност наведеног приступа и доводе до недоумица наглашених у раду. Пре свега, правило о облигаторном одржавању другостепене расправе није у потребној мери усаглашено са системом норми којима се одређује круг официјелних овлашћења судова друге инстанце. Не постоји координација ових правила са оним о недопуштености истицања одређених жалбених разлога против пресуда заснованих на изричитим или прећутним диспонирањима парничних странака. Проблематична је и допуштеност одређених жалбених разлога, нових чињеница и доказа, у светлу примене правила о обавезном

одржавању главне расправе јер се тим принципијелно угрожава остваривање право на редовно правно средство у поступку. Искључење одређених жалбених разлога као потенцијалних основа за укидање побијаних пресуда, такође, није најуспешније артикулисано као у случају погрешне правне квалификације спора, односно грешке у примени материјалног права супсумционог типа. Резимирајући речено закључак је недвосмислен. Има доста разлога који говоре у прилог да се задржи правило о обавезном одржавању другостепене расправе али уз знатно прецизнији и одређенију регулативу свих питања у којима се испољавају колизије и мањкавости важећег концепта.

Ranko Keča, Ph.D. Full professor
Novi Sad School of Law

The Second Phase Hearing in Civil Proceeding

Abstract

Taking everything in account, basic concepts accepted in the matter of second phase proceeding are worthy of our support. Function of this proceeding is control. Second instance, therefore, can not be yet another, basically first instance trial. That would be contrary to the existing two-phase structure of civil proceedings, because there is no legal remedy or a higher instance trough which it would be possible to control these judgments trough a regular legal remedy. These reasons justify the concept that second phase hearing is an exception from the rule that decision on an appeal is delivered without a hearing. The same applies to the idea that a judgment in merits of the court of second instance must be based on facts and evidences deriving from the first instance; and for the rule that hearing is held in second instance only when it is necessary to repeat some evidence from the first instance in order to establish the facts. Trustworthy is also the concept which, in order to improve efficacy and economy of legal proceeding, tries to impede possibility of multiple cancellations of disputed judgments from the first instance by the courts of second instance. In this context, obligatory concept of second phase hearing is justifiable. Concrete application of this principle was not that successful and there are inconsistencies which hamper the success of this approach and lead to ambiguity in practice. First, the rule of obligatory second-phase hearing is not sufficiently compliant with the system of norms which define jurisdiction of the courts of second instance. There is no consistency of these rules with those of inadmissibility of certain reasons of appeal against decisions based on explicit or tacit dispositions of the parties in the proceedings. Problematic is also the admissibility of certain reasons of appeal, new facts and evidence in view of the application of the rules on compulsory hearing, because it jeopardizes the right to a regular legal remedy. Exclusion of certain reasons of complaint as potential

basis for cancellation of disputed judgments is not well articulated like in the case of erroneous legal qualification of litigation or error in application of substantive law supsumation type. To conclude: there is many reasons for maintaining the rule of compulsory hearing in the second phase, but with more exact and more precise regulation of all issues where the present concept experienced collisions and deficiencies.

347.251

Др Даница Попов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПРАВНА ДЕЈСТВА ДРЖАВИНЕ

Сажетак: *Правна дејства државине су многострука иако она представља фактичку власт на ствари. За државину се везују значајне правне последице на које смо у раду указали, а неколицину од њих посебно обрадили. Једно од најзначајнијих својстава државине је њена публицитетна функција. У нашем праву успостављање фактичке власти на ствари, је између осталих један од услова за стицање стварних права. За стицање права својине на основу уговора са претходним власником, се поред уговора као правног основа (iustus titulus), захтева и предаја ствари као начин стицања у ужем смислу (modus acquirendi). Државина има значајну улогу у случајевима стицања права својине оригинарним путем. Државина која има одређене квалитете и трајала је законом одређено време је услов за стицање права својине одржајем. Законита и савесна државина је услов за стицање права својине редовним одржајем, док је за ванредан одржај довољно да она буде само савесна. Поред квалификоване државине за стицање права својине одржајем потребно је да протекне и законом одређено време, које је дуже уколико је државина мање квалификована и уколико су у питању непокретне ствари. Право својине окупацијом може се стећи на напуштеним покретним стварима уколико их је неко лице узело у државину са намером присвајања. Стицање права својине од невласника могуће је између осталог само ако је ствар стицаоцу предата у државину. Предмет овог рада су и случајеви одговорности држаоца ствари за штету која настане од ствари која се налази у његовој државини и правни положај држаоца приликом враћања ствари власнику у спору за заштиту права својине.*

Кључне речи*: државина, својина, одржај, стицање од невласника, окупација, публицијанска тужба.*

О правном значају државине се некада говорило као о благодетима (*beatudines, commoda vel iura possessionis*), које она има за држаоца. Изрека: *„Beati (sunt) possidentes“* – блажени су држаоци,[1] скоро да је у свим правима прихваћена. О значају државине у енглеском праву најбоље говори изрека: *„Possession is nine tenths of the Law“* – државина чини девет десетина права. Према Француском грађанском законику, државина покретне ствари је правни основ својине (*en fait de meubles possession vaut titre*).[2] „Старији су правници, проучавајући правне последице државине у римском праву, износили час мањи, час већи број користи или правних последица државине, шта више неки су у томе толико претеривали да су тврдили да их има чак седамдесет два.“[3]

Државина, па и ако није заснована на правном основу, производи одређена правна дејства, утврђена правним нормама. Правни пореци државини дају улогу правне чињенице, која ће под одређеним условима утврђеним правним нормама, изазвати правне последице као што су, настанак, промена или престанак правних односа поводом ствари.[4]

За државину се обично везују значајне правне последице, као што су специфична, самостална правна заштита путем интердиката, као и посебан положај држаоца у односу на власника коју захтева своју ствар. За многе ауторе заштита државине је једина правна последица државине јер се признаје свакој државини без обзира на њена својства.[5]

Предност држаоца је наглашена у случају публицијанске парнице јер ће тужилац иако му је државина једнака по квалитету са државином туженог изгубити публицијански спор због тога што се ствар налази у државини туженог. Ово правило важи још од римског права: „*In pari causa possessor potior haberi debet*“.[6] У средњевековној правној науци преузето је као: „*In pari causa possessionis melior est condicio possidentes*“. У Општем имовинском законику за Црну Гору ово правило гласило је: „Кад се више њих око шта препиру, а прилике су за свакога једнаке првенство је држитељу“.[7] Према нашем Закону о основама својинско-правних односа (у даљем тексту ЗОСПО): „Ако су правни основи (квалификованих држалаца – прим. аутора), исте јачине, првенство има лице код кога се ствар налази“.[8]

---

[1] Изрека римског песника Horatiusa; Carmina 4.9. 45, према Лексикону грађанског права, Београд, 1996, стр, 47.

[2] Француски грађански законик, члан, 2279.

[3] А. Ђорђевић, Систем приватнога (грађанскога) права, Београд, 1903 године, стр. 20.

[4] A. Ehrenzweig, System des osterreihischen allgemainen Privatsrechts, Bd, I, Sachenrecht, Wien, 1957, стр, 55.

[5] A. Randa, Das Besitz, nach osterreichischem Rechte, Leipzig, 1895. str. 174.

[6] Digesta 50.17.128.

[7] Општи имовински законик за Црну Гору из 1888, члан 1013.

[8] ЗОСПО, члан 41, став 2.

Следећа погодност држаоца који је имао квалификовану државину и ствар држао законом одређено време је у томе да може постати власник одржајем на ствари коју њен власник нема у државини нити предузима радње ради заштите свог права.

Уколико је иста ствар отуђена двојици или већем броју лица, право својине стиче онај коме је ствар предата у државину под условом да је савестан стицалац.

Државина је основ за правну претпоставку да онај ко се понаша као власник покретне ствари има и право својине на њој: зато у одређеним случајевима није на држаоцу да доказује да има право, него је не другој страни да ту презумцију обори, уз ризик да изгуби парницу ако у томе не успе.[9]

Правни пореци државини признају многе погодности које се у правној теорији своде на две основне функције државине:

1. Функција публицитета, коју има непосредна државина на покретним стварима, према трећим лицима и
2. Функција континуитета и заштитна функција која има за циљ одржавање стабилних друштвених односа у погледу ствари.[10]

1. За стварна права, због њиховог апсолутног дејстава, као и за облигациона права у вези са ствари која су трајније природе (закуп, најам и сл.) потребан је публицитет, који је од посебног значаја за трећа лица. Функцију публицитета има државина и то, непосредна државина. Непосредна државина, својом споља видљивом егзистенцијом чини видљивим и постојање оних права у погледу ствари која се остварују држањем ствари. Та функција је традиционално поверена државини када су у питању покретне ствари, док у случају непокретности функцију публицитета имају, јавни регистри у које се уписују непокретности – земљишне књиге или катастар непокретности.

Субјективна права у погледу ствари добијају потребан публицитет путем непосредне државине. Али свака државина не мора да има основ у субјективном праву које држаоца овлашћује на држање ствари. Има случајева када државина не почива на правном основу, али и ове случајеве несклада државине са правом, правни поредак штити на одређени начин. „Посјед игра улогу вањске слике субјективног права, али та слике може и

[9] Лексикон грађанског права, Београд, 1996, стр. 47.

[10] Н. Гавела, Посјед ствари и права, Загреб, 1990, стр. 91; Д. Стојановић, Стварно право, Београд, 1991, стр. 18.

да вара. Никада није могуће сасвим искључити случајеве у којима ће нека особа поседовати, а да нема за то основу у субјективном праву. У таквим случајевима посјед ствара само привид субјективног права. Да би одржали поверење у посјед као слику субјективних права правни пореци морају отклонити или знатно ублажити последице које настају због несагласности између стварног и правног стања и заштитити она лица која су се без своје кривице поуздала да посјед даје реалну слику о субјективном праву. Савремени правни пореци и уз посјед који је само привид права вежу правне последице као и у случају да то право заиста и постоји. То посједу даје самосталну улогу независну од права на посјед. Публицитетну функцију извршава, дакле, посјед као такав, без обзира да ли је основан на праву или не".[11]

Правне последице које произилазе из публицитетне функције државине су: а) државина има важну улогу као начин стицања (*modus acquirendi*) стварних права; б) за државину је везана претпоставка о праву својине; ц) могућност стицања права од држаоца који нема право на ствар (стицање од невласника); д) држалац је одговоран за штету која потиче од ствари која се налази у његовој државини.

2. Правне последице које произилазе из континуитетне функције су: а) заштита државине од одузимања или сметања; б) повољнији положај држаоца код кога се ствар налази, у петиторном спору *actio Publiciana*; в) положај држаоца приликом враћања ствари власнику по основу петиторног спора: acito rei vindicatio; г) могућност да државина које је имала одређене квалитете и трајала законом одређено време, путем одржаја прерасте у право својине.

У немачкој правној теорији (*Gierke*, *Huber*) истичу се три функције државине у случају покретних ствари: а) дефанзивна функција државине (држалац покретне ствари је претпостављени власник и државина олакшава заштиту права својине); б) транслативна функција државине (приликом преноса права својине на покретној ствари или при конституисању неког другог стварног права потребно је да се на прибавиоца пренесе државина ствари, јер сама сагласност странака није довољна да се пренесу стварна права); ц) јавна функција државине (савесни прибавилац покретне ствари који је прибавио државину са правним основом од лица коме је та ствар поверена, прибавља право својине иако његов претходник није био овлашћен да изврши пренос права својине).[12]

Према Д. Стојановићу, државина има три функције: 1. Функција публицитета – државина на покретним стварима ствара публицитет за

[11] Н. Гавела, *op. cit*, 92.

[12] В. Спаић, Грађанско право (општи део и стварно право), Сарајево, 1971, стр. 466.

стварна права на основу чега она постаје споља видљива, обележена. Публицитетна функција се манифестује: а) државина је средство и форма за пренос својине на покретним стварима; б) за државину је везана претпоставка о својини и ц)савесно стицање од држаоца постоји увек ако се стиче покретна ствар од неовлашћеног лица. 2. Функција континуитета – правни поредак признаје интерес држаоца да што дуже задржи фактичку власт на ствари. Том циљу служи: а) облигационоправни положај једног лица појачава се државином; б) дејство одржаја и ц) обезбеђујуће деловање државине (члан 31. ЗОСПО). 3. Заштитна функција државине-државина ужива самосталну и од права на ствар независну заштиту.[13]

Независно од наведених класификација значај и функције државине су вишеструке. Навешћемо неке од њих.

1. Државина као начин (*modus acquirendi*) стицања стварних права

Наше право (као и немачко, швајцарско, аустријско итд.) као услов за стицање стварних права на ствари предвиђа успостављање државине на тој ствари. Без стицања државине, не могу се (по правилу) стећи право својине нити било које друго стварно право. „Сврха овог система стицања стварних права је управо омогућавање посједу да обавља своју публицитетну функцију. Јер ако је посјед нужан за стицање стварног права, тада то дозвољава закључак да је онај ко је стекао посјед неког објекта, по свој прилици, тиме стекао и оно стварно право које врши кроз посједовање тог објекта“.[14]

Стицање државине на ствари је само један од услова, али не довољан, за стицање стварних права. Да би дошло до деривативног стицања потребан је: а) правни основ (*iustus titulus)* који представља неки од уговора којим се стиче право својине или неко друго стварно право, и б) предаја ствари у државину стицаоца права својине или неког другог стварног права, као начин стицања у ужем смислу (*modus acqurendi*). Овај начин стицања се другачије назива традицијски (потребна је традиција ствари) начин стицања.

Овакав начин стицања стварних права, у којем се захтева предаја ствари у државину стицаоца као услов за стицање права, не познају сви правни системи. На пример у француском праву својина се стиче само на

[13] Д. Стојановић, Стварно право, *op. cit*, стр.18.
[14] Н. Гавела, *op. cit*, стр, 93.

основу пуноважног уговора који има за основ пренос својине, а предаја ствари у државину стицаоца није потребна. У овом случају уговор има транслативно дејство. За стицање стварних права довољан је значи само правни основ – *iustus titulus*, док предаја ствари није потребна. Овај систем поред предности има лоше стране које се огледају у недостатку публицитетне функције државине у односу на трећа лица.

Државина ствари је поред других услова предвиђених законом претпоставка за стицање права својине оригинарним путем. Слично је и са осталим стварним правима (на пример код заложног права).

Државина има функцију публицитета код стицања стварних права на покретним стварима, јер у случају непокретности функцију публицитета имају земљишне књиге у које се уписују непокретности и стварна права на њима. Значи, државина губи своју функцију публицитета у погледу стварних права на непокретностима, а има је једино у погледу стварних права на покретним стварима.

Законом о основама својинско-правних односа предвиђен је још један случај у којем долази до изражаја функција публицитета државине. То је случај „када је више лица закључило посебне правна послове ради стицања права својине на исту покретну ствар која је индивидуално одређена, то право стиче лице коме је ствар прво предата“.[15] Ово правило познато је још од римског права према коме: *Manifesti iuris est euem, cui priori traditium est, in detinendo domino esse potiorem.* Аустријски грађански законик садржи правило „да ако је каква покретна ствар била, једно за другим, предата неколицини лица, онда право државине припада ономе који је има у својој власти“.[16] Према Грађанском законику за Кнежевину Србију, „где се распра о праву на државину дигне, па се сумња роди, онда се држи да је на онога страни право који управо ствар држи. Онај коме то драго није, и противслови, нека противно докаже“.[17]

2. Државина као претпоставка о праву својине на ствари

У неким правима важи оборива правна претпоставка, утврђена законом, да је држалац ствари уједно и њен власник. Законска претпоставка да је држалац покретне ствари и њен власник важи у немачком праву (§ 1006.

[15] Закон о основама својинскоправних односа, члан 35.
[16] Аустријски грађански законик, члан 322.
[17] Грађански законик за Кнежевину Србију, члан 202.

Немачког грађанског законика). По швајцарском праву ова претпоставка важи за самосталног држаоца покретне ствари (члан 930. Швајцарског грађанског законика). Аустријски грађански законик (§ 323), садржи правило да се“ о држаоцу какве ствари претпоставља да има пуноважан правни основ; он се дакле не мора позивати да исти докаже“.

За разлику од горе наведених правних система који прихватају ову обориву правну претпоставку да је држалац ствари истовремено и њен власник, наше право (ЗОСПО, члан 41), садржи претпоставку да је држалац власник (претпостављени власник), ако има квалификовану државину (законити, савесну, и праву). Наше право није прихватило широку законску претпоставку да је држалац њен власник, него да је то само законити, савестан и прави држалац (квалификовани, узукапиони, публицијански држалац) и то „претпостављени власник“. Према ЗОСПО, „лице које је прибавило индивидуално одређену ствар по правном основу и на законит начин, а није знало нити је могло знати да није постало власник (претпостављени власник), има право да захтева њен повраћај и од савесног држаоца код кога се та ствар налази без правног основа или по слабијем правном основу“.[18]

На ову законску претпоставку се у нашем праву позива, бивши држалац ствари (претпостављени власник) као тужилац у спору за заштиту својине – публицијанска тужба. Ова петиторна Публицијанска тужба може да има два вида: а) публицијанска тужба, којом квалификовани држалац, претпостављени власник има право да тражи повраћај ствари од савесног држаоца код кога се ствар налази без правног основа или по слабијем правном основу (члан 41. ЗОСПО); и б) негаторна публицијанска тужба, којом претпостављени власник од трећег лица захтева да престане са узнемиравањем његове квалификоване државине (члан 42. ЗОСПО).

Ако се два лица сматрају претпостављеним власницима на истој ствари, јачи правни основ има лице које је ствар стекло теретно у односу на лице које је ствар стекло бестеретно. Ако су правни основи ових лица исте јачине, првенство има лице код којег се ствар налази (члан 41, став 2. ЗОСПО). У случају да су обе државине једнако квалификоване (подобне за редовни одржај) и обе се заснивају на теретном или доброчином правном послу спор ће добити тужени јер се ствар налази у његовој непосредној државини: *in pari causa melior est conditio possidentis* (у случају равног права првенство припада држаоцу).

У случајевима на које се не односи ова законска претпоставка, постоји „фактичка“ претпоставка, да је држалац и власник ствари коју има у државини одн. овлашћени држалац права које у погледу ње врши.

[18] Закон о основама својинско-правних односа, члан 41.

3. Улога државине код стицања од невласника

Функција публицитета државине има за последицу да се заштите сва она лица која се у промету покретним стварима (јер не важи за непокретности), поуздају у чињеницу да државина одговара садржају неког права коју држалац врши. Може се догодити да неко лице (савестан стицалац), верујући да је држалац ствари, њен власник, закључи са њим уговор о продаји те ствари, која му буде предата да би стекао право својине, иако држалац није њен власник. У овом случају се поставља питање да ли је савестан стицалац покретне ствари, који има ваљан правни основ и којем ја ствар предата у државину стекао право својине од лица који није њен власник. У римском праву се ствар није могла стећи од невласника јер: „*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*“. [19] У нашем предратном праву, било је могуће стицање својине од невласника под следећим условима: а) ствар мора бити покретна; б) стицалац мора бити савестан; ц) уговор мора бити пуноважан и управљен на пренос права својине; д) уговор мора бити теретан, уз накнаду и е) да је ствар предата стицаоцу. Поред ових услова који кумулативно треба да се испуне захтевало се да је стицалац „ту ствар купио или на јавној продаји или од трговца који обично са таквим стварима тргује, или од занатлије који такве ствари прави или од онога коме је господар исту ствар на послугу или на оставу или у залогу дао, или би ствар иста под каквим год видом поверена била“.[20]

Закон о основама својинско-правних односа у члану 31, регулише стицање од невласника. „Савесно лице стиче право својине на покретну ствар коју је прибавило уз накнаду од невласника који у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари, од невласника коме је власник предао ствар у државину на основу правног посла који није основа за прибављање права својине, као и на јавној продаји“[21]. Да би се стекло право својине од невласника потребно је да се испуне следећи услови: а) стицалац мора бити савестан, значи да није знао нити је морао знати да држалац ствари коју прибавља није њен власник; б) ствар мора бити покретна; ц) стицалац треба да је прибавио ствар, а то значи да је стекао на њој самосталну и непосредну државину. Ако му је ствар предата у самосталну али посредну државину, он на њој не стиче својину све док му

[19] Paulus -D. 50,17,120.

[20] Грађански законик за Кнежевину Србију, §221; слично Аустријски грађански законик, §367.

[21] ЗОСПО, члан 31,став 1.

не буде предата у непосредну државину; д) стицалац треба да је ту ствар прибавио од лица које је у том тренутку било њен држалац, али не и њен власник, него му је власник ту ствар био предао у несамосталну државину на основу правног посла, који није основ за прибављање права својине (на пример, од плодоуживаоца, послугопримца, залогопримца, депозитара итд.). Са овим је изједначен и случај када је стицалац ствар прибавио на јавној дражби, чак и у случају када је та ствар изашла из државине власника против његове воље (украдена му је, изгубио је, затурио и сл.); е) стицалац треба да је ствар прибавио уз накнаду.

Законом о облигационим односима предвиђен је један посебан случај стицања од невласника када се у питању хартија од вредности. „Савестан прибавилац хартије од вредности на доносиоца постаје њен законити ималац и стиче право на потраживање уписано на њој и када је хартија од вредности изашла из руку њеног издаваоца, односно њеног ранијег имаоца и без његове воље“.[22]

4. Одговорност држаоца за штету која потиче од ствари у његовој државини

За штете од опасних ствари одговорно је оно лице у чијој се непосредној државини ствар налазила у тренутку проузроковања штете. Законом о облигационим односима , предвиђени су неки случајеви у којима је одговоран њихов „ималац“ – држалац ствари , ако се ради о опасној ствари или опасној делатности. „За штету од опасне ствари одговара њен ималац, а за штету од опасне делатности, одговара лице које се њом бави“.[23] Поред овог случаја када је одговоран непосредни држалац Закон је предвидео и друге случајеве одговорности држаоца за штету од опасне ствари. „Уместо имаоца ствари, и исто као он, одговара лице коме је ималац поверио ствар да се њоме служи или лице које је иначе дужно да је надгледа, а није код њега на раду“.[24] Ималац ствари који повери ствар другом постаје посредни држалац, одговоран је штету од опасне ствари као и лице коме је ствар поверена, непосредни држалац. Лице које непосредно извршава фактичке радње у погледу опасне ствари јер је на раду код имаоца није непосредни држалац ствари него само детентор *(Besitzdiener)* па није одговоран за штету него онај чија је ствар – ималац ствари. „У случају када је од-

[22] Закон о облигационим односима, члан 239, став 4.
[23] Закон о облигационим односима, члан 174.
[24] Ibidem, члан 176, став 1.

говорно лице исплатило накнаду оштећеном лицу, има право да захтева цео њен износ од имаоца".[25] Значи непосредни држалац за случај да је надокнадио штету оштећеном има право да се регресира од имаоца-посредног држаоца. Закон предвиђа и да је посредни држалац који је поверио ствар лицу у непосредну државину које није оспособљено или овлашћено да њоме рукује, одговара за штету која потекне од те ствари. Посредни држалац ће иначе бити одговоран, заједно са непосредним, према оштећеном лицу, уколико је штета наступила из неке скривене мане или скривеног својства ствари на коју му није скренуо пажњу.[26]

Онај ко је напоредну државину опасне ствари стекао противправно одузимањем од њеног имаоца, одговараће за штету које би од те ствари наступила, осим ако сам ималац ствари није одговоран што је дошло до њеног одузимања.[27]

5. Функција државине у стицању права својине одржајем

Одржај је један од оригинарних начина стицања права својине на основу државине која има одређене квалитете (узукапиона државина) и која је трајала законом утврђено време." Време претвара факат у право уз услов да постоји воља стицаоца."[28] Одржај има за последицу да се фактичка власт, претвара у правну, тј. да државина као фактичко стање, под одређеним условима прераста у субјективно право. Ако неко лице дуже времена држи ствар као да је њен власник, он ће уз испуњење осталих законских услова, заиста постати њен власник. Исто тако, ако неко извршава садржај неког права као да му оно припада, и уколико су испуњени и

[25] Ibidem, члан 176, став 3.

[26] Члан 175, став 4 . ЗОО гласи: „Ималац опасне ствари који ју је поверио лицу које није оспособљено или није овлашћено да њоме рукује, одговара за штету која потекне од те ствари". Став 2. ЗОО „ Али ће поред њега одговарати и ималац ствари ако је штета произашла из неке скривене мане или скривеног својства ствари на коју му није скренуо пажњу".

[27] Према члану 175 ЗОО „Ако је имаоцу одузета опасна ствар на противправан начин, за штету која од ње потиче не одговара он, него онај ко му је одузео опасну ствар, ако ималац за то није одговоран".

[28] У предговору књиге Арсена Чубинског : О застарелости у грађанском праву, Београд 1927, Живојин М Перић истиче мисао аутора монографије, да је код одржаја „чинилац опет воља појединца, јер ако се онај у корист кога се навршио одржај одн. застарелост не позове на њих неће бити одржаја ни застарелости", стр. 7.

остали законски услови, одржајем ће постати титулар тог права. Циљ одржаја је да се отклони трајнији несклад између државине и својине, да се стабилизује одређено стање које већ дуже времена фактички постоји. Претварање фактичког стања у правно „је фактор пацификације односа у којима постоје отворена питања, чиме се доприноси остварењу важне друштвене потребе за стабилношћу и извесношћу у правним односима“.[29] Циљ одржаја је , дакле вишеструк, поред интереса стицаоца (узукапиента) постоји општи интерес за поједностављење и умирење правног поретка. Повећава се степен правне сигурности у друштвеним односима, и поверење у правни промет, јер се стицањем права својине путем одржаја, отклања сумња припадају ли заиста ствари и права онима који их имају у државини.

Квалификована државина (савесна и законита) уз одговарајући протек времена је један од битних услова за стицање права својине одржајем. Према ЗОСПО (чл. 28, став 1-3), савестан и законит држалац покретне ствари на којој други има право својине, стиче право својине на тој ствари одржајем протеком рока од три године. Савестан и законити држалац непокретне ствари на којој други има право својине, стиче право својине на тој ствар одржајем протеком десет година.

Уколико је државина била само савесна, али не и законита, рокови за одржај су дужи јер је квалификованост државине мања. Стога, савестан држалац покретне ствари на којој други има право својине, стиче право својине на тој ствари одржајем протеком десет година, а уколико је у питању непокретност, рок за одржај износи двадесет година.

Одржајем могу да се стичу и нека права под претпоставком да су подобна за стицање одржајем. Нису сва права подобна за стицање путем одржаја и о томе је у правној теорији било различитих схватања од оних да се сва права са трајним извршењем могу стећи одржајем, па све до негирања могућности држања и стицања права одржајем. Према члану 54. ЗОСПО, одржајем се може стећи право стварне службености, јер се једино она третира као државина права. „ Стварна службеност стиче се одржајем када је власник повласног добра фактички остваривао службеност за време од 20 година, а власник послужног добра се томе није противио“. У неким страним правима, ни све врсте стварних службености нису подобне за стицање одржајем него само оне које су видљиве[30], или оне које су континуиране[31]. Наше право не прави никакву разлику између стварних службености у погледу њихове подобности за стицање одржајем, јер су све

[29] О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, Београд, 1996, стр. 129.
[30] Италијански грађански законик, члан 1061.
[31] Француски грађански законик, члан 690, 691.

стварне службености без изузетка подобне за стицање одржајем. „Стварна службеност се не може стећи одржајем ако је вршена злоупотребом поверења власника или држаоца послужног добра, силом, преваром или ако је службеност уступљена до опозива“ (члан 54, став 2. ЗОСПО).

Да би се одржајем могло стећи право стварне службености потребно је да стицалац држалац тог права, тј. да постоји стање у којем он за себе фактички извршава овлашћења која чине садржај тог права, као да му то право припада. Његова државина мора бити ефективна, јер наше право не признаје табуларну државину, па ни табуларни одржај. Не само да је дозвољено контратабуларно стицање стварних службености него „титулар стварне службености стечене одржајем која није уписана у земљишну књигу може своје право са успехом истицати и према савесном стицаоцу права власништва на послужном добру“.[32]

Стицаочева државина треба непрекидно да траје читаво време које је потребно за стицање права стварне службености путем одржаја. Стицалац треба да буде савестан и да државину права није стекао, *vi, clam, precario.*

Државина је законита ако се заснива на пуноважном правном основу који је потребан за стицање права својине и ако није прибављен силом преваром или злоупотребом поверења (члан 72. став 1 ЗОСПО). Правни основ не сме бити ништав, док његова рушљивост сама по себи не спречава да државина буде законита. Правни основ мора објективно бити ваљан (правом признат), без обзира шта о томе мисли држалац који није власник (тзв. Путативни правни основ). Поред законитости за редован одржај захтева се и савесност државине. Државина је савесна ако држалац не зна или не може знати да ствар коју држи није његова. Савесност државине се претпоставља. (члан 72. став 2 ЗОСПО).

За појам савесности није довољна чињеница да је држалац у извињавајућој, оправданој, заблуди о праву чију садржину врши, него се захтева да није могао ни морао према објективним приликама и околностима посумњати да није титулар права чију фактичку власт врши.

Culpa lata искључује савесност. Савесност је потребна за читаво време трајања одржаја. Моментом када држалац престане да буде савестан прекида се време за одржај.

Манљива државина не може довести до стицања права својине одржајем.

[32] Закључак (бр.2, тачка 3.) заузет на Саветовању грађанског и грађанско-привредног оделења Савезног суда, Врховних судова република и аутономних покрајина, (Билтен судске праксе Савезног суда, 25/1986, 44).

6. Државина као услов за стицање права својине окупацијом

Окупација (*occupatio*) је стицање права својина на ничијим стварима (*res nullius*) које настаје узимањем ових страви у државину са вољом да се на њима заснује право својине. *Res nullius cedit occupanti*-ничија ствар припада заузимаоцу[33].

Окупација представља прибављање својине једностраним актом прибавиоца, на стварима које је њихов власник напустио (дерелинквирана ствар), узимањем тих ствари у државину са намером да се оне присвоје. Према нашем праву окупацијом се могу стећи само покретне ствари.[34] Непокретности не могу бити *res nullius (nulle terresans seigneur),* а када се не налазе у својини физичких и правних лица прелазе у државну својину.

Према ЗОСПО, „на покретну ствар коју је њен власник напустио, право својине стиче лице које је узело ту ствар у државину са намером да је присвоји (окупација), ако законом није другачије одређено. На непокретностима се не може стећи право својине окупацијом“.[35]

Да би се покретна ствар стекла у својину окупацијом потребно је да се испуне одговарајући услови. То су:

- Постојање материјалног акта присвајања одређене ствари (узимање ствари у државину). Радња узимања ствари у државину (апрехензиона радња), треба да има за последицу настанак самосталне државине на ствари.
- Узимање ствари у самосталну државину треба да буде праћена намером да се та ствар присвоји, учини својом *(animus occupandi).* Акт узимања без намере стицања својине, није акт присвајања. Није довољно да радња присвајања буде предузета са намером да се ствар присвоји, него и воља за присвајањем мора бити правно релевантна.
- Ствар треба да буде подобна за стицање окупацијом. Право својине окупацијом може се стећи на ничијим стварима. Ничије ствари су оне које су: а) изворно ничије или су, б) напуштене ствари. Изворно ничије су оне ствари на којима нико није имао право својине, које се никада нису налазиле ни у чијем праву својине. Напуштене ствари *(res derelictae)*, су оне којих се њихов власник, својом слободном вољом одрекао. Значи, потребан је

[33] О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, *op. cit.* стр. 165.
[34] Д. Стојановић, Стварно право, *op. cit.* стр. 163.
[35] ЗОСПО, члан 32.

animus dereliquendi. Не сматрају се напуштеним оне ствари које је власник напустио или бацио у нужди (пожар, поплава и сл.) или је изгубио државину у неком несрећном случају или катастрофи. У сумњи да ли је нека ствар ничија или није важи оборива правна претпоставка да ствар није ничија.

- Стицалац ствари треба да буде способан и овлашћен за њено присвајање. За стицање права својине окупацијом способна су сва физичка и правна лица, ако су на то овлашћена законом или дозволом надлежног државног органа. Присвајање ничијих покретних ствари у начелу је свакоме допуштено, осим оних које се иначе не могу прибавити или употребљавати без административне дозволе (на пример неке врсте оружја, опојна средства, и сл.).

Према ЗОСПО право својине окупацијом не може се стећи на непокретним стварима. Правило да се на непокретностима не може стећи право својине окупацијом прихваћено је и у Грчком грађанском законику (члан 1076) као и Пољском грађанском законику (члан 180). Према Закону о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске, власник непокретности може се одрећи свог права својине на њој, али она тиме не постаје ничија, него самим тим *ex lege,* прелази у државну својину. С обзиром да је ово право установљено Законом није потребан упис у земљишне књиге као начин публицитета. Према Швајцарском грађанском законику (члан 658), окупацијом се може стећи право својине како на покретним тако и на непокретним стварима које је власник напустио, под условом да је за непокретне ствари потребан испис из земљишних књига на основу изјаве о одрицању од права својине. У немачком праву се на непокретним стварима којих се њихов власник одрекао заснива државна својина с тим што је поред исписа из земљишних књига за дотадашњег власника потребно извршити упис на име одговарајућег државног субјекта (параграф 928).

7. Правни положај држаоца приликом враћања ствари власнику у спору за заштиту својине

Правила која се односе на положај држаоца у погледу враћања ствари власнику парницама за заштиту својине потичу из римског права. Под његовим утицајем су и у данашња права преузета великим делом ова правила. Заједничка им је карактеристика да штите интересе савесног држаоца у односу на несавесног. Власник ствари у погледу повраћаја ствари од савесног држаоца има мања права него према несавесном.

Према ЗОСПО, „власник може тужбом захтевати од држаоца повраћај индивидуално одређене ствари“ (члан 37, став 1). Својинску тужбу за повраћај ствари (*rei vindicatio*) подиже власник који нема државину против држаоца код кога се ствар налази, а који нема својину на тој ствари. Циљ тужбе је повраћај индивидуално одређене ствари, тј. преношење непосредне државине на власника ствари. Поред основног захтева на предају ствари власник има право на споредне захтеве које се односе на плодове које је ствар дала и накнаду штете настале погоршањем или пропашћу ствари. Држалац ствари има право на противзахтев у погледу трошкова које је имао поводом ствари која се враћа власнику.

а) Споредни захтеви власника према држаоцу ствари

Од момента одузимања ствари власнику до момента њеног повраћаја од стране држаоца може проћи дуже времена. Поставља се питање: да ли користи које је давала ствар у међувремену (плодови и користи од ствари), припадају власнику ствари или не. Чланом 38. ЗОСПО, регулисано је питање споредних захтева власника према држаоцу уколико суд удовољи његовом тужбеном захтеву, с тим што се прави разлика између савесног и несавесног држаоца ствари.

„Савестан држалац (лице које оправдано верује да је власник ствари), предаје ствар власнику са плодовима који још нису убрани. Савестан држалац није дужан да плати накнаду за коришћење ствари нити одговара за погоршање и пропаст ствари који су настали за време његовог савесног држања“ (члан 38, став 1 и 2).

Правило да савестан држалац не одговара власнику за пропаст одн. оштећење ствари треба тумачити тако да се не односи на све држаоце. Он би могао да важи само за самосталног, тзв, својинског држаоца, онога који је ствар држао као своју. Ако је држалац ствар држао као туђу, на пример као плодоуживалац, чак и ако је био савестан требало би да одговара власнику за пропаст и оштећење власникове ствари. Плодоуживалац не сме да уништава или оштећује ствар, коју ужива, па га савесност држања ствари не оправдава за дело које је учинио. Законодавац је у том смислу могао јасније формулисати ову одредбу.

Несавестан држалац (лице које је знало, или према околностима могло знати да није власник ствари), дужан је власнику да преда ствари и све плодове које је ствар дала. За разлику од савесног, несавесни држалац, с обзиром да је, *mala fides,* дужан је да надокнади вредност убраних плодова које је потрошио, отуђио или уништио, као и вредност плодова које је пропустио да убере. Несавестан држалац дужан је да накнади штету која је

настала погоршањем или пропашћу ствари, осим ако докаже да би штета настала и да се ствар налазила код власника.[36] Као несавестан држалац се третира не само лице које од почетка зна да му ствар не припада, већ и „*quasi mala fidec*“ оно лице које је од почетка виндикационог спора, до достављања тужбе било савесно, али је после достављања тужбе сазнало да му ствар коју држи не припада. Власник може доказивати да је савестан држалац постао несавестан и пре достављања тужбе (члан 39, став 7, ЗОСПО).

Несавестан држалац и „*quasi mala fides“* држалац одговорни су власнику ствари за сваку штету и пропаст ствари која је последица њихове кривице. Они се могу ослободити од одговорности за погоршање и пропаст ствари само ако докажу да би штета настала и да се налазила код власника.

Право власника да од несавесног држаоца захтева предају убраних плодова и накнаду вредности плодова које је потрошио, отуђио, пропустио да убере или уништио, застарева за три године од дана предаје ствари.[37]

б) Противзахтеви држаоца ствари

Право да постави противзахтев за накнаду трошкова има држалац према власнику ствари без обзира на његову савесност, значи и савестан и несавестан држалац ствари. Разлика између савесног и несавесног држаоца свакако постоји у погледу накнаде различитих врста трошкова које може да захтева од власника ствари.

Закон о основама својинско-правних односа, све трошкове које је у погледу ствари имао држалац дели на: нужне, корисне и трошкове учињене ради свог задовољства или улепшавања ствари(луксузне трошкове).

Нужним трошковима сматрају се они који су неопходни за одржавање ствари, а које би власник морао да учини да се ствар налазила код њега. Ове спадају трошкови текућег одржавања и поправке ствари као и трошкови у вези испуњавања неких друштвених обавеза, као што су плаћање пореза, накнаде за грађевинско земљиште, премије осигурања и сл. Корисни трошкови су они који којима се увећава вредност ствари. Луксузни трошкови су они које је држалац учинио ради свог задовољства или улепшавања ствари.[38] Општи имовински законик за Црну Гору дефинише

[36] ЗОСПО, члан 39, став 1-3.

[37] ЗОСПО, члан 40, став 1.

[38] О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, *op. cit.* стр. 187; Д. Стојановић, Стварно право, *op. cit.* стр. 187.

их на следећи начин. Нужне које назива потребним су „они који се чине да се ствар сачува од пропада или од замашна квара и штете, чему иначе избјегла не би. Користан је сваки трошак којим се ствари подигне вриједност, или јој се дохоци умноже. Сваки други трошак осим потребног и корисног бива самохотан, па био он учињен невјештином или ради прољепшања ствари, или ради какве особите личне угодности држитељеве“.[39]

Савесни држалац има право на нужне и корисне трошкове у мери у којој ти трошкови нису обухваћени користима које је он добио од ствари. Савестан држалац има право да задржи ствар (право ретенције), тј. да одбије да је преда власнику, док му власник не надокнади износ нужних и корисних трошкова. Потраживање накнаде нужних и корисних трошкова застарева за три године од дана предаје ствари.[40]

Савесни држалац има право на накнаду трошкова које је учинио ради свог задовољства или улепшавања ствари (луксузни трошкови) само уколико је вредност ствари повећана, дакле само у случају када су луксузни трошкови истовремено и корисни. Ако се оно што је учињено ради задовољства или улепшавања ствари може од ње одвојити без њеног оштећења, савестан држалац има право да то одвоји и задржи за себе (*ius tollendi*).[41] У нашем предратном праву савесни држалац није имао право на луксузне трошкове, али је имао *ius tollendi* – право да узме оно што је уложио, уколико то не оштећује саму ствар. Поштен држалац могао је користити *ius tollendi*, али није морао, макар да је власник од њега тражио да успостави пређашње стање. Њему је припадало право избора, да ли ће се послужити са *ius tollendi* или ће луксузне трошкове препустити власнику, али наравно без накнаде.[42]

Несавесни држалац може тражити накнаду нужних трошкова које би имао и власник да се ствар налазила код њега. На корисне трошкове има право само ако су корисни лично за власника ствари.[43] Код накнаде корисних трошкова несавесном држаоцу није меродаван објективни критеријум корисности трошкова за саму ствар као у случају савесног држаоца (савестан држалац може увек да захтева накнаду ових трошкова), већ субјективни критеријум, користи за самог власника. То значи, да се несавесном држаоцу, неће као савесном, увек надокнадити ови трошкови, већ само ако су лично корисни за власника ствари.[44]

---

[39] ОИЗ за Црну Гору, члан, 842-846.
[40] ЗОСПО, члан 38. Став, 3,4,5,7 и 8.
[41] ЗОСПО, члан 38, став 6.
[42] Ч. Рајачић, Стварно право, први дио, Загреб 1956, стр. 16.
[43] ЗОСПО, члан 39, став 4 и 5.
[44] Д. Стојановић, Стварно право, *op. cit*, стр.188.

Несавестан држалац нема право на накнаду трошкова које је учинио ради свог задовољства или улепшавања ствари, али може да однесе ствар коју је уградио ради свог задовољства или улепшавања ствари када се она може одвојити без оштећење главне ствари.[45] Значи, несавестни држалац нема право на накнаду луксузних трошкова, али има *ius tollendi*, под условом, да се може одвојити без оштећења главне ствари. „Несавесни држалац не само да има право на ius tollendi , него има и обавезу да изврши *ius tollendi*, што значи да успостави пређашње стање, ако то власник од њега захтева. Несавесни држалац ће извршити *ius tollendi*: а) ако сам то жели и б) ако то од њега власник тражи. Савесни држалац ће извршити *ius tollendi*, само ако то жели. Уколико је извршен *ius tollendi,* а догоди се да је ствар добила на вредности, и савестан и несавестан држалац имају право на накнаду трошкова за повећање вредности ствари као у случају нужних и корисних трошкова, тј. један по објективном, а други по субјективном критеријуму“.[46]

За разлику од савесног држаоца несавесни држалац нема право да задржи власникову ствар (право ретенције), док му власник не надокнади нужне и корисне трошкове које је имао у погледу власникове ствари.

Потраживање несавесног држаоца ствари у погледу накнаде нужних и корисних трошкова застарева за три године од дана предаје ствари.[47]

Ова питања која се односе на захтеве власника према држаоцу ствари и држаоца према власнику, као и накнаде трошкова које држалац има према власнику ствари у нашем ЗОСПО, као и у другим законицима (немачком, грчком, мађарском, пољском итд.) регулишу се у делу који се односи на својинску тужбу (*rei vindicatio*), док је у Аустријском грађанском законику, Грађанском законику за Кнежевину Србију, Општем имовинском законику за Црну Гору, ово питање регулисано у поглављима и деловима, који се односе на државину.

[45] ЗОСПО, члан 39, став 6.
[46] Ч. Рајачић, Стварно право, *op. cit.* стр.16.
[47] ЗОСПО, члан 40, став, 2.

Danica Popov, Ph.D. Full professor
Novi Sad School of Law

The Importance of Possession to Acquire Ownership

Abstract

Possession is defined as psihical detention coupled with intention to hold the thing detained as ones own. Possession is prima facie evidence of ownership. Possession is nine-tenths of the law, it means that possession is good against all the person, except the true owner. Possession means continuing exercise of a claim to the exclusive use of a material object. Importance of possession in reachig ownwrship is the great. Possession is capable of riping into ownwrship by *usucatio* if it is: held *ex iusta causa*, *bona fidae,* and free from *vitium.* Besides of this conditions, mentioned above, it is necessary effluxion of time, which is different for chattel real, and chattel movable, and qualification of possession. *Occupatio* is taking possession of a thing belonging to nobody (*res nullius*) but capable of being owner. Other contition used to be ownwrship is *animus occupandi*. It is posible if thing are derelicted. Derelicton is act of abandoning a chattel or movable. This article also gives overview of protection of possession especialy of *Actio publiciana.*

347.2(497.11)

Др Раденка Цветић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

СТВАРНО ПРАВО СРБИЈЕ – КАКО ДАЉЕ?

Сажетак: *Овај рад представља наставак истраживања започетог у оквиру чланка „Стварно право Србије у европским оквирима“. Резултат је сагледавања једногодишњег периода који је остао за нама и покушај сумирања онога што је учињено у превазилажењу тада уочених проблема, пре свега проблема недовољно и неадекватно регулисаног стварног права. У том смислу, приказано је шта је учињено у погледу успостављања униформне и то јединствене евиденције непокретности, која је, с обзиром на чињеницу да је на 81% територије Србије основан катастар непокретности, постала реалност, иако је дуги низ година била углавном само позитивноправно решење које може бити напуштено у корист земљишних књига. Затим, приказане су новине које је у области хипотекарног права унео Закон о хипотеци, који је ступио на снагу 2006. године, и апострофирана њихова оправданост, уз наду да ће правна пракса потврдити квалитет датог Закона. И на крају, било је речи о коначној радној верзији Законика о својини и другим стварним правима, која по свим својим особинама представља закон-модел који би као нацрт могао ући у скупштинску процедуру. Његово прерастање у закон, будући да свеобухватно регулише стварноправне односе, било би од великог значаја за прекид дугог периода правне несигурности.*

Кључне речи: *катастар непокретности, хипотека, кодификација стварног права*

УМЕСТО УВОДА

I

Истраживање на пројекту Правног факултета у Новом Саду „Српско и европско право“ у 2005. години резултирало је чланком „Стварно право Србије у европским оквирима“.[1] Подсећамо укратко на најважније закључке тог рада. Истакнуто је да је у реформи стварног права у Републици Србији неопходно адекватним предлозима довести до отклањања деформација насталих током социјалистичког друштвеног уређења. Прави пут за постизање таквог циља је враћање традиционалним вредностима, институтима и садржајима (тзв. правилима трајне вредности), каквих је у приватном праву, због његове природе, пуно, имајући при томе, наравно, у виду постојеће европске правне стандарде, и коришћење позитивних искустава других. Битно је, међутим, у остваривању тог циља не пренебећи постојећу реалност и тежити ка правно-логички савршеним правилима чија примена не би била могућа. Али, ништа мање није битно и не посезати за прагматичним краткотрајним решењима, јер то 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.

Као ургентне мере за даљи развој стварног права у Републици Србији, истакнуте су следеће: 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 грађанскоправне институте који од дерогације Српског грађанског законика нису били регулисани, те потпуније и измењено регулисати многе који су само у основи уређени.

[1] Објављен у Зборник радова, Правни факултет у Новом Саду, XXXIX, 3/2005, стр. 145-167.

II

И најопштији приказ појединих периода у развоју стварног права Србије (Југославије) довољан је да се види да на овом простору није било кодификације грађанског права у једном дугом периоду.[2] 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.

Након настанка Државне заједнице Србија и Црна Гора 2003. године и ступања на снагу Уставне повеље, стварноправни односи у потпуности су прешли у надлежност република (тачније речено, то се десило са целокупном материјом грађанског права), тако да Србија већ три ипо године, значи три године пре стицања државне самосталности, има могућност да самостално измени постојећу ситуацију.

Проблем недовољно регулисаног (подрегулисаног) стварног права због многобројних законских празнина (личне службености, право грађења, реални терети, суседска права, а од 1996. године и етажна својина[3]), потенцира чињеница да и регулисани институти нису довољно и на адекватан начин уређени (пре свега државина). Стога је неопходно не само попунити законске празнине у стварном праву, проузроковане још доношењем Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације из 1946. године, већ и изменити и знатно допунити постојећу стварноправну регулативу, будући да је постојеће стање резултирало знатном правном несигурношћу. Јер, недовољна регулатива увек је идеална подлога за (пре)широко тумачење и тиме неједнако поступање у једнаким случајевима.

---

[2] Видети више о томе у: Раденка Цветић, *Стварно право Србије – институт стицања права својине налазом туђе изгубљене ствари,* Зборник радова, Правни факултет у Новом Саду, XXXVIII, 2/2004, стр. 337-359.

[3] Закон о својини на деловима зграда којим је ова материја била регулисана (који је као савезни закон донет 1959. године, „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 16/1959, да би, након прерасподеле законодавне надлежности између Федерације, република и покрајина, настављена његова примена као републичког, односно покрајинског закона), престао је да важи на основу Одлуке Савезног уставног суда („Сл. лист СРЈ“, бр. 33/1996) због несагласности са Уставом СРЈ и Законом о основама својинскоправних односа.

Овај проблем могао би се решити било доношењем новог јединственог грађанског законика, или рекодификовањем Српског грађанског законика,[4] 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 (законика) који би свеобухватно регулисао стварно право и заменио сву до сада постојећу парцијалну регулативу ове области. Адекватно уређење ове важне правне области неопходни је корак који треба учинити на путу ка Европи и њеним правним стандардима

ШТА ЈЕ ДО САДА УРАЂЕНО?

I

Овај рад представља наставак истраживања започетог у оквиру чланка „Стварно право Србије у европским оквирима.“ Резултат је сагледавања једногодишњег периода који је остао за нама и покушај сумирања онога што је учињено у превазилажењу тада уочених проблема, а нарочито проблема недовољно и неадекватно регулисаног стварног права.

[4] Владимир В. Водинелић, *Кодификовање стварног права у Србији,* у студији *Промена својинског законодавства у Србији,* Београд, 2004, 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.“

II

Евиденција непокретности

Пре свега, сагледаћемо постигнуте резултате на плану оснивања катастра непокретности, као јединствене евиденције која обједињује фактичку (подаци садржани у катастру земљишта) и правну (подаци садржани у земљишним књигама) евиденцију непокретности и као униформне евиденције на целој територији Републике Србије, која треба да замени постојећи земљишнокњижни и тапијски систем. О плану да се тај посао заврши до краја 2008. године, као и о личном ставу о погрешности напуштања земљишнокњижног система евиденције непокретности било је више речи у неким ранијим радовима.[5]

Према расположивим подацима,[6] катастар непокретности основан је, закључно са 31. 10. 2006. године, на укупно 81% целих катастарских општина у Србији, односно у 3652 од 4527 катастарских општина. Поред тога, катастар непокретности основан је делимично у још 299 катастарских општина (за једну или више парцела у једној катастарској општини, због потребе приватизације друштвених предузећа и уписа хипотеке по појединачним захтевима грађана) где није постојала земљишна књига. Треба напоменути да се ради о претежно руралном подручју и да се подаци односе на територију Србије без Косова и Метохије.[7] Наведени подаци упућују на закључак да је јединствена евиденција постала реалност

[5] Видети: Раденка Цветић, *Евиденција непокретности,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVI, 1-3 (2002), Нови Сад, 2003, стр. 297-312 и Раденка Цветић, *Евиденција непокретности II,* Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVIII – 3 (2004), Нови Сад, 2004, стр. 327-344.

[6] Добијеним из Републичког геодетског завода од помоћника директора Завода за правне послове.

[7] Регионални приказ: 1) Центар за катастар непокретности Шабац – укупан број КО 425, КН основан у 314 КО; 2) Центар за катастар непокретности Београд – укупан број КО 174, КН основан у 50 КО; 3) Центар за катастар непокретности Крагујевац – укупан број КО 627, КН основан у 485 КО; 4) Центар за катастар непокретности Крушевац – укупан број КО 877, КН основан у 816 КО; 5) Центар за катастар непокретности Ниш – укупан број КО 1154, КН основан у 1039 КО; 6) Центар за катастар непокретности Нови Сад – укупан број КО 251, КН основан у 125 КО; 7) Центар за катастар непокретности Панчево – укупан број КО 197, КН основан у 79 КО; 8) Центар за катастар непокретности Ужице – укупан број КО 555, КН основан у 521 КО; 9) Центар за катастар непокретности Зајечар – укупан број КО 267, КН основан у 223 КО.

у Србији.[8] Оправдан и аргументован жал за земљишним књигама[9] у овом моменту не може ништа да измени. У том смислу, треба подржати напор да се донесе што бољи закон који уређује ову материју. Републички геодетски завод израдио је нацрт Закона о државном премеру и катастру непокретности[10] чија решења треба да отклоне све тешкоће које су настале због неадекватног регулисања сада важећим Законом и да се уведе што је више могуће добрих правила земљишнокњижног права (у погледу права која се уписују, врста и дејства уписа, поступак уписа, правних лекова).

III

Закон о хипотеци

Закон о хипотеци, који је усвојен на самом крају 2005. године,[11] донео је потпуно уређење овог веома значајног института тржишне привреде које нам је недостајало више од пола века. Поред тога, Закон је интересан-

[8] Дуго година она је била само позитивноправно решење без икакве или врло оскудне реализације. У том смислу илустративни су следећи подаци: први закон који је предвиђао увођење јединствене евиденције био је Закон о премеру и катастру и уписима права на непокретностима из 1988. године (мењан и допуњаван 1989. и 1990.) а сада важећи Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима донет је 1992. године (мењан и допуњаван 1993, 1994, 1996, 2001 і 2002), а до краја 2001. године катастар непокретности био је основан у 537 (12%) катастарских општина.

[9] Сматрамо да оно што је изложено под насловом *Евиденција непокретности de lege ferenda,* у: Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Стварно право,* Ниш, 2004, стр. 418-419, представља визију коју је требало следити. Будући да то није учињено, при оволиком проценту покривености територије Србије катастром непокретности (81%) као једино целисходно намеће се завршавање започетог посла.

[10] Нацрт је утврђен 31. 7. 2006. године, стављен на сајт Завода уз позив стручној јавности да својим примедбама и предлозима допринесе његовом поправљању да би до краја ове године могла да се покрене скупштинска процедура за његово усвајање. Артикулисање нацрта произашло је из Пројекта за катастар непокретности и упис права у Србији, који финансира Светска банка. Под окриљем овог Пројекта Републички геодетски завод је ангажовао међународног и националног правног консултанта, господу Улфа Ерцаса и Милоша Живковића, са задатком да припреме документе о проблемима и могућим решењима у више правних области од значаја за Пројекат а нацрт новог Закона о државном премеру и катастру непокретности представљао је централну област консултантског рада.

[11] Објављен је у „Сл. Гласнику РС“, бр. 115/2005 од 27. децембра 2005. године; у прелазним и завршним одредбама раздвојени су моменти његовог ступања на снагу (осмог дана од објављивања) и почетка примене (почев од шездесетог дана од дана објављивања).

тан јер су њиме предвиђена нека нова решења у погледу предмета хипотеке, својинске хипотеке, фиксног ранга хипотеке, вансудског поступка намирења повериоца из вредности хипотековане непокретности, као и увођење централне евиденције хипотеке. О њима ће овде бити речи.

Као један од могућих предмета хипотеке предвиђен је објекат у изградњи (као и посебан део објекта у изградњи: стан, пословна просторија) под условом да је издато правноснажно одобрење за градњу.[12] На овај начин проширује се могућност узимања стамбених кредита, мада ће пракса показати колико ће банке као кредитори бити заинтересоване за обезбеђење кредита путем хипотеке на објекту који још није изграђен.[13]

Овим Законом извршено је одступање од начела официјелности при реализацији хипотеке предвиђањем могућности вансудског намирења хипотекарног повериоца. Будући да се ради о значајној новини, Законом су прецизно и детаљно уређени услови под којима уговор о хипотеци представља извршну исправу[14] на основу које се може приступити вансудском намирењу, који поступак је такође прецизно и детаљно уређен.[15] Разлог увођења ове новине треба тражити у тежњи да се тиме отклони један од највећих недостатака хипотеке у нашем правном систему – спора реализација у дугој и гломазној процедури, и тиме ово изузетно погодно реално средство обезбеђења (са становишта власника хипотековане ствари који све време задржава и њену употребну вредност) учини атрактивнијим за повериоце. Да би уговор о хипотеци представљао извршну исправу потребно је да поред свих услова за његову пуноважност (писмена форма, оверени потписи, прецизни подаци о потраживању које се обезбеђује и хипотекованој непокретности, клаузула интабуланди) садржи и одредбе из којих недвосмислено произилази да је власник пристао на могућност да се поверилац намири без подношења тужбе суду, да поверилац има право приступа непокретности и да је са тим упознато и евентуално треће лице

[12] Чланом 3 Закона о хипотеци прецизно је уређено шта све може да буде предмет хипотеке: непокретна ствар (право својине на земљишту, грађевинском објекту и сл.), део непокретне ствари (у складу са одлуком о деоби), сусвојински удео у непокретној ствари, посебан део зграде на којем постоји право својине, односно друго право које садржи право располагања, право на земљишту које садржи овлашћење слободног правног располагања (нарочито право грађења, право пречe градње) или располагања у државној, односно друштвеној својини, као и објекат у изградњи.

[13] Будући да је предмет хипотеке објекат који не постоји (ни фактички, ни правно) у моменту њеног настанка, предвиђена су посебна правила о упису уговорне хипотеке на објекту у изградњи (члан 11, ст. 2-5), као и о намирењу кад је предмет хипотеке објекат у изградњи (члан 39).

[14] Члан 15 Закона о хипотеци.

[15] Чланови 29-38 Закона о хипотеци.

које има непосредну државину хипотековане непокретности. У случају да уговор о хипотеци не представља извршну исправу, намирење се спроводи у складу са законом који уређује извршни поступак.

Васнудски поступак намирења уређен је тако да поверилац за случај да дужник не исплати дуг о доспелости може сам у релативно кратком времену да реализује своје потраживање из вредности хипотековане непокретности. Поступак се покреће *првом опоменом* која се у писменој форми шаље дужнику (и власнику предмета хипотеке, ако се ради о различитим лицима). Прописана садржина прве опомене је таква да из ње недвосмислено проистиче спремност повериоца да приступи продаји ако дужник не плати што је дужан у року од 30 дана од пријема прве опомене. Безуспешан протек тих 30 дана овлашћује повериоца да дужнику (и власнику) упути *опомену о продаји непокретности.* И ова опомена треба да буде снабдевена свим неопходним подацима у погледу потраживања и радњама које дужник треба да предузме у циљу исплате дуга и спречавања продаје, као и обавештење о избору начина продаје. Истовремено са слањем опомене о продаји дужнику, поверилац ће регистру непокретности послати захтев да се изврши забележба продаје у његову корист. Забележба се мора извршити у року од 7 дана по приспећу захтева. Забележба садржи изричито овлашћење хипотекарног повериоца да по правноснажности решења о забележби, а најраније истеком рока од 30 дана од дана издавања решења, може у своје име продати хипотековану непокретност, у складу са одредбама Закона о хипотеци, као и забрану продаје хипотековане непокретности од стране власника. Рок за жалбу[16] на решење о забележби износи 15 дана од дана пријема решења, а надлежни орган мора донети другостепено решење у року од 15 дана од дана подношења жалбе.

Наведена правила дају могућност хипотекарном повериоцу да приступи продаји хипотековане непокретности у врло кратком року од прве опомене (30 дана за испуњење обавезе по првој опомени, плус 7 дана за доношење решења о забележби и извршење забележбе, плус 30 дана од дана издавања решења). Продаја се може извршити путем аукције или непосредном погодбом. Ако се продаја врши путем аукције,[17] оглас о њеном одржавању мора бити објављен најмање 45 дана пре заказане продаје.[18]

[16] Право жалбе имају власник, дужник и поверилац (члан 31, ст. 4)

[17] Правила о аукцијској продаји садржана су у члану 35.

[18] Продаја се може извршити и непосредном погодбом по цени која је приближна тржишној. Петнаест дана пре закључења уговора о продаји, поверилац о продаји треба да обавести дужника, власника непокретности и лица која имају друга права на непокретности. То обавештење, између осталог (члан 36) садржи и изјаву у ком року може да се изврши целокупна обавеза да би се избегла продаја непокретности.

Успех продаје већ на првој аукцији значио би да поверилац може извршити наплату свог доспелог потраживања у року краћем од 4 месеца од када је опменуо дужника да плати оно што је дужан. Могућност тако брзе реализације хипотеке треба да стимулише повериоце да пристају на обезбеђење својих потраживања на овај начин. С друге стране, дужник све време након што је пао у доцњу може спречити продају, јер и прва опомена и опомена о продаји и обавештење о огласу о аукцијској продаји садрже инструкције о томе шта и у ком року треба платити да би се избегла продаја.

Престанак хипотеке прецизно је и исцрпно регулисан[19] с намером да се обухвате све могуће ситуације и сва релевантна питања. На пример у вези исписа хипотеке предвиђено је када се врши, по чијем захтеву, шта садржи захтев, обавеза издавања потврде о измиреном дугу, а у погледу престанка хипотеке због пропасти хипотековане непокретности прописано је изричито шта ће се десити у случају обнове непокретности, њене делимичне пропасти, те прелазак хипотеке на суму осигурања односно исплаћену накнаду. На сличан начин, дакле, казуистичким приступом, уређен је и престанак хипотеке у општем интересу, услед судске јавне продаје, вансудске продаје, као последица конфузије, консолидације, одрицања повериоца, те амортизације обезбеђеног потраживања.

Комбинацијом правила о својинској хипотеци и фиксном рангу хипотеке, регулисано је неколико ситуација које могу имати врло велики практични значај. У том смислу, омогућено је располагање неисписаном хипотеком, односно њен пренос, дозвољена је забележба првенственог реда за упис нове хипотеке на месту које је имала ранија хипотека чији се испис тражи, као и предбележба нове хипотеке која ће настати и заузети место старе хипотеке када она престане. Пре свега, омогућено је располагање неисписаном хипотеком[20] у периоду од три године након престанка потраживања које је било обезбеђено том хипотеком, тако што се она може пренети ради обезбеђења новог потраживања, а до износа потраживања које је раније обезбеђивала. Тиме се не мења положај хипотекарних поверилаца са доцнијим редом првенства (задржавају место на коме се њихове хипотеке налазе – фиксни ранг), тако да се они не могу успротивити так-

[19] Само престанак хипотеке уређен је са 10 прилично опширних одредби Закона о хипотеци (чланови 43-52), док је цео институт хипотеке био регулисан са 7 чланова Закона о основама својинскоправних односа (чланови 63-69).

[20] Чланови 53-54. Власник се овог права не може одрећи, осим што се уговором са конкретним лицем, а нарочито са хипотекарним повериоцем са каснијим редом првенства, може обавезати да ће тражити испис одређене хипотеке у његову корист.

вом располагању. У том периоду од када је престало потраживање које је било обезбеђено неисписаном хипотеком до момента њеног преноса ради обезбеђења неког другог потраживања, постоји својинска хипотека у правом смислу те речи. Наиме, незахтевање исписа такве хипотеке, по правилу, није последица власникове заборавности или немарности, већ његове намере да је искористи за лакше налажење новог повериоца. Зато сматрамо да би употреба термина својинска хипотека била адекватна, шта више да је законом требало омогућити изворно установљење својинске хипотеке у циљу што успешније потраге за повериоцима. Сличан смисао, односно резервисање првенственог ранга, има и правило које омогућава власнику хипотековане непокретности да уз захтев за испис може да тражи забележбу првенственог реда за упис нове хипотеке.[21] Нова хипотека треба да буде уписана у року од три године од дозвољавања такве забележбе и ништа не мења у поређењу са старом (ранијом) хипотеком чији се испис захтева (исти ранг, до износа потраживања обезбеђеног ранијом хипотеком). Резервисање првенственог ранга могуће је постићи и предбележбом нове хипотек на месту већ уписане хипотеке,[22] с тим што упис производи дејство ако се стара хипотека испише у року од годину дана од дана извршене предбележбе нове хипотеке. Ако се то не деси нова хипотека се исписује по самом закону.

Централна евиденција хипотека представља централну јединствену електронску јавну базу података у коју се уносе хипотеке уписане у надлежни регистар непокретности. Тако уређена, ова евиденција омогућава једноставно прикупљање података о хипотекама и путем Интернета, и то без накнаде. Води је Републички геодетски завод који је дужан (мада не одговара за тачност и потпуност података![23]) да се стара о законитом, систематичном и ажурном вођењу ове евиденције. Подаци се уносе непосредно из обрасца обавештења, који прописује Републички геодетски завод, а који попуњавају и достављају му без одлагања надлежни регистри. Тиме је предвиђено да се подаци о свим постојећим хипотекама унесу у Централну евиденцију, као и да се убудуће врши евидентирање свих промена постојећих уписа, по службеној дужности.

[21] Члан 55 Закона о хипотеци. Ако у међувремену дође до промене власника хипотековане непокретности, извршена забележба користи новом власнику. Нова хипотека, може под наведеним условима ступити на место две или више хипотеке које у првенственом реду долазе једна иза друге.

[22] Члан 56 Закона о хипотеци. Овим чланом не само да су одређени услови за предбележбу нове хипотеке и услови под којим ће она произвести дејство, него је регулисана и ситуација за случај да је на старој хипотеци заснована надхипотека.

[23] То је изричито прописано у ст. 2. чл. 57 Закона о хипотеци. На увођење и функционисање Централне евиденције односе се одредбе чланова од 57-62.

Централна евиденција хипотека успостављена је као база података у седишту Републичког геодетског завода и објављена је на његовом сајту[24] са хипотекама које су до сада унете у базу. Подаци о хипотекама уписаним у земљишним и интабулационим[25] књигама достављени су Заводу од стране судова, али унос података у базу још није завршен јер се ради о ручном уносу података преписаних из земљишних књига (које се, такође, воде ручно). Подаци о хипотекама уписаним у већ основане катастре непокретности преузети су из тих служби у електронској форми.[26]

Регулатива садржана у Закону о хипотеци заиста пружа могућност врло доброг функционисања овог сложеног и веома значајног реалног средства обезбеђења потраживања. Правни адресати и судови су добили правила која због своје прецизности и потпуности остављају мало простора за различита тумачења, што би требало да резултира уједначеном праксом и високим степеном правне сигурности. Ова правила, која смо дуго чекали, у евентуалној кодификацији стварног права свакако треба интегрисати.

IV

Кодификација стварног права

Без обзира на квалитет Закона о хипотеци, доношење новог закона који би свеобухватно регулисао стварно право и заменио сву до сада постојећу парцијалну регулативу ове области,[27] било би од великог значаја за прекид дугог периода правне несигурности проузроковане низом околности. Пре свега, листа извора у којима се налазе правила релевантна за стварноправне односе изгледа овако: Закон о основама својинскоправних односа (право својине, сусвојина, стварне службености, државина, права страних лица), Закон о облигационим односима (ручна залога, право ретенције, уговорно право пречe куповине), Закон о промету непокретности

[24] Адреса сајта је http://www.rgz.sr.gov.yu

[25] Интабулационе књиге су јавне књиге у које се у тапијском систему уписују хипотека и други терети на непокретности.

[26] Из малог броја служби за катастар непокретности нису до сада преузети подаци због одређених информатичких проблема чије је отклањање у току.

[27] При томе, као што је већ напоменуто, у закон би требало интегрисати решења Закона о хипотеци.

(пуноважност уговора о преносу права на непокретностима, законско право прече куповине непокретности), Породични закон (заједничка својина на покретним и непокретним стварима у заједничкој имовини супружника, ванбрачних партнера и чланова породичне заједнице), Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, Закон о хипотеци, Закон о ванпарничном поступку (уређење управљања и коришћења заједничке ствари, деоба заједничке ствари, уређење међа). Проблем је још већи ако се зна да су нерегулисани следећи институти: личне службености, право грађења, суседска права, реални терети, етажна својина, те да су подрегулисани или, чак, и неадекватно регулисани: државина, стварне службености, начини стицања права својине.

Сви наведени проблеми у погледу стварноправне регулативе у Србији могли би бити решени у врло кратком року. Наиме, Комисија формирана у јесен 2003. године, при Министарству финансија и економије Републике Србије, израдила је, средином ове године, коначну радну верзију Законика о својини и другим стварним правима, која по свим својим особинама представља закон-модел који би као нацрт могао ући у скупштинску процедуру. Због значаја ове кодификације, 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 неке области, по правилу, производи реакцију детаљне и (пре)опширне регулативе.[28] То се управо и десило и у случају стварног права Србије. Наиме, коначна верзија нацрта Законика садржи 682 члана (без прелазних и завршних одредби), а већина чланова садржи више ставова који су, у многим случајевима, издељени на бројне алинеје. Текст је подељен на дванаест делова: Основне одредбе (чл. 1-37), Државина и притежање (чл. 38-83), Својина (чл. 84-287), Коришћење утрине и пашњака (чл. 288-289), Суседско право (чл. 290-306), Службеност (чл. 307-405), Закуп (чл406-435), Реални терети (чл. 436-452), Залога (чл. 453-596), Реални дуг (чл. 597-645), Друга права обезбеђења (чл. 646-682) и Прелазне и завршне одредбе.

Многе одредбе овог текста, због своје потпуности, рационалности, али и оригиналности заслужују посебну пажњу. О томе, уз нерадо подсећање на не тако давно искуство из прошлости, са безуспешним покушајем употпуњавања стварноправне регулативе, више речи једном врло скором приликом.

[28] Да се, у случају оскудне нове регулативе, не би десило да судови по инерцији наставе истим путем.

Radenka Cvetić, Ph.D. Associate Professor
Novi Sad School of Law

Serbian Property Law – What is Next?

Abstract

This paper represents a continuation of research initially begun for the article entitled, „Serbian Property Law within a European Framework.“ The result offers insight into a one year period and an attempt to summarize what has been accomplished to overcome the previously noted problems, primarily the problem of an insufficiently and inadequately regulated property law. In that sense, this paper presents what has been achieved in relation to the establishing of a uniform and single reral estate record, which has, taking into account the fact that on 81% of the territory of Serbia is covered by the real estate register, become a reality, despite being, for many years, a mere positive law solution that could have been replaced with land registers. Furthermore, also presented are the new developments in the field of mortgage law introudced with the Law on Mortage, which came into force in 2006, along with the justification for their introduction, in the hope that legal practicec will confirm the quality of the mentioned Law in the future. Finally, also discussed is a working version of the Law on Property and other Property Rights, which based on its characteristics represents a model law which could enter into parliamentary procedure as a draft. Its graduation into a law, bearing in mind that it encompasses all property law relations, would play a significant role in bringing to an end a long period of legal insecurity.

347.78

Мр Сања Радовановић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

МУЛТИМЕДИЈАЛНА ДЕЛА
- однос са постојећим сродним објектима ауторскоправне заштите -

Сажетак: *Мултимедијална дела садрже у себи елементе које их чине засебном врстом креација, другачијом од традиционалних ауторских дела. Иако се поједини од тих елемената могу квалификовати као неко од већ постојећих облика стваралаштва, изузев интерактивности која је проистекла из техничко-технолошког напретка, они су обједињени на тај начин да се простом комбинацијом већ постојећих облика заштите традиционалних ауторских дела која постоје у сегментима мултимедије, не може у потпуности заштитити и мултимедијална целина. Другим речима, комбинацијом традиционалних форми изражавања ауторског дела са новим технологијама створен је нови облик стваралаштва односно комуникација који захтева адекватну заштиту. 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. Стога се у овом раду настоји, упоређивањем мултимедијалног дела са сродним традиционалним ауторским делима, одговорити на ово питање.*

Кључне речи: *мултимедијална дела, књижевна дела, збирке, базе података, филмска дела, рачунарски програми, дигитализација, интерактивност, инверзно пројектовање, декомпилација, ауторска дела, слике, текст, звук.*

Увод

Премда мултимедија садржи у себи дела различите природе, она не представља прости скуп већ постојећих ауторских дела и других података. Саставни делови мултимедије интегрисани су и представљени на такав начин да јој дају потпуно нову вредност кроз нову форму изражавања која са већ постојећим има извесних сличности, али се не може ни једној од њих уподобити. Стога је неопходно упоредити новонастало дело са делима која улазе у његов састав и на тај начин указати да ли су и у којој мери одредбе о правној заштити појединих од њих примењиве на мултимедију.

Мултимедијална дела и књижевна дела

Под књижевним делима подразумевамо писани или изговорени текст. Другим речима, хомогени оригинални производ, створен од једног или више лица (у сваком случају, ограниченог броја лица), који је у основи намењен читању односно слушању. Књижевна дела морају да имају лични печат аутора који по дефиницији мора бити искључиво физичко лице. Стога су му призната и морална (неимовинска) и имовинска овлашћења.[1]

Узимајући у обзир напред наведено, у контексту поређења са мултимедијалним делима, могу се истаћи бројне разлике.

Пре свега, мултимедијална дела нису превасходно намењена читању односно слушању. Она су обично намењена томе да буду приказивана и да се њихов садржај претражује односно намењена су активној комуникацији са корисницима.[2]

Надаље, мултимедијална дела немају стандардизовану трајну форму изражавања. С обзиром на то да је манипулација његовим садржајем правило у мултимедијалном делу, фиксација и трајност, бар у традиционалном смислу, су немогуће. Може постојати могућност за трајност форме сваки пут када се користи мултимедијално дело, али ни то не мора бити сваки пут. Оно што у мултимедијалном делу узима трајну форму јесте распоред тзв. алатки које кориснику стоје на располагању за манипулисање делом. Ипак, садржај дела који се добије не ужива трајну форму.

[1] В: С. Марковић: *Ауторско право и сродна права*; Службени гласник, Београд, 1999; стр. 131.

[2] В: I. Stamatoudi: *Copyright and Multimedia Works*; Cambridge University Press; Cambridge, 2002; стр. 64.

Мултимедијална дела нису језичка дела. Мултимедијална дела нису створена ни фиксирана у језичкој форми. За њихово стварање коришћен је бинарни код. Бинарни код чак не садржи ни сложене компјутерски језике какав је Cobol или Pascal. Бинарни код је неразумљив чак и за компјутерске експерте и стога остаје изван заштите вештачких језика.[3]

По својој природи, мултимедијална дела су сличнија збиркама него традиционалним књижевним делима. С обзиром на сложеност мултимедијалних дела, чак и када су она састављена углавном од текста, она пре представљају колективно дело. Но, и поред тога, недостају основне карактеристике традиционалних дела књижевности, као што су текст, стандардизована форма изражавања, итд.

Уз то, оригиналност садржаја је ретко присутна. Ако било каква оригиналност и постоји у класичном мултимедијалном делу, она се може односити само на начин како се материјал презентује. Оригиналност саставних делова, пак, се не може ценити јер они представљају предмет посебних права.

На крају, аутор мултимедијалног дела је врло ретко физичко лице. С обзиром на то да стварање једног таквог дела изискује много времена, материјалних средстава, али и људских ресурса, тешко је и замислити да аутор таквог дела буде једна особа. Поред тога, мултимедијално дело не може имати лични печат аутора и због тога што оно не представља креацију физичког лица већ је у великој мери условљен техничким могућностима компјутера. Штавише, мултимедијално дело се изражава у форми коју омогућава компјутер, а не коју бира аутор. У овој чињеници лежи оправданост додељивања само имовинских, а не и личних овлашћења аутору мултимедијалног дела.[4]

Мултимедијална дела и збирке

Збирка представља скуп већ постојећих ауторских и других података. «Уколико је њен аутор испољио своје индивидуалне стваралачке особености приликом избора, распореда и организације грађе од које се збирка састоји, она представља ауторско дело.»[5] Иако и мултимедијално дело представља скуп већ постојећих дела, оно се не може a priori смат-

[3] В: OTA Report: *Intellectual Property rights in an age of electronics and information*; US Congress; Office of Technology Assessment; Washington D.C.; 1986; стр. 78

[4] В: I. Stamatoudi: *op.cit.,* стр. 64

[5] Цитирано према: С. Марковић; *op.cit.,* стр. 142

рати збирком у традиционалном значењу. Суштина мултимедијалног дела јесте да она обухвата дела различите природе. Уз то, дела која улазе у састав мултимедије не морају уопште бити у категорији ауторских дела. Но, уколико испуњава законом прописане услове, мултимедијално дело се може сматрати збирком.

Надаље, традиционалне збирке су материјализоване на неком тврдом формату и приступа им се мануелно. Мултимедијална дела, пак, иако могу бити сачувана на неком off-line формату, настају и функционишу само у дигиталном окружењу. То значи да њихов садржај може бити предмет манипулисања, копирања и трансформисања много једноставније него што је то случај са збиркама.[6]

Мултимедија се од збирки разликује и према улози коју има творац дела. Избор и аранжман садржаја збирки је први и завршни акт њиховог аутора. Трећа лица не могу извршити било какве измене у избору, иначе се ради о повреди ауторског права. Код мултимедијалних дела је корисник онај који прави избор садржаја међу материјалом који му је понуђен на екрану. Корисник је једини који врши коначни избор и који га мења колико год он то хоће. Наравно, његов избор је ипак донекле ограничен претходним избором произвођача и могућим улазима. Дакле, произвођач мултимедије обезбеђује садржај и алатке којима се њим манипулише. Корисник, пак, интерактивно комуницира са делом.[7]

Мултимедијална дела и базе података

База података представља збирку засебних података, ауторских дела или других материјала уређених на систематичан или методичан начин, који су појединачно доступни електронским или другим путем.[8] У нашем законодавству, следећи Директиву Европске Уније о правној заштити базе података из 1997. године[9], први пут постаје предмет заштите сродним правима Законом о ауторском и сродним правима из 1998.[10] Међутим, ус-

[6] В: I. Stamatoudi: *op.cit.,* стр. 82-88

[7] Међутим, традиционалне збирке или компилације могу узети мултимедијални формат, али се он не појављује као традиционални облик. Нпр. дигиталне енциклопедије које се продају у формату ЦД или ДВД или које се дистрибуирају путем интернета немају много тога заједничког са традиционалним енциклопедијама које се издају као књиге.

[8] Чл. 136. Закона о ауторском и сродним правима, Службени лист Србије и Црне Горе, бр. 61/2004.

[9] Текст Директиве види: http://europa.eu.int , 01. октобар 2006. године

[10] Службени лист СРЈ, бр. 24/98. На овом месту треба нагласити да је база података предмет заштите сродним правом произвођача базе података ако не испуњава услове за

војено решење одступало је од Директиве утолико што се није инсистирало на томе да је она резултат значајних улагања произвођача у прибављању података, њиховој верификацији или одговарајућој презентацији.[11] Актуелни Закон, пак, пружа заштиту произвођачу базе података (физичком или правном лицу) сродним правом уколико је он у квалитативном односно квантитативном смислу учинио значајно улагање у прибављање, проверу или презентацију њеног садржаја.[12] Компјутерски програм који се користи за стварање и рад базе података није обухваћен овим видом заштитите.[13] Овакво одређење појма базе података јасно указује на то да се Директивом и релевантним одредбама нашег Закона не пружа *sui generis* заштита бази података као оригиналној духовној творевини већ се она, као резултат привредне активности, штити од нелојалне конкуренције.[14]

Полазећи од појма базе података који је дат у одредбама Директиве и у нашем Закону, чини се да sui generis заштита може обухватити и мултимедију као производ или услугу који комбинује текст, звук, слику (фиксирану или покретну), компјутерски програм и остале податке.[15] Када су у питању упрошћене форме мултимедије, тзв. прва генерација мултимедијалних дела, sui generis заштита базе података може се у знатном обиму применити и на мултимедију. Но, савремена мултимедија је више од комбинације различитих дела која су систематично и методички уређена тако да се сваком од њих може појединачно приступити. Тиме се и примена позитивноправних одредби о заштити која се пружа произвођачу базе података показује као недовољна.

Наиме, елементи који појмовно одређују базу података и мултимедију у великој мери се поклапају: различита ауторска дела или други материјали, систематично и методички уређена, и могућност појединачног приступа сваком од њих. Међутим, комуникација корисника са делом (интерактивност) као дистинктивно обележје мултимедије на савременом нивоу техничко-технолошког развоја превазилази једнострани приступ информацијама који је омогућен корисницима базе података.

ауторскоправну заштиту као ауторско дело збирке јер није оригинална. Уколико база података представља збирку у ауторскоправном смислу, ужива ауторскоправну заштиту.

[11] В: С. Марковић; *op.cit,* стр. 337; као и чл. 7. ст. 1. Директиве

[12] Чл. 137. Закона о ауторском и сродним правима

[13] Чл. 136. ст. 2. Закона о ауторском и сродним правима

[14] В: С. Марковић; *op.cit*. стр. 337

[15] В: I. Stamatoudi; *op.cit.,* стр. 20

Ако се изузме дигитализација, као неопходни услов интерактивности код мултимедије,[16] а која је обухваћена и појмом базе података, разлика која се тиче приступа информацијама и даље постоји.[17]

Код мултимедијалних дела постоје два модела којим су она организована односно којима се корисници упознају са његовим садржајем. Првим је омогућен приступ било појединачним подацима садржаним у делу, било подацима који стоје у вези са неким другим, у зависности од команде коју корисник бира. С обзиром на то да се ради о упрошћеном нивоу интерактивности, правна заштита базе података може се проширити и на мултимедијална дела створена на овај начин.[18]

Други модел се односи на случајеве када су информације садржане у делу међусобно тако интегрисане да појединачни приступ свакој од њих није могућ.[19] С обзиром на то, ни одредбе о правној заштити базе података се не могу аналогно применити. Наиме, адекватна заштита мултимедијалног дела организованог на овај начин требало би да обухвати дело као целину састављену од већ постојећих дела, услуга и другог материјала, али повезаних тако да мултимедији дају нову вредност, већу од збира вредности њених саставних делова.[20] Имајући у виду наведене карактеристике, оно се, заправо, више приближава филмским односно аудио-визуелним делима.[21]

Мултимедијална дела и филмска дела

Филмско односно аудиовизуелно дело представља синтезу различитих облика стваралаштва (књижевност, ликовна уметност, музика)[22] са

[16] В: С. Радовановић; *Мултимедијална дела – појам и правна заштита*; Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2005; стр. 172 и тамо наведену литературу

[17] В: S. Beutler; The Protection of multimedia products through the European Community's Directive on the legal protection of databases; 1996. Ent LR 317; стр. 323

[18] Иако код мултимедије постоји и додатна могућност да се приступа подацима који су међусобно повезани, не постоји практични проблем у вези са заштитом јер је заштићен податак којем се појединачно приступа, заштићена је и целина састављена од тих података.

[19] В: I. Stamatoudi, *op. cit.* стр. 98

[20] В: I. Stamatoudi, *op. cit.* стр. 101; G. Schricker (ed.); *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationgesellschaft*; Nomos; Baden-Baden; 1997; стр. 41

[21] Термин аудиовизуелна дела је у све чешћој употреби у упоредном праву, премда има исто значење као и филмска дела, али се тиме жели истаћи да ауторскоправна заштита обухвата све духовне творевине изражене кроз форму покретних слика, а не само традиционална кинематографска дела.

[22] В: С. Марковић, *op. cit.* стр. 133

којима се јавност упознаје визуелним путем, кроз форму покретних слика. С обзиром на то да је по својој природи сложено, у његовом настајању учествује више субјеката са значајним новчаним улагањима. Стога се у ауторскоправном законодавству правна заштита филмских дела регулише на посебан начин.[23]

Поређењем појмова филмског односно мултимедијалног дела могу се уочити бројне сличности. Међутим, из анализе елемената које чине појам филмских односно мултимедијалних дела проистичу бројне разлике.

Пре свега, за разлику од филмских дела, код мултимедије доминантни елементи су текст и слика. Покретне слике могу чинити поједине фрагменте, али не у довољној мери да би се сматрало аудиовизуелним делом.

Уз то, мултимедијално дело није намењено првенствено чулу вида шире јавности већ читању, гледању и слушању од стране појединца који са делом активно комуницира. Потоње претпоставља интерактивност као дистинктивно обележје мултимедије, а која код филмских дела не постоји. То чини корисника мултимедијалног дела активним, док је филмска публика пасивни конзумер духовне творевине.[24]

Иако и у настајању филмских и мултимедијалних дела учествује више лица, њихови доприноси су различите природе. Тако, творац или уредник мултимедијалног дела[25] одабира који материјал и на који начин ће бити комбинован у јединственом делу. С друге стране, режисер непосредно усмерава рад глумачког тима, одређује на који начин ће се одређени текст и емоције представити код појединих улога односно који се ефекат жели постићи глумачким перформансом. Стога филмско дело носи лични печат режисера док је мултимедија дело знатно нижег степена креативности. У том смислу и права која проистичу из ових дела се битно разликују за једног односно другог субјекта.

Имајући у виду наведено, аналогна примена одредби о правној заштити филмског стваралаштва на мултимедијална дела била би само делимично могућа.

[23] Посебне одредбе односе се на питање ауторства и на уговоре којима се уступају овлашћења на коришћење филмског дела. В: чл. 11; чл. 86-92. Закона о ауторском праву и сродним правима

[24] F. Koch; *Urheberrechts für Multimedia – Anwendungen*; GRUR 459 (1995); стр. 463

[25] В: С. Радовановић; *op. cit*. стр. 177

Мултимедијална дела и рачунарски програми

Будући да рачунарски програми чине саставни део мултимедије, неспорно је да је она у том сегменту заштићена ауторским правом. Међутим, поставља се питање да ли је могуће ауторскоправну заштиту рачунарског програма проширити на мултимедијално дело у целини.

Рачунарски програм представља «низ инструкција које су, по њиховом фиксирању на неки, за машину читљиви, материјални носач, способне да на машину за обраду података делују тако, да она изрази, изведе или постигне одређену функцију или задатак или резултат».[26] Иако је на нивоу Европске Уније усвојена концепција ауторскоправне заштите рачунарског програма,[27] као литерарног дела у смислу Бернске Конвенције,[28] у упоредном и домаћем законодавству прописано је низ специјалних одредби које се на њих односе.[29] Стога ће на овом месту бити анализирана само могућност примене ових посебних аспеката ауторскоправне заштите компјутерских програма на заштиту мултимедијалних дела.

Пре свега, једно од суштинских карактеристика рачунарских програма јесте могућност инверзног пројектовања.[30] Уопштено, инверзно пројектовање је поступак у којем се објектни код програма конвертује у много читљивију и разумљивију верзију, као што је изворни код.[31] Ова конверзија омогућава кориснику да разуме како програм ради односно да издвоји идеју од форме и да је касније употреби за нови, али не исти програм или да направи декомпилацију програма који је компатибилан са другим, већ постојећим програмом.[32] Инверзно пројектовање и декомпилација дозвољени су само када је реч о неопходности постизања интероперабилности рачунарских програма[33] и с обзиром на то да су они својствени искључиво

[26] Цитирано према: С. Марковић; *op.cit*., стр. 135; а према: *WIPO: Модел прописа за заштиту рачунарског софтвера,* Industrial Property 1977; стр. 265.

[27] Директива Савета Европске Заједнице о правној заштити компјутерских програма од 4. маја 1991. Текст Директиве види у: В. Тодоровић; *Међународни уговори – Интелектуална и друга добра*; књига 7, том I; Службени гласник, Београд; 2000; стр. 187-195

[28] Бернска Конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела од 9. септембра 1886, новелирана у Паризу 4. маја 1896; у Берлину 13. новембра 1908; у Берну 20. марта 1914; у Риму 2. јуна 1928; у Брислу 26. јуна 1948; у Стокхолму 14. јула 1967. и у Паризу 24. јула 1971. Текст Конвенције види у: В. Тодоровић; *op.cit*., стр. 53-85

[29] Чл. 20. ст. 4; чл. 24; чл. 39; чл. 45. ст. 3; чл. 46; чл. 93. ст. 3; чл. 96. ст. 4. Закона о ауторском праву и сродним правима.

[30] Енглески *reverse engineering*

[31] В: P. Torremans, J. Holyoak; *Holyoak and Torremans' intellectual property law*; друго издање; Butterworths, London, Dublin, Edinburgh; 1998; стр. 504

[32] В: I. Stamatoudi, *op. cit.* стр. 157

[33] Чл. 46. Закона о ауторском праву и сродним правима

њима, на мултимедију се могу применити само у делу који се односи на програм који је у њу инкорпорисан, а никако на само дело. Разлог томе налази се у природи мултимедијалног дела. С једне стране, својеврсну комбинацију звука, текста и слике у мултимедији није могуће инверзно пројектовати, а с друге стране, интероперабилност се никада не јавља као услов за коришћење једног мултимедијалног дела.

Поред тога, лице које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма може, ради сопственог уобичајеног наменског коришћења, да смешта програм у меморију рачунара и пушта у рад, отклања грешке у програму и врши друге неопходне измене у њему које су у складу са његовом сврхом, уколико уговором није другачије одређено, као и да начини резервни примерак програма на трајном телесном носачу.[34] Ова овлашћења призната легалном кориснику рачунарског програма предвиђена су с обзиром на то да су рачунарски програми углавном средства рада. Будући да мултимедијална дела немају ту намену, ограничења ауторског права у наведеном обиму не могу бити оправдана, те би се радње адаптације, корекције и умножавања сматрале повредом.[35]

Из наведеног проистиче да, иако је рачунарски програм неопходан у настајању мултимедијалног дела, специјалне одредбе које се односе на њихову заштиту не могу се применити на потоње.

Закључак

С обзиром на то да је мултимедијално дело производ који интегрише у једном медијуму, у дигиталној форми, текст, звук, слику (фиксирану или покретну), компјутерски програм и остале податке, карактеристике појединих ауторских дела и другог материјала садржаног у мултимедији опредељују у великој мери и његову природу. Међутим, дигитализација и интерактивност као динстиктивна обележја савремене мултимедије чине ову форму изражавања битно другачијом. У том смислу, ни одредбе о правној заштити већ постојећих облика стваралаштва не могу се a priori применити на мултимедијална дела.

Упоређивање мултимедијалних дела са постојећим сродним објектима ауторскоправне заштите имало је за циљ да ослика у којим сегментима су они изједначени односно шта је то што их разликује и тиме издваја од

[34] Чл. 46. Закона о ауторском праву и сродним правима
[35] В: I. Stamatoudi, *op. cit.* стр. 159

постојећих форми изражавања које већ представљају објекат заштите ауторским или сродним правом.

Из анализираног проистиче да се одредбе које се односе на књижевна дела, збирке и рачунарске програме у најмањој мери могу применити на мултимедијална дела. С друге стране, пак, одредбе о правној заштити базе података и филмских дела могле би се применити на прву генерацију мултимедије. Но, будући да је у савременом техничко-технолошком окружењу она већ превазиђена форма изражавања, произлази да се мултимедијално дело у целини не може заштити ни једном од постојећих категорија.

Sanja Radovanović, Ph.D, Assistent
Novi Sad School of Law

Multimedia Works – Comparison to Existing Works

Abstract

In this paper were discussed similarities between multimedia and existing works: literary works, compilations, databases, audiovisual works and computer programs. Amongst the five categories of copyright works that were examined, three categories can immediately be excluded as candidates for accommodating multimedia products. These are traditional literary works, compilations and computer programs.

Even first two categories mainly comprising text, or text and images in the case of compilations, interactivity is a notion which is alien to them.

In relation to computer programs, only similarity they possess to multimedia is the fact they constitute a part of them. In the other words, computer programs are technical base of multimedia.

As regards databases and audiovisual works, there is nothing to exclude the possibility of multimedia qualifying as either films or databases as long as they possess the necessary characteristics of one of these categories of work. This might often be the case with multimedia of the first generation. That is explained on the basis that advanced multimedia works are more complex. They are essentially hybrid works that cut across many categories of works and are not capable of being fitted into any of the existing categories of copyright works.

347.426.6:347.78

Атила Дудаш, сарадник у настави
Правног факултета у Новом Саду

НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЛИЧНИХ ПРАВА АУТОРА

Сажетак: *Аутор нове интелектуалне творевине ужива читав низ имовинских и личних (моралних) права. Док су имовинска права манифестација легитимних интереса аутора да своје дело пусти у промет и прибира плодове од дистрибуције дела, лична права су оличење јединствене и трајне интелектуалне везе између аутора и његовог дела. Према важећем Закону о ауторском и сродним правима, аутору припадају следећа лична ауторска права: право патернитета, право на назначење имена на сваком примерку дела, право објављивања дела, право на заштиту интегритета дела и право аутора да се супростави незаконитом искоришћавању дела.*

Повреда ових права представља грађанскоправни деликт. Према важећим прописима, лицу које је повредило неко од личних права аутора могу се изрећи следеће грађанскоправне санкције: утврђење повреде права, налог да престане са повредом права, објављивање пресуде о његовом трошку и изрицање других мера којима се постиже сврха накнаде, као и новчана накнада нематеријалне штете. Свака од ових санкција је предмет анализе овог рада.

Међутим, посебна пажња ће бити посвећена могућности и оправданости изрицања новчане накнаде нематеријалне штете за повреду личних ауторских права, самостално или кумулативно са осталим грађанскоправним санкцијама.

Кључне речи: *лична права аутора, грађанскоправне санкције, новчана накнада нематеријалне штете*

1. Уводна разматрања

Циљ овог истраживања је анализа грађанскоправне заштите личних права аутора у светлу Закона о ауторском и сродним правима и Закона о облигационим односима.

Прво ће се дати енумерација личних ауторских права са кратким објашњењем. Затим, упоредиће се лична ауторска права са личним правима (или правима личности) уопште.

Након тога, извршиће се један врло кратак преглед кривичноправних санкција за повреду личних права аутора.

Окосницу проучавања ће чинити детаљнија анализа грађанскоправних сакнција за повреду личних права аутора, са посебним акцентом на питање могућности пружања сатисфакције аутору изрицањем новчане накнаде нематеријалне штете.

2. Појам и врсте личних (моралних) права аутора

Аутор, као творац новог и оригиналног ауторског дела, има одређена права према трећим лицима у вези са новоствореним делом. Та права аутора се, у принципу, могу сврстати у две групе: имовинска и лична (морална) права.

Циљ имовинских права је да се аутору обезбеди искључива могућност економске експлоатације ауторског дела. Према Закону о ауторском и сродним правима[1] аутору припадају следећа имовинска права[2]: право на бележење или умножавање, право стављања примерака дела у промет, право давања примерака дела у закуп, право давања примерака рачунарског програма на послугу, право извођења, право представљања, право преношења права извођења или представљања, право емитовања, право јавног саопштавања дела, право на прилагођавање, аранжирање и другу измену дела.

Поред наведених економских права, аутору нове интелектуалне творевине припадају и одређена лична, односно морална права.[3] За разлику

[1] Закон о ауторском и сродним правима, Службени лист СЦГ бр. 61/2004 од 24.12.2004. године, који је ступио на снагу 01.01.2005. године (у даљем тексту: ЗАСП).

[2] ЗАСП чланови 19-32.

[3] Термин морална права аутора води порекло из француске терминологије – *droit moral*. Парафразирано по Слободан Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд, 1999, стр. 170.

од економских права, циљ моралних права није обезбеђивање могућности економске експлоатације ауторског дела, већ „заштита интегритета ауторског дела и јединствене везе између аутора и дела".[4] О овој јединственој и трајној вези између аутора и његовог дела говори и чињеница да су лична права аутора са једне стране, неограничена у трајању[5], за разлику од његових економских права, која трају за живота аутора и 70 година после његове смрти.[6] С друге стране, о вечном карактеру личних права сведочи и законска одредба да се, за разлику од економских права која се уговором могу пренети на трећа лица[7] и која могу бити предмет наслеђивања[8], лична права су непреносива[9] и ненаследива.[10] Наследници могу једино да врше овлашћења из личних права аутора[11], односно да траже заштиту истих[12], али се сама лична права не наслеђују.

Лична права аутора су први пут на међународном плану регулисана у члану 6 Бернске Конвенције о заштити књижевних и уметничких дела[13], и то изменама и допунама Бернске Конвенције од 1928. године. Одредбе Бернске Конвенције о личним правима аутора су касније допуњене ревизијама у Бриселу 1947. године и у Стокхолму 1967. године.[14]

Према Закону о ауторском и сродним правима, аутору дела припадају следећа лична (морална) права[15]:

---

[4] Cornish, William and Llewelyn, David, *Intellectual property: Patents, copyright, trade marks and allied rights* , 5th edition, Sweet & Maxwell, London, 2003. стр. 453.

[5] ЗАСП члан 100. став 2.

[6] ЗАСП члан 100. став 1.

Претходни Закон је предвиђао трајање економских права аутора за његовог живота и 50 година након његове смрти. Закон о ауторском и сродним правима, Службени лист СЦГ бр. 24/1998 од 15.05.1998. године (у даљем тексту: ЗАСП-1998) члан 96. став 1.

[7] ЗАСП члан 59.

[8] ЗАСП члан 57.

[9] ЗАСП члан 58.

[10] ЗАСП члан 56.

[11] ЗАСП члан 56. став 1.

[12] ЗАСП члан 56. став 2.

[13] Бернска Конвенција о заштити књижевних и уметничких дела је донета 9.септембра 1886 године, која је касније неколико пута била измењена и допуњена (1896. године у Паризу, 1903. године у Берлину, 1914. године у Берну, 1928. године у Риму, 1948. године у Бриселу, 1967. године у Стокхолму и 1971. године у Паризу).

[14] Више о међународноправном утемељењу личних права аутора види Марковић, *op. cit*. стр. 39-92 и 170-171.

У погледу прикладности термина „морална права" за означавање лично-правних овлашћења аутора водила се дуга дебата између француске и британске делегације на Римској конференцији сазване у циљу ревизије Бернске Конвенције. Види Радојковић Живан, *Лична права и њихов однос према личноправним (моралним) елементима ауторског права*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 2-3/64 стр. 263.

[15] ЗАСП члан 14-18.

- право патернитета,
- право на назначење имена,
- право објављивања,
- право на заштиту интегритета дела и
- право на супротстављање недостојном искоришћавању дела.

Иста ова морална права је предвиђао и претходни Закон о ауторском и сродним правима из 1998. године[16], тако да се претходни и сада важећи Закон у погледу одређивања појма и врсте моралних права аутора не разликују.

Право патернитета није ништа друго до искључиво право аутора да му се призна ауторство на делу, односно нико осим њега не може законито у правном промету иступати као аутор дела.[17]

Као дериватив и логична последица права патернитета, аутору припада и **право на назначење имена**, што представља искључиво право аутора да се његово име, псеудоним или знак назначи на сваком примерку дела, односно да се чињеница његовог ауторства истакне приликом сваког јавног саопштавања дела.[18]

Право објављивања, по логици ствари и по слову Закона, представља искључиво право аутора да објави своје дело, односно да одреди начин на који ће се оно објавити.[19] Поред тога, право објављивања значи и да до објављивања дела искључиво је аутор овлашћен да даје обавештења о садржини дела, односно да описује своје дело.[20]

Док право патернитета представља право аутора да он, и нико други осим њега, буде назначен као аутор дела, **право на заштиту интегритета дела** штити целовитост ауторског дела. У складу са овим правом, аутор је овлашћен да се супротстави изменама дела учињених од стране неовлашћених лица, јавном саопштавању дела у измењеном или непотпуном облику и да даје дозволу трећим лицима за препаду свог дела.[21]

На крају, аутор има **право** да се **супротстави недостојном искоришћавању дела**, ако такав начин искоришћавања угрожава или може угрозити његову част или углед.[22] У питању су акти којима се, строго посматрано, не повређује принцип интегритета ауторског дела, нити право патернитета аутора. Основ искоришћавања ауторског дела је у овом слу-

[16] ЗАСП-1998 чланови 14-18.
[17] ЗАСП члан 14.
[18] ЗАСП члан 15. став 1.
[19] ЗАСП члан 16. став 1.
[20] ЗАСП члан 16. став 2.
[21] ЗАСП члан 17.
[22] ЗАСП члан 18.

чају законит, али је незаконит начин на који се то искоришћавање врши, јер угрожава или може угрозити част и углед аутора. Част и углед су слични у томе што оба појма „припадају групи битних чинилаца човекове личности".[23] Човек ће једино онда сматрати себе равноправним и уваженим чланом друштвене заједнице, ако му част и углед остану неокрњени. По опште прихваћеном мишљењу, част је субјективна категорија јер се под њом подразумева мишљење које човек има о себи као припаднику друштвене заједнице.[24] С друге стране, углед је објективизирано мишљење друштвене заједнице о конкретном појединцу.[25]

Поред имовинских и неимовинских права аутора, њему припадају и друга овлашћења, изведена из оригинерних права имовинског и неимовинског карактера. Будући да су она настала касније од оригинерних ауторских права и што су релативне природе (дејствују само према одређеним трећим лицима), Слободан Марковић је ова права сврстао у садржину ауторског права у ширем смислу и назвао их тзв. **„осталим овлашћењима**" аутора.[26] Наш Закон о ауторском и сродним правима, као и претходни Закон, је ова остала овлашћења аутора сврстао у посебну групу под називом „права аутора према власнику ауторског дела".[27] Из саме формулације заједничког назива за ова овлашћења јасно произилази да су она усмерена према свакодобном власнику ауторског дела, али само према њему. Из овога произилази да она не дејствују *erga omnes*, тј. према свим трећим лицима, као оригинерна ауторска права, већ само према одређеном трећем лицу, власнику ауторског дела који је, додуше, својину на ауторском делу стекао законито и савесно.

И ова остала овлашћења аутора, као и његова оригинерна права, могу бити личног и имовинског карактера. У остала лична овлашћења аутора спадају његово право на приступ примерку дела[28], право на забрану излагања оригиналног примерка дела ликовне уметности[29], као и право на прераду примерка дела архитектуре[30], док у остала имовинска овлашћења аутора спадају тзв право слеђења[31] и право на накнаду од продаје уређаја и средстава који су подобни за умножавање ауторских дела.[32]

---

[23] Душан Николић, *Правно релевантне повреде части и угледа*, Правни живот бр. 9-10/1992, стр 2054.
[24] Ibid.
[25] Ibid.
[26] Марковић, *op. cit*. стр. 210.
[27] ЗАСП чланови 33-37.
[28] ЗАСП члан 33.
[29] ЗАСП члан 36.
[30] ЗАСП члан 37.
[31] ЗАСП члан 34. и 35.
[32] ЗАСП члан 38. и 39.

Право аутора **на приступ примерку** свог **дела** преставља његово овлашћење да од власника (тачније законитог имаоца) конкретног примерка ауторског дела захтева да му омогући приступ том примерку.[33] Приступ примерку ауторског дела аутор не може захтевати из било ког разлога. Постоји обавеза на омогућавање приступа делу само ако је то неопходно ради умножавања дела и да се приступом делу битно не угрожавају оправдани интереси имаоца примерка ауторског дела. Неопходност приступа делу се процењује у сваком случају посебно. Примера ради, неопходност приступа примерку очигледно постоји ако је тај примерак последњи и једини примерак дела, тако да је даље умножавање дела могуће само користећи тај примерак, или пак ако је то неопходно ради „израде каталога или документације о делу".[34] Битно је истаћи да власник, односно законити ималац примерка ауторског дела није дужан аутору предати примерак дела који се налази у његовом поседу, већ само да му омогући приступ примерку, и то искључиво у циљу умножавања ауторског дела.[35]

Право аутора **на забрану излагања оригиналног примерка дела ликовне уметности** обезбеђује аутору могућност да забрани законитом имаоцу јавно излагање оригиналног примерка дела. У питању је изузетак од основног правила да законити ималац ауторског дела може слободно излагати дело јавности, диктиран специфичностима дела ликовне уметности. Међутим, ова забрана дејствује према законитом имаоцу оригиналног примерка дела ликовне уметности једино ако је она изричито уговорена у писменој форми.[36] Није дозвољено уговарање ове забране излагања оригиналног примерка дела ликовне културе од стране музеја, галерије или друге сличне институције.[37]

Слично претходном овлашћењу, и **пречe право аутора на прераду примерка дела архитектуре** је мотивисано специфичностима одређене групе ауторских дела, овај пут специфичним карактеристикама грађевина (дела архитектуре). Наиме, јасно је да је архитекта идејни творац пројекта, нацрта и других докумената за изградњу одређене грађевине, и у том погледу архитекта ужива пуну ауторскоправну заштиту. Међутим, једном када се тај идејни пројекат реализује у дело, тј. када грађевина буде изграђена, она више није искључиви плод стваралачког рада архитекте, већ резултат рада и учинка и других лица. Право на интегритет дела би, у

[33] ЗАСП члан 33 став 1.
[34] Марковић *op. cit*. стр. 211.
[35] ЗАСП члан 33 став 2.
[36] ЗАСП члан 36 став 1.
[37] ЗАСП члан 36 став 2.

начелу, омогућило архитекти да се супротстави свакој каснијој измени саграђене грађевине, будући да би се измене косиле са садржином његовог ауторског дела (пројекат, нацрт, и сл.). Међутим, власник грађевине без сумње има право да изврши одређене измене на већ саграђеној грађевини, без обзира на то што те измене нису предвиђене у ауторском делу архитекте, тј. у пројекту или нацрту. У циљу балансирања ова два, понекад међусобно супротстављена интереса постоји правило у Закону о ауторском и сродним правима по којем је власник некретнине, који намерава да изврши одређене преправке на саграђеној грађевини, дужан да архитекти који је пројектовао грађевину понуди да преради пројекат, ако је он доступан.[38] Тек ако је архитекта недоступан, или неће да изврши пројекат за прераду, власник се може обратити трећем лицу да оно преради дело, тј. да сачини нови пројекат. Међутим, и том случају се морају поштовати морална права архитекте.[39]

Однос права личности (личних права) и личних, моралних права аутора (лично-правних компонената ауторског права)

Једно од дискутованих питања у нашој[40] и страној[41] литератури ауторског права је питање да ли се лично-правне компоненте ауторског права, тзв. морална или лична права аутора, могу сврстати под општи појам права личности (личних права)[42] или су, пак, засебна категорија права. Обим и циљ овог истраживања не дозвољавају да се дубоко упустимо у анализу ове расправе. За потребе овог истраживања довољно је рећи да претеже схватање да се лично-правна овлашћења аутора, не могу сврстати у његова лична права, тј. да између личних права и моралних права (лично-правних овлашћења) аутора постоје извесне разлике. Прво, истиче се да лична права карактерише непосредна везаност за човекову личност.[43] И

[38] ЗАСП члан 37. став 1.

[39] ЗАСП члан 37. став 2.

[40] Крнета, Славица, *Новчана накнада нематеријалне штете због повреде ауторског права*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 1981, стр. 73-87; Радојковић, *op. cit*; Марковић, *op. cit*. Стр. 107-111.

[41] Gain, Gerard, *Le droit moral de l'auteur*, Paris, 1960; Fabini, Mario, *In tema di diritto morale et di danno morale*, Roma, 1955.

[42] Детаљније о појму и врстама права личности види Водинелић, В. Владимир, *Лично право као субјективно право и као грана права*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3/1976 стр. 373-399.

[43] Радојковић, *op. cit*. стр. 265.

И сам аутор признаје да везаност за личност није особина искључиво личних права, тј. има и других грађанских права која су везана за личност човека као што су на пример

лично-правна овлашћења (морална права) аутора су везана за његову личност, али не непосредно, већ посредно, преко ауторског дела. Друго, постоји разлика између права личности и личних права аутора и у погледу објекта. Док је предмет личних права увек неко непосредно лично добро (живот, слобода, част и сл.)[44], предмет лично-правних овлашћења аутора је „интелектуално дело као производ човекове стваралачке способности, његове мисли и духа“.[45]

Међутим, постоје и мишљења да су лична ауторска права једна од врста права личности, да потичу од личних права, из „захтева за моралном заштитом интегритета личности“.[46] Овај аргумент наводи неке теоретичаре да лична ауторска права сматрају људским правима, изједначавајући их са правима личности.[47] Теорију о истоветности права личности и личних права аутора, истини за вољу, сматрамо разумном и прихватљивом, посебно ако се разграничење ових двеју група права покушава извести са образложењем да имају различит предмет: права личности неко лично добро, док лична права аутора лични однос аутора према свом ауторском делу. Следећи ову логику и право на тајност писама, које без сумње припада групи права личности, би се могло посматрати као лични однос човека према свом писму, чија се тајност настоји заштити. Тако, полазећи од ових премиса, у погледу предмета заштите, не видим суштинску разлику између права на тајност писама, као права личности, и права патернитета, као личног ауторског права. У оба случаја се штити лични однос између човека и производа његове слободе мисли. Из овог разлога чини се исправним став према којем права личност и лична ауторска права заправо спадају у једну права, у групу личних права, и да између њих суштинских разлика нема.

Но, ова дилема је више академске природе него практичне, јер повреда обе врсте права (личних права у општем смислу и личних права аутора) представља облик нематеријалне штете и повлачи исте правне последице, односно механизам заштите је исти за обе врсте права.[48]

обавеза издржавања између сродника, облигациона права из правних послова *intuitu personae*, и сл. Ибид.

[44] Ибид. стр. 274.

[45] Крнета, Славица, *Питање мјеста личних права у систему грађанског права*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, V, 1957, стр. 119.

[46] Фабини, *op. cit*. стр. 4.

[47] Heinz-Fezer, Karl, *Entwicklungslinien und Prinzipien des Markenrechts in Europa*, GRUR 6/2003 str. 460 у Миладиновић Зоран, *Субјективна права интелектуалне својине*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу,Ниш, 1999,стр, 187.

[48] О мерама грађанскоправне заштите личних ауторских права ће у даљем тексту бити више речи.

3. Кривичноправне санкције за повреду личних права аутора

Пре него што бисмо се упустили у детаљнију анализу грађанско-правне заштите личних права аутора, неопходно је да се у кратким цртама осврнемо на заштиту коју тим правима пружа кривично право.

У новом Кривичном Законику Републике Србије[49] предвиђена је посебна глава Законика (глава двадесета) за кривична дела против интелектуалне својине.[50] О значају личних права аутора из кривично правног аспекта говори и чињеница да је већ први члан у глави двадесетој посвећен заштити тих права.[51] Кривични Законик, најпре, предвиђа новчану казну и казну затвора у трајању до три године за повреду права патернитета и права аутора на назначење имена, тј. тим санкцијама казниће се свако лице ко под својим именом или именом другог у целини или делимично објави, стави у промет примерке туђег ауторског дела, или на други начин јавно саопшти туђе ауторско дело.[52] Затим, ко без дозволе аутора измени или преради туђе ауторско дело, казниће се новчаном казном или казном затвора до једне године.[53] Ово није ништа друго до кривично правна инкриминација повреде права аутора на интегритет створеног ауторског дела. И, најзад, Кривични Законик предвиђа као кривично дело стављање у промет туђег ауторског дела на начин којим се вређа част или углед аутора, за које дело је предвиђена новчана казна или казна затвора у трајању до шест месеци[54], што представља кривичноправну заштиту личног права аутора да се супротстави недостојном искоришћавању дела.

Повреда моралних права аутора, поред кривичних санкција садржаних у Кривичном Законику, повлачи и одговорност за привредни преступ и прекршај, у складу са Законом о ауторском и сродним правима.[55]

[49] Кривични Законик, Службени гласник РС бр. 85/2005, 88/2005 – исправка и 107/2005 – исправка, од 06.10.2005. године, који је ступио на снагу 01.01.2006. године (у даљем тексту:КЗ).

[50] КЗ чланови 198-202.

[51] КЗ члан 198

[52] КЗ члан 198. став 1.

[53] КЗ члан 198. став 2.

[54] КЗ члан 198. став 3.

[55] ЗАСП чланови 187-190.

4. Грађанскоправне санкције за повреду личних права аутора

Закон о ауторском и сродним правима садржи посебно поглавље посвећено питању заштите ауторских и сродних права.[56] Ове одредбе су махом посвећене облицима заштите[57], посебном правилу о накнади имовинске штете због повреде имовинских права аутора у износу од највише троструког износа уобичајене накнаде за искоришћавање дате врсте ауторског права[58], енумерацији облицима повреде имовинских права аутора[59] и процесним аспектима заштите ауторских права и спречавања повреде истих, као што су питање стварне легитимације тужиоца[60], хит-

[56] ЗАСП Поглавље VI, чланови од 177-186. Претходни Закон о ауторском и сродним правима је имао врло сличне, готово истоветне чланове. Види чланове 172-181 ЗАСП-1998. Ипак, у овом погледу постоје две значајне новине у новом Закону: једна је везана за увођење пеналне одштете за повреду имовинских права аутора, док се друга тиче активне тужилачке легитимације аутора у тужби због повреде ауторских права.

[57] ЗАСП члан 177.

[58] ЗАСП члан 178. Према овој одредби, ако је повреда имовинског права аутора учињена намерно или крајњом непажњом, аутор уместо накнаде имовинске штете, има право захтевати имовинску накнаду највише до троструког износа уобичајене накнаде коју би примио за конкретни облик искоришћавања предмета заштите, да је то коришћење било законито (члан 178.). Ово је изузетно битна новина Закона, интересантна и из теоријског аспекта. Наиме основно начело деликтног права је да се имовинска штета надокнађује у циљу успостављања пређашњег стања (члан 185. Закона о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 – у даљем тексту: ЗОО), узимајући у обзир како претрпљену штету, тако и изгубљену добит (члан 189. ЗОО), у циљу да накнада буде потпуна, односно да се оштећеникова материјална ситуација доведе у стање у којем би се налазила по редовном току ствари, да се штетникова радња није десила – начело прогресивне реституције (члан 190. ЗОО). Из цитираних одредби Закона о облигационим односима јасно произилази да накнада имовинске штете не сме да служи богаћењу оштећеног, и да је казнена накнада штете (накнада штете у већем износу од износа штете) у начелу искључена. Из овог аспекта гледано, члан 178. Закона о ауторском и сродним правима се свакако може сматрати револуционарним, јер фундаментално одступа од класичног начела реституције у деликтном праву. Наиме, имовинска накнада у троструко вредности уобичајене накнаде за искоришћавања датог права аутора не служи само циљу реституције, већ има и очигледан пенални карактер. Поред очигледног пеналног карактера ова одредба, по мом мишљењу, служи и ефикаснијем и лакшем одмеравању накнаде штете, тј. представља вид накнаде опште штете. Несумњиво је једноставније утврдити троструку вредност уобичајене ауторске накнаде, него покушати утврдити (доказати) постојање материјалне штете, било у виду претрпљене штете, било у виду измакле добити.

[59] ЗАСП члан 180.

[60] ЗАСП члан 179. став 1. Овом одредбом Закона уведена је претпоставка да је тужилац носилац ауторског права које је повређено, ако је његово име назначено на примерку или

ност поступка у одлучивања по тужби[61], изузимање имовинских права аутора из круга могућих предмета извршења у принудном извршном поступку[62], могућност изрицања привремених мера и мера обезбеђивања ради спречавања повреде ауторских права.[63]

Аутор који сматра да му је неко имовинско или лично право повређено може од суда тужбом захтевати следеће мере: утврђење да је дошло до повреде права аутора, забрану даљег повређивања права, уништење предмета којим је повреда учињена, укључујући и уништење алата и опреме којима су ти предмети произведени, накнаду имовинске штете и објављивање пресуде о трошку лица које је учинило повреду ауторског права.[64] Са аспекта грађанскоправне заштите личних права аутора нису све ове мере од једнаке важности. Тако, уништењем предмета којим је повреда учињена, односно алата и опреме којима су ти предмети произведени не врши се санација повреде личних права аутора. То су мере које имају превентиван карактер, јер се уништењем тих ствари отежава или онемогућава будућа повреда права, а донекле и пенални карактер, јер ће доћи и до умањења имовине штетника, али непосредно не служе обештећењу оштећеног.

на другом облику материјализације ауторског дела, тј. у овим случајевима тужилац не мора доказати своју тужилачку легитимацију, што је свакако битно олакшање позиције тужиоца, аутора чије је право повређено. Терет доказивања да тужилац нема легитимацију за покретање спора прелази на туженог.

[61] ЗАСП члан 179. став 2.

[62] ЗАСП члан 181.

[63] ЗАСП чланови 182-186.

[64] ЗАСП члан 177. став 1. То су мере које аутор „нарочито“ може да захтева. Језичким тумачењем лако се може доћи до закључка да је у питању егземпликативно навођење, што значи да је дијапазон мера ограничен само општим оквирима нашег правног поретка и да су мере из ове одредбе наведене само примера ради. Но, тешко је замислива мера на коју би аутор имао право а да она већ није наведена у ставу 1. и ставу 2. члана 177. ЗАСП.

Врло сличне санкције познају и остале реформске земље у окружењу, као што је на пример случај са Мађарском. Класификација грађанскоправних санкција за повреду ауторских права (како имовинских тако и личних) у мађарској теорији права интелектуалне својине је изведена по другом критерију, на основу кривице штетника. С једне стране, постоје објективне санкције за повреду ауторских права, које не зависе од тога да ли је повреда учињена са кривицом или не (као што су захтев за утврђивањем да је дошло до повреде права аутора, забрану даљег повређивања права, уништење предмета којим је повреда учињена, укључујући и уништење алата и опреме којима су ти предмети произведени), и субјективне санкције, с друге, код којих је постојање кривице услов изрицања санкције према штетнику (накнада штете). Види: Lontai Endre, *Szellemi alkotások joga* (Право интелектуалне својине), Eötvös József Kiadó, Budapest, 2001, стр. 89-97.

4.1. Тужба за утврђење повреде права

Најосновнија мера коју аутор чија су лична ауторска права повређена може од суда захтевати да суд утврди да је дошло до повреде права.[65] Она се врло ретко појављује као самосталан тужбени захтев, већ у саставу других врста тужби за заштиту ауторског права.[66] По правилу, и по логици парничног поступка, утврђење повреде права претходи свакој одлуци суда која туженог штетника обавезује на неко чињење, нечињење и уздржавање. С обзиром на то да је тужба за утврђивање повреде права више изузетак од правила, она је дозвољена само уз испуњење одређених процесних претпоставки, које иначе важе за сваку тужбу ради утврђења.[67] Према томе, одлука суда којом се утврђује повреда ауторског права је декларативне природе.

С обзиром на то да је у питању најблажа мера за санацију повреде ауторског права, тужба за утврђење повреде права „има смисла и оправдања онда када намера тужиоца није да се у потпуности правно сукоби са тужеником, већ жели, на основу пресуде којом је утврђена повреда његовог права (тзв. позитивно утврђење) да предузме друге пословне кораке".[68] Само утврђење повреде права свакако појачава преговарачку позицију аутора према лицу које је повреду учинило, ако аутор намерава да закључи уговор о економском искоришћавању ауторског дела са тим лицем.

4.2. Тужба за престанак повреде права

Тужбени захтев за престанак вршења повреде права представља даљи корак у заштити ауторских права у односу на тужбени захтев за утврђење повреде права. Наиме, у случају подношења ове врсте тужбе тужилац се више не задовољава пуком констатацијом да је дошло до повреде права, већ захтева донекле оштрију меру од суда да штетнику забрани даље вршење одређене радње којом се његова ауторска права

[65] ЗАСП члан 177. став 1. тачка 1.

[66] Види Марковић, *op. cit*. стр. 365; Руцнер, Јосип, *Нелојална утакмица и заштита ауторског права*, Загреб, 1969, стр. 136-137.

[67] Закон о парничном поступку, Службени гласник РС, бр. 125/2004 донет 22.11.2004. године, ступио на снагу 2302.2005. године (у даљем тексту: ЗПП).

Према члану 188. став 2. ЗПП-а, тужилац може да поднесе тужбу за утврђење, кад је то посебним прописима предвиђено, кад тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно непостојање неког спорног права или правног односа, пре доспелости захтева за чинидбу из истог односа или истинитост односно неистинитост неке исправе, или кад тужилац има неки други правни интерес.

[68] Марковић, *op. cit*. стр. 364.-365.

повређују.[69] Овој тужби има места ако је повреда ауторског права „већ учињена и да још увек траје, односно да постоји реална опасност од њеног понављања".[70] Заправо, одредба члана 177. става 1. тачке 2. Закона о ауторском и сродним правима се надовезује на члан 157. Закона о облигационим односима, који је посвећен заштити права личности. Одредба о тужбеном захтеву за престанак повреде права из Закона о ауторском и сродним правима представља само специјалну одредбу у односу на споменути члан Закона о облигационим односима и има приоритет у примени у односу на исти, у складу са начелом *lex specialis derogat legi generali*. Међутим, специјални закон је овом погледу изузетно штур, јер само декларише право на тужбу за престанак повреде ауторских права, али оно није даље разрађено (није одређена санкција за непоштовање забране повреде права), тако да се у том погледу примењују одредбе генералног закона, Закона о облигационим односима. С обзиром на то да се обавеза штетника састоји у нечињењу одређених радњи којима се повређују ауторска права, санкција за повреду обавезе нечињења може бити само новчана, плаћање одређене своте новца за сваку поновљену радњу повреде права. То произилази из логике извршног поступка, јер се строго посматрано не могу принудно извршавати обавезе које гласе на нечињење. Да би обавеза на нечињење била подобна за извршење неопходно је да она буде санкционисана обавезом плаћања одређеног новчаног износа за случај да штетник поступи супротно обавези нечињења и поново учини повреду права. Тако, Закон о облигационим односима предвиђа да суд може наредити престанак повреде права под претњом плаћања извесне новчане своте, одређене укупно или по јединици времена, у корист повређеног.[71]

Јасно је да ће тужба за престанак повреде права бити усвојена, ако се у поступку докаже да постоји стање повређивања ауторских права, тј. ако је у прошлости учињена радња повређивања и стање противправности још постоји у моменту подношења тужбе. Тада, суд својом одлуком непосредно санира противправно стање и забрањује штетнику даљу повреду ауторских права. Проблем је донекле сложенији ако је у прошлости више пута дошло до истородне повреде ауторских права од стране истог штетника, али у самом моменту подношења тужбе нема повреде

[69] ЗАСП члан 177. став 1. тачка 2.

[70] Марковић, *op. cit*. стр. 365.

[71] ЗОО члан 157. став 2.

О новчаној казни због непоштовање обавезе нечињења одлучује суд у грађанском извршном поступку, што свакако представља предност за тужиоца са процесног аспекта. Закон о извршном поступку, Сл. Гласник РС бр. 125/2004 (у даљем тексту: ЗИП), члан 45.

ауторских права, односно више не постоји стање противправности. Домаћа теорија стоји на становишту да се тужба за престанак повреде ауторских права може поднети и у овом случају, под претпоставком да постоји реална опасност да ће штетник поновити радњу којом се повређују ауторска права.[72]

Слободан Марковић истиче да се ова врста тужбе може употребити и у превентивне сврхе у ужем смислу. Наиме, он сматра да се тужба за престанак повреде права може поднети суду и у случају да још није дошло до повреде права, али постоји опасност од повреде ауторских права.[73] Као пример наводи хипотетички случај да једно лице рекламира почетак продаје одређене књиге за чије стављање у промет није добило овлашћење аутора.[74] У таквом случају, сматра проф. Марковић, треба дозволити могућност превентивног деловања и усвојити тужбу за престанак вршења повреде права, иако до саме повреде права, строго узев, још није дошло. Овај став је сасвим разуман и има упориште и у упоредном праву. Тако, на пример, немачка судска пракса стоји на становишту да се тужба за престанак повреде права може поднети и у случају када до повреде ауторских права још није дошло, али таква опасност постоји.[75] Иако се слажем да у неким случајевима легитимни интереси аутора налажу такву врсту превентивног деловања, ипак сматрам да би овакво тумачење члана 177. става 1. тачке 2. било превише екстензивно. Линија разграничења између оправданог настојања да се ауторова права адекватно заштите, чак и превентивним деловањем, и начела правне сигурности је изузетно танка. Ако би се генерално дозволила тужба за престанак повреде права у случају да радња повређивања права још није учињена, али постоји околности да би могло (али не мора) доћи повреде права, разлози правне сигурности би донекле били угрожени. Неоправдано би превагнуо интерес заштите права аутора над интересом правне сигурности. Без обзира што би пресуда гласила на забрану чињења, те строго узев таквом пресудом тужени (лице од кога опасност повреде ауторских права потиче) не трпи непосредну штету, ипак са процесног аспекта долази до повређивања његових права. Против њега се води грађански парнични поступак за повреду права до чега још није дошло, само због опасности да би могло доћи до повреде права. С друге стране, поставља се питање ко ће сносити трошкове таквог парничног поступка. Тужилац сигурно не, јер је он успео споро, његов тужбе-

[72] Марковић, *op. cit*. стр. 365-366.

[73] Ибид. стр. 366.

[74] Ибид.

[75] Пресуда Савезног суда Немачке из 1969. године у предмету „Heisslauferdetektor“ GRUR 4/1970 стр. 360 из Миладиновић *op. cit*. стр. 195.

ни захтев се усваја у целости (под претпоставком да докаже вероватноћу наступања повреде права у будућности). Једино преостаје да трошкове поступка сноси тужени, јер је он странка која губи парницу, али ко строго узев, још није извршио повреду права, само на њему лежи узрок опасности од повреде права.[76]

Тако, по мом мишљењу, имајући у виду више процесноправне разлоге него материјалноправне, верујем да интенција законодавца није била та да се одредба члана 177. става 1. тачке 2. Закона о ауторском и сродним правима о тужби за престанак повреде ауторских права тумачи тако екстензивно, без обзира на то да би у појединoм конкретном случају била изузетна оправдана превентивна мера због опасности од повреде ауторских права. У прилог овом схватању иде и чињеница да је Закон о ауторском праву из 1968. године изричито предвиђао могућност превентивне санкције за случај постојања опасности од повреде ауторских права.[77] Важећи Закон о ауторском и сродним правима не превиђа изричито такву врсту превентивне санкције. Да је законодавчева намера била та да се члан 177. став 1. тачка 2. тумачи и у смислу могућности изрицања превентивне санкције, постојала би изричита норма у Закону о томе, као што је то био случај са Законом о ауторском праву из 1968. године.

Не постоји јединствен став у теорији ни о томе да ли се члан 157. Закона о облигационим односима о праву оштећеног да захтева престанак повреде права личности (који се примењује супсидијарно у односу на члан 177. став 1. тачку 2. Закона о ауторском и сродним правима) може тумачити на начин да се оштећеном да могућност превентивног деловања, када до повреде права личности још није дошло, али постоји опасност да ће доћи до повреде тих права. Јасно је да члан 157. Закона о облигационим односима обухвата ситуацију када је у прошлости већ једном или у више наврата дошло до повреде права личности, или да противправно стање још постоји, па се од суда захтева да штетнику забрани понављање повреде права или да престане са повредом права личности. Међутим, спорна је могућност примене члана 157. Закона о облигационим односима на случај када, строго узев, права личности још нису повређена (нити су у прошлости била повређена), али околности у конкретном случају указују на повећану опасност да ће до редовном следу догађаја доћи до повреде права. С једне стране, постоји гледиште да не би требало на тај начин тумачити члан 157. Закона о облигационим односима, јер за такво тумаче-

[76] ЗПП члан 149. став 1.

[77] Закон о ауторском праву, Службени лист СФРЈ бр. 30/68 од 24.07.1968 (у даљем тексту: ЗАП-1968) члан 99.

ње сам текст закона не даје основу.[78] С друге стране, постоји и мишљење да се члан 157. може тумачити и у смислу превентивног деловања у ужем смислу речи (када још ниједном није дошло до повреде права), будући да је тај члан сврстан непосредно после члана 156. који, додуше у другом контексту, али предвиђа могућност превентивног деловања према потенцијалном штетнику, на коме лежи извор опасности од штете.[79]

4.3.Тужба за објављивање пресуде о трошку туженог

Кумулативно са било којом другом мером коју суд може изрећи према лицу које је учинило повреду ауторских права, тужилац може тражити од суда да објави пресуду на трошак тог лица.[80] Наравно, тужилац ће имати правни интерес да се пресуда објави само ако је успео у спору, тј. ако је суд утврдио да је тужени повредио права аутора, независно од тога да ли је пресуда декларативне или кондемнаторне природе. У теорији се сматра да је ова мера најподобнија за отклањање последица повреде личних ауторских права. Циљ заштите личних ауторских права је у томе да се отклони погрешна представа у друштву о аутору или његовом делу. Тој тежњи најефикасније погодује објављивање пресуде којом је утврђена повреда ауторских права. Као што проф. Марковић наводи, „ако је учињен плагијат туђег ауторског дела, аутор нема другог или ефикаснијег начина да промени уверење јавности о патернитету тог дела, него да захтева да се пресуда у којој је утврђена истина, објави у средствима јавног информисања“.[81]

---

[78] Види Перовић, Слободан, *Коментар Закона о облигационим односима*, Том I, Савремена администрација, Београд, 1995. члан 157. стр. 359.

[79] Види Визнер, Борис, *Коментар Закона о обвезним односима*, Загреб, 1978. члан 157. Упореди Николић, Душан, *Увод у систем грађанског права*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду – Центар за издавачку делатност, Нови сад, 2004. стр. 135. Проф. Николић не каже експлицитно да се члан 157. ЗОО може тумачити у превентивне сврхе у строгом смислу речи, када још нема повреде права личности, али је такав закључак могућ, јер је правило члана 157. ЗОО сврстао у одељак о превентивним грађанскоправним санкцијама. Слично, Николић, Душан, *Појам грађанскоправне санкције – докторска дисертација*, Београд, 1994. стр. 140. Ипак, аутор више нагиње према схватању да се правило из члана 157. ЗОО примењује у случају када је већ дошло до повреде права личности, па се овом мером тражи забрана понављања радње повређивања права („*Законом о облигационим односима* су посебно уређени случајеви у којима се очекује продужење већ започетог нарушавања повреде права личности.“ Ibid.)

[80] ЗАСП члан 177. став 1. тачка 6.

[81] Марковић *op. cit*. стр. 368.

Одредба Закона о ауторском и сродним правима којом је предвиђена могућност објављивања пресуде о трошку туженог се надовезује на одредбу Закона о облигационим односима о накнади нематеријалне штете. Тако, Закон о облигационим односима, као примарну меру санације повреде права личности (у која се овом смислу могу сврстати и лична ауторска права), предвиђа могућност објављивања пресуде, односно исправке о трошку штетника, наређивања штетнику да повуче изјаву којом је лично ауторско право повређено или могућност изрицања друге мере којом се постиже реституција повређених личних ауторских права.[82] Према томе, аутор чија су лична ауторска права повређена може, поред објављивања пресуде о трошку штетника, од суда захтевати и друге мере у складу са споменутом одредбом Закона о облигационим односима. Поставља се питање, међутим, каква би била друга одговарајућа мера којом би се постигла сатисфакција аутора у случају повреде личних ауторских права. Истини за вољу, није лако замислити неку другу меру, поред објављивања пресуде или исправке, којом би се постигла реституција повређених личних ауторских права.[83] Ипак, хипотетички би се могао замислити неколико случајева Тако, сматра се да је штетник повредио право патернитета аутора, ако је објавио дело не назначујући име аутора на појединим примерцима дела. У таквом случају би суд, у складу са чланом 199. Закона о облигационим односима могао наредити штетнику да изврши исправку дела, тј. да објављене примерке ауторског дела повуче и да у промет пусти нови тираж ауторског дела, са назначењем имена аутора на сваком примерку. То би био класичан пример натуралне реституције. Даље, могућа је и ситуација да суд обавеже штетника (под претњом плаћања судског пенала) да се јавно извини оштећеном аутору. Ове мере би се, по мом мишљењу, свакако уклопиле у формулацију члана 199. Закона о облигационим односима о другим мерама подобним да се изврши реституција.[84]

Приликом објављивања пресуде о трошку штетника, суд треба да обрати пажњу на то да ова мера буде сразмерна са учињеном повредом, тј. да се објава пресуде учини на начин и у средствима јавног информисања преко којих постоји могућност обавештавања оног дела јавности који је

[82] ЗОО члан 199.

[83] „Зато је ЗОО прописао да суд осим експлицитно наведених, може изрећи и *друге реституутивне санкције* ако процени да се њима у потпуности или делимично могу *повратити осећај части и/или друштвени углед* оштећеног лица. Међутим, у правној пракси се ретко могу наћи такви примери.“ Николић, *Правно релевантне повреде части и угледа, op. cit*. стр. 2058.

[84] „...што друго чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом.“ ЗОО члан 199.

могао сазнати за учињену повреду ауторског права. Тако, у једном случају је Врховни суд Србије утврдио да се не може тражити објављивање пресуде у неком дневном листу, који се штампа у великом тиражу, ако је повреда ауторског права извршена објављивањем у стручном листу који излази у далеко мањем тиражу и једном годишње. Према томе, суд приликом изрицања ове мере треба да води рачуна о начелу еквивалентности, односно да нарушавање личних ауторских права и обавеза објављивања пресуде буду у међусобној сразмери.[85]

4.4. Тужба за накнаду нематеријалне штете

Једно од круцијалних питања у вези са грађанскоправном заштитом личних ауторских права је свакако питање да ли повреда тих права представља нематеријалну штету тог значаја који би оправдавао досуђивање новчане накнаде за учињену повреду. Проблематика новчане накнаде због повреде личних ауторских права (моралних права аутора) заузима централно место у овом истраживању.

Важећи Закон о ауторском и сродним правима изричито предвиђа и могућност подношења тужбе за накнаду штете настале услед повреде моралних права аутора. Наиме, Закон каже да аутор, односно интерпретатор има право на тужбу за накнаду штете због повреде својих моралних права.[86] Готово истоветну одредбу је предвиђао и претходни Закон о ауторском и сродним правима из 1998. године.[87] Међутим, закони о ауторском праву донети у периоду од средине до деведесетих година прошлог века су имали битно другачији приступ овом питању.[88] Наиме, они нису јасно прокламовали право на накнаду неимовинске штете. Тако, закони о ауторском праву из 1968 и 1978. године садржали су једну доста магловиту и општу одредбу о овом питању, према којима је аутор, чија су имовинска и морална права повређена, могао захтевати заштиту тих права и накнаду штете.[89] Ова помало непрецизна формулација је добила своју доктринарну интерпретацију. Правна теорија је скоро једногласно била на

[85] Врховни суд Србије, Гж. 3400/76, од 02.03.1977. парафразирано из Милић, Димитрије, *Одговорност за повреду ауторског права*, Правни живот бр. 9-10/1992 стр. 2095.

[86] ЗАСП члан 177. став 2.

[87] ЗАСП-1998 члан 172.

[88] Закон о заштити ауторског права, Службени лист ФНРЈ бр. 45/46 донет 25.маја 1946. године (у даљем тексту: ЗЗАП-1946), Закон о заштити ауторског права, Службени лист ФНРЈ бр. 36/57 и 11/65 донет 10. јула 1957. године(у даљем тексту: ЗЗАП-1957), Закон о ауторском праву, Службени лист СФРЈ бр. 30/68 од 24.07.1968. године (у даљем тексту: ЗАП-1968) и Закон о ауторском праву, Службени лист СФРЈ бр. 19/78 (у даљем тексту: ЗАП-1978)

[89] ЗАП-1968 члан 97. и ЗАП-1978 члан 95.

становишту да се услед повреде ауторских права може захтевати новчана накнада само као облик накнаде имовинске штете. Неимовинска штета је могла представљати основ за новчану накнаду амо ако је из повреде личних ауторских права проистекла и имовинска штета. По општем схватању, новчаном накнадом неимовинске штете настале услед повреде личних ауторских права би се та права комерцијализовала, што би било супротно тадашњем систему вредности у друштву.[90] Додуше, постојала су и схватања да је оправдано и пожељно да се досуди и новчана накнада за повреду личних ауторских права, будући да је новчана накнада нематеријалне штете могућа и услед повреде личних права уопште, тако да би ускраћивање могућности досуђивања новчане накнаде за повреду личних ауторских права било у супротности са општим правилима деликтног права.[91] Да би ситуација била још интересантнија, ни судска пракса није имала јединствен став о оправданости и могућности досуђивања новчане накнаде нематеријалне штете због повреде личних ауторских права. Тако, неки судови су заузели негативан приступ овом питању. Примера ради, Врховни суд Хрватске је у једном случају заузео становиште да се новчана накнада може досудити за повреду личних ауторских права, само ако је повредом тих права аутор претрпео имовинску штету, док се за неимовинску штету сатисфакција не може пружити новчаном накнадом.[92] С друге стране, има примера у судској пракси и за друго становиште. Наиме, у једној одлуци Врховни суд Србије је заузео став да се за повреду личних ауторских права може досудити новчана накнада у циљу сатисфакције, под условом да је повреда права учињена на начин који штети части и угледу аутора.[93] Из реченог јасно произилази да, по ставу Врховног суда Србије, основ новчане накнаде нематеријалне штете није повреда личних ауторских права *per se*, већ нарушавање части и угледа аутора, до чега је дошло повредом личних ауторских права. Према томе, повреда личних ауторских права сама по себи није могла довести до пружања сатис-

[90] Бројни су аутори који су заступали становиште о неоправданости новчане накнаде нематеријалне штете услед повреде личних права аутора. Види Спаић, Војислав, *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ*, Сарајево, 1969, стр. 241., Штемпихар, J.: *Avtorsko pravo*,Ljubljana, 1960 str. 115. у Крнета , *Новчана накнада нематеријалне штете због повреде ауторског права op. cit*. стр. 77.

[91] Розина у Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert Quellen des Urhebersrechts, II.Jugoslawien, стр. 55., Вуличевић,Владимир, *О накнади штете код повреде ауторских права*, Адвокатура, бр. 4/1979 стр. 51. у Крнета, *Новчана накнада нематеријалне штете због повреде ауторског права op. cit*. стр. 77. и 78., као и Руцнер *op. cit*. стр. 138.

[92] Пресуда Врховног суда Хрватске, Гж 3104/66 објављена у Руцнер *op. cit*. стр. 138.

[93] Одлука Врховног суда Србије – Оделење у Новом Саду Гж-991/67 објављена у Митровић, J., *Ауторско право и право индустријске својину кроз судску праксу*, Београд, 1976, стр. 34.

факције новчаном накнадом, већ само ако је повредом личних ауторских права нарушен и част или углед аутора. Без обзира на ову значајну опаску, ова одлука Врховног суда Србије је фундаментална јер је утрла пут могућности новчане накнаде нематеријалне штете проузроковане повредом личних ауторских права.

Много је интересантнији став Врховног суда Босне и Херцеговине заузет по овом питању. Наиме, у једном случају је суд усвојио захтев за новчану накнаду нематеријалне штете проузроковане повредом личних ауторских права, док је у другом одбио захтев те врсте.[94]

Први случај се тицао повреде личног права уметника, учињена тиме што је надсинхронизација његовог гласа извршена без његове сагласности или одобрења.[95] Укинувши одлуку првостепеног суда, којом је одбијен захтев за накнаде нематеријалне штете, Врховни суд Босне и Херцеговине је констатовао да је ауторово морално право повређено на „флагрантан начин“ и због тога аутору припада новчана накнада у складу са чланом 95. Закона о ауторском праву из 1978. године који, говорећи о могућности накнаде штете без навођења о каквој се штети ради, оставља могућност накнаде како материјалне, тако и нематеријалне штете. Утврдивши да постоји правни основ за накнаду нематеријалне штете због повреде личних права аутора, суд је упутио нижестепену судску инстанцу да конкретну висину новчане накнаде одмери у складу са чланом 200. Закона облигационим односима, у циљу досуђивања правичне накнаде.

Међутим у једном другом случају, који се појавио готово у исто време са претходним случајем, судске инстанце су заузеле дијаметрално супротан став.[96] Случај се тицао коришћења цртежа и слика са насловне стране ауторског дела, за шта аутор није дао своју сагласност нити је то учињено уз адекватно навођење имена аутора. Нижестепени суд је поред накнаде имовинске штете досудио и новчану накнаде нематеријалне штете за повреду личних ауторских права. Међутим, Врховни суд Босне и Херцеговине је преиначио одлуку нижестепеног суда и одбио захтев за новчану накнаду нематеријалне штете. Врховни суд је свој став, који је супротан ставу заузетом у претходном случају, образложио тиме да, не оспоравајући чињеницу повреде личних ауторских права, повреда није проузроковала душевне патње таквог интензитета и трајања које би

[94] Крнета, *Новчана накнада нематеријалне штете због повреде ауторског права, op. cit*. стр. 78-79.

[95] Решење Врховног суда Босне и Херцеговине Гж 112/81 објављен у Билтену Врховног Суда Босне и Херцеговине бр. 3/81 стр. 18.

[96] Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине Гж 128/81 у Крнета, *Новчана накнада нематеријалне штете због повреде ауторског права op. cit*. стр. 79.

оправдале досуђивање правичне новчане накнаде. Према томе, захтев за новчану накнаду нематеријалне штете због повреде личних ауторских права није одбијен из принципијелних разлога, да се новчана сатисфакција не може досудити за повреду личних ауторских права уопште, већ да повреда права у конкретном случају није проузроковала душевне болове довољног интензитета и трајања.

Имајући у виду горе наведено може се извући закључак да је Врховни суд Босне и Херцеговине био доследан у оба споменута случаја, без обзира на различиту судбину тужбеног захтева за накнаду нематеријалне штете. У оба случаја је Врховни суд заузео став да се принципијелно може досудити новчана накнада нематеријалне штете због повреде личних ауторских права. Међутим, у потоњем случају тужбени захтев те врсте није испунио услове из члана 200. став 2. Закона о облигационим односима.

Што се важећег Закона о ауторском и сродним правима тиче, прво што треба уочити је да право на накнаду нематеријалне штете због повреде личних ауторских права Закон признаје само аутору и интерпретатору[97], за разлику од осталих видова заштите права аутора о којима је претходно било реч код којих право на подношење тужбе имају, поред аутора и интерпретатора, и носилац ауторског права и стицалац искључивих овлашћења на ауторска и сродна права, као и титулари осталих сродних права (произвођач фонограма, произвођач видеограма, произвођач емисије и произвођач базе података).[98] Разлога ове дистинкције, по мом мишљењу, је у томе што само аутор и интерпретатор имају такву непосредну и личну везу према новонасталом делу, чија повреда представља нематеријалну штету те релевантности која би оправдала досуђивање новчане накнаде. Без сумње, и титулари осталих ауторских и сродних права имају неки лични однос према свом делу, те и они могу бити титулари личних ауторских права, али Закон повреду њихових личних ауторских права не сматра нематеријалном штетом те релевантности која би оправдала пружање сатисфакције у новцу.

Друго, сама формулација, сторо узев, не говори о новчаној накнади нематеријалне штете, већ о накнади нематеријалне штете уопште. Сматрам да је ово детаљ који се не сме пренебрећи, посебно ако се има у виду супсидијерна примена Закона о облигационим односима у питањима које Закон о ауторском и сродним правима не регулише. Наиме, накнада нематеријалне штете, као појам, у смислу Закона о облигационим односима

[97] ЗАСП члан 177. став 2.
[98] ЗАСП члан 177. став 1.

подразумева, с једне стране, пружање неновчане сатисфакције (објављивање пресуде, исправке или предузимање друге одговарајуће мере)[99], али и пружање сатисфакције у новцу, с друге.[100] Ипак, без обзира на ову непрецизност законодавца, мислим да је смисао наведене одредбе у пружању могућности досуђивања новчане накнаде нематеријалне штете због повреде личних ауторских права, јер је објављивање пресуде, као општа мера за заштиту ауторских права, експлицитно предвиђена на другом месту[101], те произилази да се под накнадом нематеријалне штете у светлу члана 177. става 2. Закона о ауторском и сродним правима подразумева накнада у новцу, без обзира на језичку недореченост.

Треће, поставља се питање значаја саме констатације у Закону о ауторском и сродним правима да аутор, односно интерпретатор дела, има право на новчану накнаду штете због повреде његових личних ауторских права. Наиме, да ли је одредба члана 177. став 2. Закона о ауторском и сродним правима излишна, имајући у виду да досуђивање новчане накнаде нематеријалне штете омогућава и члан 200. Закона о облигационим односима. Према речима проф. Марковића значај ове одредбе Закона о ауторском и сродним правима је у томе да она „успоставља необориву правну претпоставку да аутор, односно интерпретатор, трпи душевни бол кад му се повреди одређено личноправно овлашћење“.[102] Аутор и интерпретатор чија су лична ауторска права повређена могла би тражити новчану накнаду за претрпљену нематеријалну штету и без одредбе члана 177. став 2. Закона о ауторском и сродним правима, али би такав захтев онда морао да задовољи услове из члана 200. Закона о облигационим односима. Наиме, у том случају би на аутору, односно интерпретатору, био терет доказивања да је повреда његовог личног ауторског права проузроковала правно релевантну нематеријалну штету, тј. душевни бол одређеног трајања и интензитета. Према логици члана 200. став 1. Закона о облигационим односима, није свака повреда права личности или части и угледа подобна за досуђивање новчане накнаде. Неопходно је да је оштећени претрпео душевне болове, чији узрок може бити између осталог и повреда права личности (личних права аутора), односно части и угледа аутора. Чланом 177. став 2., као што је горе истакнуто, необориво се претпоставља да повреда личних ауторских права проузрокује правно релевантан душевни бол, у смислу члана 200. став 1. Закона о облигационим односима. Исто тако, околности случаја се неће разматрати као

[99] ЗОО члан 199.
[100] ЗОО чалн 200.
[101] ЗАСП члан 177. став 1. тачка 6.
[102] Марковић *op. cit*.

услов оправданости досуђивања новчане накнаде нематеријалне штете, што је иначе по слову Закона о облигационим односима потребно.

Потпуно је друго питање по којим критеријима ће се одредити износ новчане накнаде нематеријалне штете због повреде личних права аутора, које питање Закон о ауторском и сродним правима не регулише, тако да се у том погледу у потпуности примењују критерији из Закона о облигационим односима.

Пре свега накнада мора бити правична[103], што са процесног аспекта подразумева одлучивање по слободној оцени.[104]

Затим, суд ће применити опште критерије по којима се досуђује новчана накнада нематеријалне штете, а то су значај повређеног добра, циљ чему треба да служи накнада (пружање сатисфакције оштећеном) и да се накнадом не погодује тежњама које су неспојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.[105] У погледу процењивања значаја повређеног добра (личног права аутора) у сваком случају треба имати у виду околности под којима је повреда учињена и начин на који је радња повређивања права учињена. Тако, проф. Марковић истиче, са чијим мишљењем се слажемо, да у процењивању значаја повређеног добра суд треба да узме у обзир оригиналност ауторског дела (по логици ствари, већи значај има дело које има виши степен оригиналности) и врсту радње којом је повреда учињена, јер грубост радње повређивања директно утиче на степен душевног бола који аутор трпи.[106]

У погледу критерија по којима се одређује висина новчане накнаде, интересантан је један пример из судске праксе. У једном случају, још из доба СФРЈ[107], дошло је до снимања и емитовање рекламног спота, у чему је искоришћен лик из популарне телевизијске серије, уз плаћање великих хонорара глумцу, а да притом за то није затражена сагласност аутора серије. Аутор је безуспешно покушао да спречи емитовање рекламног спота, који је у ударним терминима емитован чак 87 пута. У поступку за новчану накнаду нематеријалне штете због повреде личних ауторских права, првостепени суд је досудио новчану накнаду у корист аутора. Другостепени суд је укинуо првостепену пресуду, али не због тога што се

[103] ЗОО члан 200. став 1.

[104] ЗПП члан 224. У том смислу види Милић *op. cit*. стр. 2096.

[105] ЗОО члан 200. став 2.

[106] Марковић *op. cit*. стр. 375.

[107] Случај из судске праксе је парафразиран из чланка Павић,Синиша, *Процена висине накнаде нематеријалне штете за повреду моралног ауторског права*, Правни живот, 9-10/1992. стр. 2081-2085. На жалост, аутор тог чланка није навео извор из којег је случај парафразиран, тако да не можемо дати тачне податке о томе који је суд донео пресуду и у којем поступку.

није сложио са одлуком првостепеног суда да аутор има право на новчану накнаде нематеријалне штете, већ због тога што је та висина новчане накнаде утврђена на неадекватан начин. Наиме, првостепени суд је погрешио у томе што је за критериј одређивања висине новчане накнаде нематеријалне штете узео, као полазну основу, висину хонорара који је исплаћен глумцу за снимање рекламног спота(?). Став другостепеног суда је јасан и исправан: висину новчане накнаде нематеријалне штете треба одређивати по правилима из члана 200. став 2. Закона о облигационим односима, јер таква накнада служи циљу пружања сатисфакције аутору, а не представља еквивалент повређеним правима. Висина хонорара исплаћена глумцу није елеменат на основу којег се утврђује висина новчане накнаде нематеријалне штете проузроковане повредом личних ауторских права.

5. Закључна разматрања

Истраживање је показало да аутору, чија су (лична) морална ауторска права повређена, стоји на располагању читав дијапазон грађанскоправних тужби, чији је циљ, с једне стране, да се утврди повреда права или одреди престанак повреде права, односно да се аутору пружа одговарајућа неновчана или новчана сатисфакција за учињену повреду. Сви ови правно-заштитни захтеви имају своје утемељење у Закону о ауторском и сродним правима, али се супсидијерно примењују и правила из одговарајућих чланова Закона о облигационим односима, јер Закон о ауторском и сродним правима само констатује на које правно-заштитне механизме има право аутор, не регулишући посебно услове за успешно подношење тих тужби.

Први и најважнији закључак спроведеног истраживања је да аутор чија су морална права повређена има право на новчану накнаду нематеријалне штете. На први поглед, ова констатација делује ноторном. Међутим, као што је истраживање показало, доста дуго је у нашој судској пракси био присутан став да је нематеријалну штету услед повреде ауторских права могуће санирати само неновчаном сатисфакцијом. С друге стране, сама формулација одредбе члана 177. став 2. Закона о ауторском и сродним правима говори о накнади нематеријалне штете услед повреде личних права, а да при том не прецизира јасно да ли је реч о новчаној или неновчаној накнади. Систематским тумачењем тог члана Закона, дошли смо до закључка да се ту мисли на новчану накнаду.

Даље, битно је питање да ли се новчана накнада нематеријалне штете услед повреде личних права аутора може тражити кумулативно са

неком другом мером неновчане сатисфакције. Наше је мишљење да се, без обзира на могућност досуђивања новчане накнаде, ипак првенство треба дати неновчаној сатисфакцији због повреде личних права аутора. Новчану накнаду нематеријалне штете због повреде личних ауторских права треба досудити само у случајевима најтежих повреда тих права, кумулативно са или независно од неновчане сатисфакције оштећеног. Не постоји разлог против да у таквим тежим случајевима повреде личних права аутора суд одреди објаву пресуде на трошак штетника, али и да га обавезује на плаћање новчане накнаде. Међутим, мишљења смо, да повреде права мањег значаја, али које су ипак правно релевантне повреде, треба санкционисати првенствено неновчаним грађанскоправним санкцијама. То произилази из логичког односа члана 199. и 200. Закона о облигационим односима.

Но, без обзира на ову опаску, сматрамо да је Законом о ауторском и сродним правима, уз супсидијарну примену Закона о облигационим односима, личним ауторским правима дата адекватна грађанскоправна заштита, како неновчаним мерама пружања сатисфакције, тако и пружањем сатисфакције досуђивањем новчане накнаде.

Atila Dudas, Assistant
Novi Sad School of Law

Civil Actions for the Protection of Author's Moral Rights

Abstract

The author of a new intellectual work enjoys a range of economic and moral rights. While economic rights tend to protect author's legitimate interest to issue the intellectual work and collect proceeds from its distribution, moral rights represent the unique and lasting intellectual relation between the author and his work. According to the effective Law on Author's and Allied Rights, the author has the following moral rights: right to paternity (to designate the intellectual work as author's), right to be identified as the author of the work on its each copy (*attribution rights*), right to publish the work, right to protect the integrity of the work and a right to object to derogatory use and exploitation of the work (*integrity rights*).

The infringement of any of these moral rights certainly represents cause of action to initiate civil action against the infringer. However, the question still arises what remedies the author may be awarded in such proceedings. The effective Serbian law offers the following remedies to an author who's moral rights are infringed: declaratory judgment stating the infringement, injunction prohibiting further unlawful conduct, publication of a judgment at the cost of the tortfeasor and other non-pecuniary remedies for redressing the wrongful harm and, finally, pecuniary compensation for the sustained moral damage. Each of them is analyzed in detail in this paper.

However, the emphasis is put on the possibility and justification of awarding pecuniary compensation for the infringement of author's moral rights, awarded alone or cumulatively with other civil remedies.

347.724

Др Стеван Шогоров, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ОБАВЕЗА ДОПУНСКИХ УПЛАТА И ДОДАТНИХ УЛОГА У ДРУШТВУ С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ

Сажетак: *У друштву с ограниченом одговорношћу се могу предвидети обавезе додатних улога, као и допунских уплата. Њихова економска улога је различита, као и њихова правна природа. Правна правила која се односе на ова два института су делом слична, али због различите правне природе добрим делом ипак различита.*

Кључне речи*: друштво с ограниченом одговорношћу, допунска уплата, додатни улог, обавеза, одговорност*

1. Уводне напомене

Допунске уплате су специфичан институт у праву друштава са ограниченом одговорношћу који је настао у немачком праву, али је данас присутан и у многим другим правима. Основни разлог његовог постојања је економског карактера. Кроз предвиђање права друштва да утврди обавезу допунске уплате својим члановима, ствара се сигурна „резерва капитала“ друштва, без његовог „заробљавања“ у оквиру основног капитала друштва. У тренутку оснивања друштва није лако предвидети како ће друштво

стварно пословати и колики ће му капитал заиста требати. Лоша процена у том погледу може довести до озбиљније подкапитализације или прекапитализације (надкапитлизације) друштва. Због тога се капитал, на који се евентуално додатно рачуна, неће кроз улоге ни уносити у друштво, будући да друштву можда неће ни затребати. Уколико међутим затреба, скупштина друштва увек може донети одлуку о допунским уплатама у складу с уговором о оснивању друштва, увлачећи на тај начин потребну вредност додатног капитала у друштво. Уколико не, тај резервни капитал друштва ће се и даље налазити код чланова, који га могу користити према својим стварним потребама. Допунске уплате тако обезбеђују праву меру капитализације друштва.

Додуше, докапитализација друштва се може остварити и кроз повећање основног капитала, али је успешност тог поступка неизвесна, будући да чланови друштва нису обавезни да са додатним улозима у њему учествују, док је њихово учешће у капитализацији друштва кроз допунске уплате обавезно.

Друга важна карактеристика докапитализације кроз допунске уплате је у томе што те уплате не улазе у основни капитал друштва, нити увећавају вредност удела чланова. Допунске уплате се по правилу враћају, у друштву се задржавају само док су потребне. Њихов повраћај члановима није повезан са смањивањем основног капитала друштва, још мање са исплатом добити члановима. Напротив, враћање допунских уплата је извршење облигационе обавезе друштва према члановима, па не зависи од позитивног пословања друштва. Исто так враћање допунских уплата је ослобођено и било каквог пореског оптерећења које, иначе, прати исказану и исплаћену добит.

Због ових својих добрих особина допунске уплате су биле предвиђене нашим Законом о предузећима из 1996. године[1]. Из непознатих разлога, међутим, оне нису регулисане новим Законом о привредним друштвима из 2004. године. Насупрот томе, у овом закону се јавља нови институт тзв. „додатних улога“[2] чији је карактер и привредна сврха доста нејасна. У сваком случају ради се о улозима који улазе у основни капитал друштва и у њему трајно остају. Једина разлика у односу на евентуалне додатне улоге по основу обичног повећања основног капитала друштва је у томе што

[1] В. чл. 346 Закона о предузећима (ЗОП) из 1996.године
[2] В. чл. 111 Закона о привредним друштвима (ЗПД) из 2004. године.

су додатни улози за чланове друштва обавезни, док учешће у обичном повећању основног капитала за њих нема обавезујући карактер.

Одлука о допунским уплатама, као и о додатним улозима, не може се у друштву донети без одговарајућег правног основа. Тај основ, међутим, никада не може бити сам закон. Закон ствара само могућност креирања правног основа, а од воље оснивача, односно чланова друштва зависи да ли ће ту могућност искористити и правни основ створити. Да би се у друштву могла донети обавезујућа одлука о допунским уплатама или о додатним улозима, потребно је да могућност доношења таквих одлука предвиди уговор о оснивању друштва.

2. Утврђивање обавезе одговарајућом одлуком

Уговором о оснивању друштва се, дакле, ствара правни основ за утврђивање обавезе допунске уплате. То, међутим, није довољно. Да би обавеза допунске уплате реално настала, неопходно је да скупштина друштва донесе одговарајућу одлуку којом се утврђују конкретне обавезе чланова друштва у погледу плаћања допунских уплата. Те обавезе морају бити довољно одређене (висина, временска динамика уплата и сл.) да би могле обавезивати чланове.

Изузетно, конкретне обавезе би се могле створити и самим уговором о оснивању друштва, ако би он, поред начелне могућности увођења допунских уплата, предвидео и конкретне обавезе чланова у погледу допунских уплата у одређеном временском периоду (напр. ако би се уговором утврдила обавеза свих чланова да у прве три године изврше додатне уплате у висини ½ вредности њихових улога годишње и сл.).

Доношење одлуке о допунским уплатама у упоредном праву спада у надлежност скупштине друштва. Ако се скупштина у друштву не образује, одлуку о допунским уплатама доноси орган који врши њене функције (чланови друштва непосредно). Одлуке ненадлежног органа не би производиле правно дејство. Оваква правила би морала да важе и у нашем праву, будући да недостаје законска регулатива о допунским уплатама.

Што се додатних улога тиче, у Закону о привредним друштвима се на противречан начин одређује орган надлежан за доношење одлуке о њима. Према одредбама чл. 111. Закона о привредним друштвима одлуку о додатним улозима доносе чланови друштва. Међутим, чланом 137 овог

закона за доношење одлуке о додатним улозима предвиђена је се изричита надлежност скупштине друштва. Но, с обзиром да је истим чланом предвиђено да је скупштина друштва надлежна ако законом, оснивачким актом или уговором чланова друштва није друкчије уређено, може се закључити да одлуку о додатним улозима, по законској претпоставци из чл. 111 тог закона, доносе чланови друштва, али се актом о оснивању или уговором чланова друштва може предвидети и да ће за такву олуку бити надлежна скупштина друштва. У сваком случају противно је смислу и карактеру допунских улога и повећања основног капитала да за одлуку буде надлежан други орган. Изузетно, у једноперсоналном друштву, одлуку о додатним улозима доноси једини члан друштва или лице које је овлашћено да врши функцију скупштине друштва.[3]

Одлуку о допунским уплатама скупштина доноси обичном већином гласова, уколико уговором о оснивању друштва одн. уговором чланова друштва није предвиђена квалификована већина.

За додатне улоге би требало да важе иста правила. Ипак, пошто се додатним улозима повећава основни капитал, одлука мора бити донета већином која је предвиђена за повећање основног капитала. Према чл. 146 ст. 1 ЗПД скупштина друштва одлучује простом већином броја гласова који чине кворум (њега чини већина чланова друштва) ако оснивачким актом или уговором чланова друштва није одређено да се одлуке доносе већином гласова свих чланова. Како се изузетак из ст. 2 истог члана на додатне улоге не примењује, то основно правило о одлучивању остаје, осим ако се оснивачким актом или уговором чланова друштва другачије не предвиди.

До доношења одлуке скупштине, могућност утврђивања допунских уплата, односно додатних улога, предвиђена уговором о оснивању друштва, је само опште право друштва корпоративног (друштвеноправног) карактера. Да ли ће се друштво користити тим правом и скупштина, односно чланови, одлуком утврдити конкретне обавезе чланова по том основу, зависи од воље друштва одн. његових органа. Скупштина не мора да се користи начелним правом из уговора о оснивању друштва, то је само право друштва, не и његова обавеза. Друштво се не мора користити овим својим правом чак ни у случају да се искаже губитак у пословању. Ни повериоци друштва, ни стечајни управник не могу у име друштва захтевати допунске уплате нити додатне улоге од чланова за које не постоји одлука скупштине. Стечајни управник не може донети одлуку о допунским уплатама, јер је доношење те одлуке у искључивој надлежности скупштине, што зна-

[3] В. чл. 136 ст. 2 ЗПД.

чи да од отварања стечаја одлука о допунским уплатама односно допунским улозима више не може бити донета, јер скупштине више нема, а стечајни управник је за то ненадлажан орган.[4]

Доношењем одлуке скупштине, односно чланова друштва, ситуација се битно мења. Од тог тренутка настају конкретне обавезе чланова. Из чланске обавезе на допунску уплату односно додатни улог настаје конкретна обавеза облигационоправног карактера. С друге стране, пре доношења одлуке не постоји никакво потраживање друштва по основу допунских уплата, односно додатних улога, напротив, постоји само корпорацијско (друштвеноправно) право друштва. Због свог карактера ово право се не може преносити нити запленити. Након одлуке, међутим, потраживање друштва према члановима по основу допунске уплате и додатних улога дели судбину других потраживање друштва, што значи да се може пренети повериоцима и другим лицима, да може бити предмет принудног извршења и др. Та потраживања улазе у имовину друштва, њима, дакле, друштво одговара према повериоцима.[5]

Одлуку о увођењу допунских уплата односно додатним улозима чланови друштва могу оспорити само ако је она незаконита. Међутим, чланови друштва не могу нападати одлуку доказивањем да је она непотребна, несврсисходна и сл.

Скупштина друштва (односно чланови друштва) може одлуку о допунским уплатама односно додатним улозима изменити или ставити ван снаге на исти начин и по истом поступку по коме ју је и донела.

Одлука се, иначе, у потпуности мора кретати у оквиру норми о допунским уплатама односно додатним улозима утврђених уговором о оснивању друштва или уговором чланова друштва. Њоме се могу само конкретизовати, али не и мењати, норме утврђене тим актом. Одлуком се не може одступити од принципа једнаког третмана чланова (ван оквира утврђених уговором о оснивању односно уговором чланова друштва) што значи да се обавезе допунске уплате или додатног улога не могу ослободити неки чланови, ако то није предвиђено наведеним актима.

[4] Упор. за швајцарско право: Стеигер, *op. cit*. с 367; за немачко право: Baumbach-Hueck, *op. cit*. с. 122.

[5] Baumbach-Hueck, ibidem.

3. Намена средстава остварених по основу допунских уплата и додатних улога

Средства које је друштво стекло по основу допунских уплата могу се користити за било које намене. Најчешће, у пракси, оне се користе за покриће губитка, али се могу користити и за инвестиције или друге намене, већ према стварним потребама привредног друштва[6]

Намена допунских уплата може бити утврђена и уговором о оснивању. У том случају одлука скупштине о допунским уплатама се може донети само у оквиру тако одређене намене.

У неким правима намена допунских уплата је законом одређена, и то на императиван начин. Тако се напр. у швајцарском праву допунске уплате могу користити само за покриће губитака по билансу.[7]

С друге стране, средства које друштво оствари по основу додатних улога, немају посебну намену. Ова средства, будући да у целини улазе у основни капитал привредног друштва, могу се користити на начин на који се иначе користи његов основни капитал.

4. Извршење обавезе

Обавеза допунске уплате се извршава у време и на начин утврђен одлуком скупштине. Она може бити једнократна или на рате, у једнаким или неједнаким временским интервалима. Исто важи и за извршење обавезе уношења додатног улога.

Обвезник на допунску уплату је лице које је било члан друштва у тренутку доношења одлуке скупштине. Исто тако обвезник је и његов правни следбеник по основу преноса удела, осим ако је код неког члана обавеза допунске уплате била везана за његову личност. Иста правила важе и за додатни улог. Поред тога за додатни улог важи о додатно законско правило према којем ако члан друштва с ограниченом одговорношћу не унесе додатни улог, остали чланови чланови друштва су обавезни да уплате тај део сразмерно својим уделима, ако оснивачким актом или уговором чланова друштва није друкчије одређено.[8]

[6] Исто, Васиљевић, *op. cit*. с. 311.
[7] В. ст. 1 чл. 803 Закона о облигацијама Швајцарске.
[8] В. чл. 111 ст. 3 ЗПД.

Према ст. 4 чл. 346 раније важећег ЗОП-а, члан друштва своју обавезу допунске уплате не може пребити са потраживањем које има према друштву. Ова норма је по свој прилици пренета из Трговачког закона Југославије из 1937. године[9] али је питање њене оправданости спорно. У неким другим правима овакве норме нема, напротив, сматра се да је такво пребијање могуће, јер се норма о забрани пребијања обавезе улога члана са његовим потраживањем према друштву не може применити на случај допунске уплате, због битно различите природе улога и допунских уплата.[10] Забрана пребијања у новом ЗПД није предвиђена за додатне улоге, па се данас, будући да допунске уплате законски нису регулисане, забрана пребијања не поставља ни за једну од ових обавеза.

Друштво, иначе, може потраживање по основу допунске уплате пребити са обавезом коју има према члану. Исто тако друштво може обавезу допунске уплате одложити, а може и опростити (отпуст дуга).[11] С друге стране, друштво може потраживање по основу додатног улога пребити, али не и опростити, јер би то било противно карактеру сваког, па и додатног улога.

Обавеза допунске уплате је новчаног карактера, па се и испуњава у новцу. Ипак, друштво може примити испуњење и у стварима и правима под условима који важе за замену испуњења облигација.[12] Предмет додатног улога, напротив, може бити све оно што моће бити предмет редовног улога, дакле ствари, права, новац, као и извршени рад и пружене услуге.

5. Правне последице доцње

Члан друштва је дужан да допунску уплату изврши на време, у складу са одлуком скупштине. Уколико он то не учини, пада у доцњу и сноси све штетне последице доцње.

Раније важећим одредбама ЗОП-а (чл. 347) било је предвиђено да се на доцњу при допунским уплатама сходно примењују одређене законске норме о доцњи при уплати улога, уколико уговором о оснивању није дру-

[9] В. ст. 4, пар. 437 тог закона.

[10] Упор. за немачко право: Sufhoff, *op. cit*. с. 141; Baumbach-Hueck, *op. cit*. с. 123.

[11] Исто: Sudhoff, *op. cit*, с. 141; Baumbach-Hueck, *op. cit*. с. 123; Beck GmbH-HB/ Hense/Jung/Schwaizer, *op. cit*. с. 299.

[12] В. чл. 308 Закона о облигацијама.

гачије утврђено. Тако је члан био дужан да у случају доцње плати камату и да друштву накнади другу штету због неблаговременог испуњења обавезе допунске уплате.

У случају доцње члана са извршењем обавезе допунске уплате, друштво начелно може користити следећа права и то:

- право да захтева камату;
- право да захтева накнаду штете преко вредности камата;
- право да искључи члана из друштва.

Право на камату друштво стиче самим наступањем доцње, без обзира да ли је члан крив за закашњење (одн. неиспуњење) или не. Камата је законска затезна, али се уговором о оснивању друштва може предвидети и друга вредност камате (уговорна камата).

Право на додатну накнаду штете, преко износа затезне или уговорне камате, друштво има само ако се испуне одређене претпоставке по правилима облигационог права. Накнаду штете друштво може остварити само ако је штета већа од вредности камате, и то за износ разлике између те две вредности. Поред тога, за разлику од камате, додатну накнаду штете друштво може остварити само ако докаже да је она настала кривицом члана.

Право на искључење члана (кадуцирање) друштво може користити по основу чл. 179 ЗОП-а, по којем се члан може искључити из друштва ако не изврши обавезу уношења улога предвиђену уговором о оснивању друштва или из других оправданих разлога. Обавеза допунске уплате је обавеза која се утврђује уговором о оснивању друштва, а поред тога, њено неизвршавање сигурно представља „оправдан разлог“ за искључење.

За разлику од ситуације која постоји код доцње са уплатом одн. уношењем улога у друштво, код допунских уплата се право на уговорну казну због доцње са уплатом практично не може користити због правила из чл. 270 ст. 3 Закона о облигационим односима по којем се уговорна казна не може уговорити за новчане обавезе, а Закон о привредним друштвима, као ни ранији Закон о предузећима није предвидео за овај случај одступање од тог општег правила.[13] У правима у којима се уговорна казна може односити и на неновчане обавезе, захтевање уговорне казне од члана је четврто важно право друштва у случају доцње са извршењем допунске уплате.[14]

[13] Супротан став: Васиљевић, *op. cit*. с. 311.
[14] За швајцарско право види Steiger, *op. cit*. с. 368.

По себи се разуме да друштво не мора користи сва права која му стоје на располагању. Оно може тако захтевати извршење допунске уплате, уз камату и евентуалну додатну накнаду штете, без коришћења права на искључење члана.

Друга правила у вези са доцњом члана при уплати (уношењу) улога се не примењују на доцњу при допунским уплатама. То посебно важи за одговорност претходних ималаца удела. У случају доцње код допунске уплате претходни имаоци удела не одговарају за обавезу допунске уплате солидарно са чланом друштва чија је обавеза,[15] чиме се јасно показује да се допунске уплате не могу доводити у везу са принципом очувања вредности основног капитала друштва.[16]

Што се тиче правних последица доцње код додатних улога, оне су делом сличне, а делом различите. Како су додатни улози по своме карактеру улози чија вредност улази у основни капитал друштва, то и за њих важе правила из чл. 13 ЗПД у погледу одговорности за извршење обавезе уношења улога у друштво. То, пре свега, значи да је члан у доцњи са извршењем обавезе уношења додатног улога дужан да плати законску затезну камату (ако се ради о новчаној обавези) затим да накнади другу штету друштву (ако је обавеза неновчана или је штета већа од вредности камата) а може бити и искључен из друштва. Додуше, Законом о привредним друштвима је предвиђено да се оснивачким актом друштва с ограниченом одговорношћу може одредити да је члан друштва који не изврши обавезу додатног улога одговоран осталим члановима и друштву за проузроковану штету,[17] али обавезу накнаде штете члан има и по општим правилима отштетног права, и када оснивачким актом она ње предвиђена. Оснивачким актом се само може искористити законска могућност да се предвиди одговорност члана друштва који није извршио обавезу за накнаду штете и према другим члановима друштва, а не само према друштву.

У погледу одговорности претходних ималаца удела, међутим, важи правило према којем у случају преноса удела, преносилац и стицалац одговорни су солидарно за обавезе преносиоца у вези са улогом настале пре тог преноса.[18]

За додатне улоге важи и правило да ако члан друштва с ограниченом одговорношћу не унесе додатни улог, остали чланови су обавезни да уплате тај део сразмерно својим уделима, ако оснивачким актом или уговором

[15] Исто, Васиљевић, *op. cit*. с. 311.
[16] Steiger, *op. cit*. с. 368.
[17] В. чл. 111, ст. 4 ЗПД
[18] В. чл. 13 ст. 9 ЗПД.

чланова друштва није друкчије одређено.[19] Мислимо да се ова законска норма има тумачити тако да ће одговорност других чланова друштва у овом случају увек бити сразмерна вредности њихових удела, осим ако се оснивачким актом друштва или уговором чланова друштва не утврди другачија сразмера у одговорности, али не и тако да се овим актима одговорност других чланова може искључити.

Иначе, изложена законска правила су диспозитивног карактера. Уговором о оснивању друштва се последице доцње, односно права друштва могу и другачије уредити.

6. Враћање допунских уплата

Допунске уплате могу бити трајно задржане у имовини друштва, али могу, у целини или делом, бити и враћене члановима друштва. Дефинитивна судбина допунских уплата зависи од одредаба уговора о оснивању и одлука скупштине друштва.

Ако уговором о оснивању друштва није ништа посебно предвиђено, допунске уплате се могу вратити члановима, али и не морају, зависно од воље скупштине друштва. Исто тако скупштина својом одлуком одређује да ли ће се допунске уплате вратити у целини или у једном делу, када ће бити враћене, на који начин и др. Према томе, ако уговором о оснивању друштва није предвиђено враћање допунских уплата чланови немају право да то враћање захтевају. Међутим, ако скупштина донесу одлуку о враћању, члан друштва стиче потраживање према друштву за износ допунске уплате који је подложан повраћају.

Ако је, међутим, уговором о оснивању предвиђена обавеза друштва да допунске уплате врати, одлуке скупштине се морају кретати у оквиру оваквих одредаба уговора. Одлука скупштине је и у овом случају нужна јер се тек њоме стварају за друштво обавезе, а за чланове потраживања, у вези са повраћајем допунских уплата.

Без обзира да ли се враћање допунских уплата заснива на закону и одлуци скупштине или на уговору о оснивању друштва и одлуци скупштине, морају се поштовати одређена правила утврђена законом.

[19] Чл. 111 ст. 3. ЗПД.

Враћене допунске уплате се сматрају као да нису ни уплаћене. Смисао овог правила је у томе да се враћене допунске уплате не урачунавају при постојању временски неограничене обавезе допунске уплате са утврђеним горњим лимитом. То значи да се новом одлуком скупштине може поново утврдити обавеза допунске уплате до износа лимита, без одбијања износа враћене допунске уплате.[20] Уговором о оснивању друштва се, међутим, ово питање може и другачије уредити.

Што се додатних улога тиче, правило је да се они не могу вратити. Враћање додатних улога би било противно њиховој природи. Евентуално враћање додатних улога би угрозило и основни капитал друштва и повређивало принцип очувања несмањене вредности основног капитала друштва с ограниченом одговорношћу. За њих важи опште правило за улоге у друштву, према којем чланови друштва немају право на повраћај улога нити на камату за његову вредност.[21]

[20] Упор. Sudhoff, *op. cit*. с. 141
[21] В. чл. 13 ст. 8 ЗПД

Stevan Šogorov, Ph. D. Full Professor
Novi Sad School of Law

Obligation of Additional Payment and Additional Contribution in Limited Liability Company

Abstract

In this paper the author compares additional payment and additional contribution in Limited Liability Company in domestic law.

Analyzing these two institutes it appears that they are essentially different regarding their legal characteristics, as well as their purpose and economical goals. Questions regarding performance and liability related to additional payment and additional contribution are analyzed as well. Final part of the work contains discussion of different rules regarding return of contributed assets.

347.796.2

Др Душанка Ђурђев, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

YORK ANTIWERPENSKIH ПРАВИЛА из 2004.

Сажетак: *Поморска пловидба је била одувек изложена специфичним опасностима које су довеле до ствасрања посебних правних института којипостоје само у овој врсти превоза. Једна од њих је Институт поморске хаварије. Унификација правила о заједничким хаваријама је започела рано још 1877. године, а последња измена је извршена York Антверпенским правилима 2004. године.*

Кључне речи: *Хаварије, заједничке хаварије, York Антверпенска правила.*

Појам хаварије

Поморска пловидба је била одувек изложена специфичним опасностима које су довеле до стварања посебних правних института који постоје само у овој врсти превоза. Један од њих је и институт поморске хаварије.

Хаваријом у пловидби се назива свака изванредна штета, губитак или трошак који задесе имовину (брод, терет и возарину) у току пловидбеног подухвата, односно од укрцаја и поласка на пловидбу до приспећа у луку одредишта и искрцаја.[1]

Основна карактеристика хаварија је њихова изванредност и та чињеница разликује хаварије од свих других трошкова и губитака којима су бродар и наручилац посла уобичајено изложени.

[1] *Саобраћајно право*, Царић С., Трајковић М., Грабовац И,. Павић Д., Јанковец И., Филиповић В., Шулејић П., Станковић П., Београд 1990. стр 197.

Пловидбене хаварије се деле на две основне групе и то на посебне и заједничке хаварије.

Засебна, партикуларна, посебна хаварија се дефинише индиректно у односу на појам заједничке хаварије а не самостално и под њом се подразумевају све друге штете и трошкови које претрпи имовина у пловидби а које немају карактеристике заједничких хаварија.[2] Ради се о штети на имовини насталој у заједничком подухвату на мору која није причињена намерним жртвовањем ради заједничког спаса и тако насталу штету или трошак сноси сваки учесник у послу за себе или онај ко је штету скривио. Имовинске последице засебне хаварије сносе власници оштећене имовине, без примене начела солидарности као код заједничких хаварија. Учесталост партикуларних хаварија је у пракси далеко већа од заједничких хаварија.

Однос између заједничке и посебне хаварије је такав да постојање заједничке хаварије истовремено искључује постојање посебне хаварије и обрнуто.

Институт заједничке хаварије је у функцији посебних ризика поморског превоза а изузетно и превоза на унутрашњим водама ако је то изричито уговорено, где је у једном пловидбеном подухвату ангажовано висе интереса, који успостављају привремену заједницу са колективни циљем а то је успех подухвата.[3] У том циљу сви учесници унапред прихватају спремност на изванредне жртве и трошкове, с тим да их сносе сви учесници пловидбеног подухвата, који су од њега имали користи.

За време поморског превоза робе могу настати под одређеним околностима посебне штете, које се надокнађују по правилима која вазе за заједничке хаварије.

Под заједничким хаваријама подразумевају се штете на броду и терету као и трошкови у вези са бродом и теретом које не сноси само оно лице које их је проузроковало или само оно лице које је њима погођено, него их заједнички по посебним правилима сносе сви учесници пловидбеног подухвата

Да би постојала заједничка хаварија морају бити кумулативно испуњени одређени услови.

Прво, заједничка хаварија је штета која је проузрокован радњом човека а по одлуци заповедника брода или лица које га замењује. штета од природног догађаја никад не може бити штета заједничке хаварије.

---

[2] Јанковец И. *Поморске хаварије*, Београд 1965. стр 38, Станковић П. *Поморске хаварије*, Загреб 1988. стр 51.

[3] Јанковец И. Op. Cit. стр. 51.

Друго, заједничким хаваријама могу се сматрати само оне штете које су проузроковане намерно и разумно.

Треће, заједничка хаварија може постојати само онда кад је у једном поморском подухвату ангажовано више интереса односно лица на које це се штета расподелити. Под интересима се подразумевају брод, возарина и терет.

Четврто, мора постојати заједничка опасност за све односно најмање два интереса у тренутку проузроковања штете. Опасност која прети само једном интересу не доводи до примене правила заједничке хаварије. Циљ предузетих радњи мора бити заједничко спасавање брода и терета.

Заједничка, генерална, општа хаварија је свака намерна и разумна штета или трошак, која је учињена од заповедника брода или друге особе која га замењује, а предузета је ради спасавања имовинских вредности у пловидбеном подухвату од стварне опасности која им заједнички прети. Штету и трошак заједничке хаварије сносе сви учесници односног пловидбеног посла сразмерно вредности своје имовине која је ангажована у том конкретном превозу.

Из дефинисања појма заједничке хаварије произилазе следеће битне карактеристике.То су:

- изванредност околности у којима се догађај одвија
- амерност и разумност одлуке заповедника или друге особе о изазивању штете или троска
- заједничка опасност за целокупну имовину у пловидбеном подухвату
- заједничко спасавање целокупне имовине као мотив и узрок жртвовања

Изванредност догађаја је битно обележје свих хаварија како заједничких, тако и посебних. Када се ради о заједничко хаварији, обележје изванредности носе догађаји који доводе до потребе жртвовања или улагања ванредних трошкова. Међутим, битно је да се ради о штети која је проузрокована радњом човека а штета због природних догађаја никад не може бити штета заједничке хаварије.

Друго битно обележје заједничке хаварије је намера и разумност у жртвовању и најизразитија су карактеристика заједничке хаварије.

Смисао заједничке хаварије је да се жртвовањем мањег дела добара спасава све остало односно да је проузрокована штета мања од оне која би наступила., сто знаци да тај поступка мора бити свестан и разуман. Штета

коју проузрокује неко лице случајно или непажњом не сматра се заједничком хаваријом .

Значајно је питање ко је овлашћен да доноси такве одлуке. Неспорно је да је то заповедник брода. Формулација заповедник или друго лице које га замењује је законска стилизација коју треба тумачити екстензивно и телеолошки. Заповедник је једино и искључиво позван да доноси одлуке уколико околности то дозвољавају. Међутим, у ситуацији изненадне и велике опасности нпр од експлозије која захтева тренутну и одлучну акцију било кога ко је у ситуацији да је предузме, то лице може да буде и сваки други лан посаде, под условом да је према околностима случаја морао да делује хитно и неодложно односно да није имао могућности да обавештава заповедника и да је њихов поступак био заиста разуман и оправдан односно такав да би га и заповедник предузео у истој ситуацији. Тако су нпр. енглески судови признали право на одлучивање пилоту и слагачима на броду примењујући критеријум да ли би заповедник просечно стручних способности и моци расуђивана једнако тако поступио у датим околностима.[4]

Поред захтева да заједничка хаварија мора бити намерно проузрокована трази се и елеменат разумности у том поступку доношења одлуке. Потребно је оценити да и су предузете мере сврсисходне тј. да ли је предузета мера била најпогоднија за отклањање претеће опасности и да ли је била оправдан. Као типични примери последица заједничке хаварије наводе се штете на терету због избацивања другог терета, узгредне штете због гашења пожара на броду, штете од намерног насукања, пропратне штете при олакшавању насуканог брода и сл.[5]

Следеће битно обележје заједничке хаварије је заједничка опасност за целокупну имовину у пловидбином подухвату која оправдава жртвовање свих и њихов заједнички допринос у накнади коначне штете.

Заједничка хаварија може постојати само када је у тренутку проузроковања штете постојала заједничка опасност и то озбиљна, непосредна и стварна за све односно најмање два интереса ангажована у поморском подухвату (интереси у поморском подухвату су на страни брода, терета и возарине)

У пракси се захтева да опасност буде озбиљна, непосредна и стварна. Сматра се озбиљном ако прети већим оштећењем или пропашћу имовине, одн тежим озледама или губитком живота људи. Опасност је непосредна када штета или губитак могу настати одмах односно када би било

[4] Правило А York Antverpenskih правила 1994. и 2004. не говори о заповеднику, већ безлично о намерним и разумним штетама и трошковима.

[5] York Antverpenskih правила 2004.

ризично одлагање отклањање те опасности. Опасност је стварна ако је велика вероватноћа да ће наступити.

Опасност мора да буде заједничка тј. да прети целокупној ангажованој имовини, мада то не мора да једнако погоди све учеснике односно интересе.

Значајно питање се односи на порекло извора опасности. Општи је став да извор опасности није битан за признавање заједничке хаварије, јер опасност може потећи од висе силе, од партикуларне хаварије, скривених мана брода, својстава робе па цак и скривљених радњи учесника овог посла. Основна сврха је њено уклањање, па је заједничко спасавање целокупне имовине основни разлог жртвовања.

Последњи битан елеменат заједничке хаварије је управо заједничко спасавање. Циљ предузетих радњи мора бити заједничко спасавање брода и терета. Ако су и поред предузетих мера и брод и терет пропали не постоји заједничка хаварија, јер се не може расподелити штета на брод и терет. Међутим, не морају бити спасени и брод и терет. Може бити жртвован цео терет да би се спасао брод, па да постоји заједничка хаварија.

Заједничке хаварије се јављају као штете или трошкови.

Као хаваријске штете се подразумевају пропаст или оштећење имовине и то брода и терета који су изазвани чином заједничке хаварије. Под хаваријским трошком се подразумева плаћање или преузимање обавеза за подмирење дугова који су настали заједничком хаваријом.

У типичне хаваријске трошкове спадају награде за спасавање, трошкови олакшања насуканог брода, трошкови у луци склоништа, трошкови привремених поправки, трошкови прибављања средстава, камате и др.

Поред овог критеријума поделе хаваријских штета, штете заједничке хаварије се могу поделити и на штете терета и штете брода у заједничкој хаварији.

Као типичне штете на терету и броду у York Антверпенских правилима наводе се избацивање терета ради спречавања потонућа оштећеног брода, гашење пожара, намерно насукање брода како би се спречило његово потонуће, резање подртине, штете учињене стројевима и котловима, бродске ствари и залихе употребљене као гориво, штете настале одсукавањем брода и др.[6]

[6] Текстови York Antverpenskih правила 1994. и 2004. објављени у часопису Поредбено поморско право год. 44, бр 159, Загреб 2005.

Могуће је да се у пракси нађу истовремено и заједничка и посебна поморска хаварија и тада их је потребно јасно раздвојити. То ће бити нпр. случај када се брод насуче случајно или кривицом члана посаде и штета настала насукањем брода спада у посебне хаварије. Међутим трошкови и штета настали одсукавањем брода, ради спасавања брода и терета спадају у заједничку хаварију. Иако се у теорији ове штете често називају мешовитим, уствари се ради о потпуно одвојеним хаваријама.[7]

Ликвидација заједничке хаварије

Ликвидација заједничке хаварије обухвата низ послова техничке, правне, административне и новчане природе. Сустина је да штете и трошкове заједничке хаварије сносе сви учесници пловидбеног подухвата, сразмерно вредности имовине са којом су учествовали у извршењу подухвата.

Уобичајено је да поступак ликвидације заједничке хаварије има следеће фазе.

Прво, приказује се догађај заједничке хаварије, а то чине хаваријски комесари који су теренски стручњаци осигуравајућих друштава који утврђују врсту и величину штете на броду и терету.

Затим следи нова фаза а то је правно разматрање ликвидатора који је специјализовано лице кога именује бродар. Ради се о утврђивању који се прописи имају применити на конкретан случај.

Након тога се формира поверилачка маса. Поверилачку масу чине штете и трошкови заједничке хаварије укључујући и трошкове поступка ликвидације.

Дужничку масу која служи за намирење штета и трошкова из заједничке хаварије представаља збир свих вредности које су обавезне на допринос. Дужничка маса се може схватити као целокупна имовина ангажована у поморском подухвату, умањена за укупан износ утврђених заједничких штета уз извесне корекције.[8] Упоређивањем ове две масе добија се проценат за израчунавање доприноса за једничку хаварију.Он уствари исказује који део свих вредности у дужничкој маси треба одвојити да би се намирила сва потказивања из заједничке хаварије. Применом тако израчунатог коефицијента на сваку ставку дужничке масе израчунава се допринос сваког учесника у поступку ликвидације.

Сустина поступка ликвидације заједничке хаварије је да сваки учесник који плаца допринос за заједничку хаварију има такав положај да је

[7] Јакаша Б. *Уџбеник пловидбеног права*, Загреб 1983. стр. 353.
[8] Јанковец И. *Привредно право*, Београд 1989. стр. 393.

ирелевантно чија је ствар жртвована или ко је сносио трошкове спасавања. Сразмерни део штете сноси и онај чија је ствар спасена и онај чија је ствар жртвована.

Унификација правила о заједничким хаваријама

Због разлика и неуједначености у националним законодавствима која регулишу заједничку хаварију а да би се избегао сукоба закона у таквим случајевима, врло рано је започет процес унификације ових правила.

Тако је 1877. у Антверпену – Удружење за реформу и кодификацију националног права, сачинило текст York Antverpenskih правила који су се примењивали на основу споразума уговорних страна у заједничкој хаварији. Ова правила су мењана 1890. а од1924. бригу о изменама преузима друга међународна организација CMI (Међународни поморско комитет) и наставља са променама 1950, 1974, 1990, 1994. и 2004. Овим изменама су правила усклађивана са променама поморског транспорта које су пратиле промене неких међународних конвенција са којима су такође у неким деловима усклађивана.[9]

Вазно је уочити да се доношењем нове редакције York Antverpenskih правила (у даљем тексту YAP) не мора напустити примена правила претходне редакције, па се данас у многим обрасцима уговора о превозу могу наћи одредбе о примени YAP 1974, 1990, 1994. Дакле, независно од доношења YAP 2004. у пракси се могу уговарати правила 1974. и 1990. и 1994.

York Antverpenskih правила су нека врста систематизованих поморских обичаја и њихова се примена заснива на сагласности воља уговорних страна одн. уношењем клаузуле о регулисање генералне хаварије у бродарске и возарске уговоре и теретнице. Уобичајена је пракса да стандардни формулари уговора о превозу ствари charterparties и формулари теретница садрже одредбу о примени YAP. Ова правила су имала велики утицај на регулисање заједничке хаварије у националним законодавствима

York Антиверпенских правила из 2004.

На конференцији Међународног поморског комитета CMI одржаној 2004. у Канади (Ванкувер) усвојена је нова верзија York Antverpenskih правила .

[9] Нпр. York Antverpenskih су 1990. мењана у делу који се односи на спашавање усклађивањем са Конвенцјом о спасавању из 1989.

Оно што је карактеристично за доношење нових YAP 2004. и разликује их од претходних је чињеница да за њихово доношење није постојао консензус међународне поморске заједнице а ни промене у самом поморском превозу то нису диктирале. Нова правила су донета уз изричито противљење бродарских удружења па је питање како це она бити прихваћена у пракси.

Измене су донете на предлог невладине међународне организације IUMI (International Union of Marine Insurance) Међународне уније поморских осигурача која је имала бројне примедбе на верзију из 1994.

Примедбе на оправданост института заједничких хаварија нису новина и крећу се од оспоравања потребе за постојањем овог правног института до његовог свођења на поморске незгоде.Тако су управо поморски осигурачи преко своје организације IUMI захтевали од CMI преиспитивање концепта заједничке хаварије, а кључна замерка је била да су та правила реликт прошлости и да висе не одговарају савременим трговачким односима и да се бројним решењима удаљио од изворног смисла. Сматрало се да заједничку хаварију треба свести само на штете настале заједничком хаваријом а трошкове само за време док траје стварна опасност, чиме би били елиминисани бројни трошкови који се признају у складишној луци нпр трошкови искрцаја, ускладиштења, поновног укрцаја терета, плате и трошкови издржавања посаде, лучки трошкови потребни за сигуран наставак путовања и сл.

О овим примедбама IUMI-а се расправљало у оквиру CMI у висе наврата а коначна расправа је вођена на конференцији у Ванкуверу 2004.

Претежно мишљење је било да овако радикални предлози нису оправдани и да би такве промене у концепту заједничких хаварија који у пракси годинама добро функционише могле само да створе правну несигурност. Но без обзира на то многи предлози су наишли на одобравање, тако да је измена YAP ипак извршена. У сустини овим изменама је направљен уступак Међународној унији поморских осигурача. Питање је у којој мери це нова верзија YAP 2004. бити прихваћена у пословној пракси, јер је за њихову примену потребно изричито уговарање.

Промене у YAP 2004.

Награда за спасавање

Најзначанија и најспорнија новина у YAP се односи на то да се у заједничку хаварију не признају награде за спасавање.[10]

По YAP 1994.[11] трошкови спасавања су спадали у типичне трошкове генералне хаварије и значе награду коју је заповедник закључењем уговора о спасавању у име целокупне угрожене имовине обећао да це платити другом броду у случају успешног исхода. Према овим правилима награда за спасавање биће трошак заједничке хаварије и у случају да уговор о спасавању није био посебно закључен али је акција спасилаца успешно завршена (нпр кад спасиоци пронађу брод са теретом напуштен од посаде у часу опасности, па га успеју привести у луку и тако спасити имовину). Њихова награда тада се заснива на законским одредбама о спасавању. Дакле, смисао овог решења је био да се награда за спасавање третира као заједничка хаварија, ако је спасавање учињено за заједнички спас.

Ново решење у YAP 2004. предвиђа да плаћања која се дугују на основу спасавања терете онога ко их је обавезан извршити и неће се признати у заједничку хаварију. Независно од сродности института спасавања и заједничке хаварије ради се ипак о два одвојена права института поморског права. Њихова различитост се нарочито огледа у поступку одређивања доприноса појединих интереса у плаћању награде за спасавање или заједничке хаварије.

Награда за спасавање и заједничка хаварија се према YAP 2004 обрачунава посебно свака за себе према сопственим правилима.То знаци да це се награда за спасавање обрачунати на основу спасених вредности а не на основу доприносећих вредности у заједничку хаварију као сто је то случај према YAP 1994. Награда за спасавање се утврђује према спасеној вредности имовине у време и у месту где је спасавање завршено, док се доприноси у заједничку хаварију одређују на основу стварних нето вредности имовине на завршетку пловидбеног подухвата, а те две вредности се не морају поклапати. Отуда су као разлози који говоре у прилог искључења спасавања из заједничких хаварија наводе да се поново утврђује једном већ обрачунати допринос појединих интереса у плаћању награде за спасавање уз примену новог неповољнијег критеријума, повећавају се трошкови ликвидације, непотребно се продужава поступак ликвидације итд.[12]

---

[10] Правило VI York Antverpenskih правила 2004.

[11] Правило VI York Antverpenskih правила 1994.

[12] Детаљније видети Павић Д. York Antverpenskih правила 2004, *Поредбено поморско право*, год. 44, број 159, Загреб 2005. стр. 123.

Међутим, као кључни разлог који оправдава решење YAP 1994 по коме се награда за спасавање укључује у заједничку хаварију се истиче да даје праведнији резултат.[13]

Плате и трошкови посаде

Следећа значајна новина се односи на искључење зарада и трошкова издржавања посаде у одређеним случајевима из заједничких хаварија. Ради се о трошковима плата и других трошкова посаде у луци склоништа који се по новим 2004. не признају у заједничку хаварију.[14]

Према YAP 1994. плате и издржавање посаде пропратни су трошкови одлуке о скретању у луку заклоништа и биће признати у прописаним оквирима и условима све до тренутка када брод настави раније започето путовање или га дефинитивно прекине због трајне неспособности за пловидбу.[15]

Према YAP 2004. полазећи од тога да ови трошкови понекад нису директна последица предузимања чина заједничке хаварије, него спадају у категорију последичних штета а који су изричито искључени из заједничке хаварије, промењен је став и из заједничких хаварија су брисани ови трошкови.

Један од разлога за ово искључење је био тај сто понекад ти трошкови нису директна последица чина заједничке хаварије, него спадају у последичне штете које су и по ранијим YAP изричито искључене из генералне хаварије. Међутим и даље се као генералне хаварије признају плате и трошкови издржавања заповедника, и посаде за време условљавања и повратка брода из склоништа луке ако су испуњени општи услови за признање трошкова у слонисној луци. Битна промена се испољава у томе сто се не признају као заједничка хаварија плате и трошкови издржавања заповедника, посаде за време додатног задржавања брода у склонисној луци (обично ради поправке брода).

Трошкови горива и залиха за време задржавања брода у склонисној луци се и даље признају као заједничка хаварија.

[13] Hudson G. The York Antwerpen Rules, London 1996., Cornah R. The changes introduced by the York Antwerpen Rules 2004, The Yournal of International Maritime Law, 5-2004.

[14] Правило XI York Antverpenskih правила 2004.

[15] Правило XI York Antverpenskih правила 1994.

Привремене поправке

Начело да се трошкови привремених поправки који су учињени ради заједничког спасавања или ради отклањања штета које су проузроковане заједничком хаваријом признају као заједничка хаварија, није никада било спорно и задржано је и у YAP 2004.[16]

Међутим, када се ради о признању привремених поправки оштећења која су настала као последица случајне поморске незгоде, такви трошкови спадају у партикуларну хаваријy. Ипак и ови трошкови се признају као генерална хаварија, ако су учињени ради завршетка подухвата али само до износа уштеде у трошковима који би да привремена поправка није обављена били учињени и признати као заједничка хаварија.

Бродарева је уговорна обавеза да изведе поправке брода потребне како би се успешно довршио уговорени превоз. Није довољно јасна одредба Правила HIV о ограниченом признању трошкова привремених поправки у слонисној луци.

Међутим, је у томе сто је претпоставка да це се свако смањење признања трошкова поправке као заједничке хаварије надокнадити бродару кроз посебне хаварије или кроз осигурање.[17]

Закључак

У погледу опште оцене York Antverpenskih правила 2004 , поред објективне чињенице да су осавремењена нека решења , вероватно је да су изменама задовољни само осигуравачи IUMI. Потребно је да протекне дуже времена како би се проценило да ли це YAP 2004 заменити у пракси претходна Правила 1994. и 1974. Процењује се да није реално очекивање да ће у типским уговорима у којима је уговорена примена правила из 1974. и 1994. направе измене уношењем нових Правила 2004, за шта би се морала постићи сагласност пре свега међународне поморске заједнице CMI, BIMCO, Intercargo.

[16] Правило XIV York Antverpenskih правила 2004. регулише привремене поправке.

[17] Правило XIV под б) предвиђа да су трошкови привремених поправки који се узимају у обзир ограничени на износ, за који су трошкови привремених попоравки извршени у луци укрцаја, пристајања или склоништа, увећани, или за износ трошкова евентуално извршеих коначних поправки или, у случају да у тренутку ликвидације такве поправке нису извршене, за износ разумног смањења вредности брода на завршетку путовања, премашују износ трошкова коначних поправки који би настали да су те поправке извршене у луци укрцаја, пристаништа или склоништа.

Dušanka Đurđev Ph.D. Full professor
Novi Sad School of Law

York Antwerp Rules 2004

Abstract

Regarding general evaluation York Antwerp Rules 2004, beside objective fact that some regulations are updated, it is more likely that amendments satisfy just insurers IUMI. Longer period of time is necessary in order to estimate will Y.A. 2004 subsidize Rules from 1994 and 1974.

339.727.22

Др Ђорђе Попов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПРОЦЕНА ПОСЛОВНИХ РИЗИКА И СТРАНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ

Сажетак: *Да би у некој земљи заиста и дошло до улагања иностраног капитала,у њој треба да постоји повољна инвестициона клима.*

Етапа зрелости за иностране инвестиције је етапа коју би требала да оствари свака земља у транзицији у посттранзиционој фази. Етапа зрелости се карактерише функционисањем тржишта као у индустријски развијеним земљама, завршеном приватизацијом, и функционисањем финансијских тржишта која су довољно развијена да апсорбују (позитивне и негативне) монетарне ударе. Подразумева се да су правни и порески прописи стабилни и транспарентни.

До кризе солвентности долази када у једном дужем периоду стопа приноса на примљена средства (или кредитна) за земљу која је средства примила није већа или барем једнака камати на кредит, односно обавезама према иностранству за на други начин примљена средства.

Позиција ликвидности земље зависи не само од стања текућег платног биланса, већ и од тога да ли земља ужива поверење на финансијском тржишту у време доспећа обавеза за чије јој испуњење недостају средства.

Кључне речи: *Стране инвестиције, порески систем, правни систем, транспарентност, процена ризика, ликвидност, солвентност, специјалисти, методологија.*

I

Када је реч о страним инвестицијама земље у транзицији које желе да привуку стране инвестиције пролазе кроз три етапе, и то:

1. иницијална етапа,
2. етапа интернационализације, и
3. етапа зрелости.

Иницијална етапа.

Ову етапу карактерише економска и политичка неизвесност у земљи која жели да привуче иностране инвестиције. Када је реч о привреди егзистира мешавина тржишне и дириговане привреде која је још увек под јаким утицајем државе. Финансијска тржишта су неразвијена, а постоји и неизвесност о дубини и тајмингу предстојећих економских реформи. Важан аспект ове етапе је да су најважнији елементи правне инфраструктуре или недовољно развијени, или пак не функционишу довољно транспарентно. Без транспарентности правног и пореског система инострани инвеститори немају гаранције за сигурност инвестиција од евентуалних национализација, нити је пак осигурана могућност трансфера профита. У овој етапи инострани инвеститори тешко могу да предвиде висину профита и услед нетранспарентности пореског система.

Зато није чудно да се услед непостојања правне регулативе или пак њене нетранспарентности, многи потенцијални инострани инвеститори уздржавају од улагања у земље које се налазе у иницијалној етапи.[1]

На другој страни постојање великих сегмената тржишта који су непокривени омогућава остваривање високих профитних стопа за иностране инвеститоре. Сектори у које у овој етапи странци највише инвестирају су: потрошна добра, лака индустрија и можда најпре у финансијске услуге. То су по правилу сектори који захтевају мали почетни капитал.

Услед политичке и економске неизвесности која у почетку влада у земљама у транзицији које се налазе у иницијалној фази инострани инвеститори заузимају у суштини позицију «чекати и видети».

На другој страни земље у транзицији које се налазе у овој фази управо да би привукле иностране инвестиције обично предвиђају повластице за њих пре свега у виду: пореских олакшица, преференцијалног приступа

[1] То не значи да поједини инвеститори не користе непостојање јасне правне регулативе да би реализовали неке пројекте спекулативног карактера.

инпутима, а није ретка и заштита на одређени период од иностране конкуренције.[2] Те повластице уствари представљају неку врсту премије за ризик.

У иницијалној етапи стране инвестиције су по правилу појединачно мале са ниском стопом капитализације (услед високих ризика), односно што је дужи период политичке и економске нестабилности утолико је нижи ниво капитализације.

Чињеница да инвестиције у овој иницијалној етапи обично отпочињу паралелно са процесом приватизације за последицу има да се највећи број послова одвија у виду заједничких улагања (joint-ventures), а да су инвестиције у нова постројења (greenfield) занемарљиве.

Иностране инвестиције у иницијалној фази имају много више утицаја на потрошњу него на производњу у економијама земаља у којима се реализују. Односно оне утичу с једне стране на структуру потрошње, тако да је приближавају структури потрошње у развијеним земљама, а на другој страни утичу на општи пораст потрошње пре свега потрошних добара. То значи да иностране инвестиције углавном нису усмерене ка производњи, него ка трговини и дистрибуцији робе, као и евентуалним маркетиншким активностима. То између осталог значи да као резултат иностраних инвестиција у обој фази имамо на једној страни када је реч о платном билансу, позитиван ефекат услед прилива иностраног капитала, а на другој страни се повећава увоз робе услед утицаја на пораст потрошње пре св ега увозне робе.[3]

У овој иностране инвестиције се реализују у организовање производње једино, ако се одговарајуће робе не могу обезбедити путем увоза (или у томе има тешкоћа)[4].

Етапа интернационализације.

У овој етапи се значајно побољшава клима за инвестиције у земљи у транзицији која је у питању. Правни систем је регулисан, приватизација је далеко одмакла или је завршена, порески систем је транспарентан и постоји заштита иностраних инвестиција. Ризици за иностране инвеститоре се тиме значајно смањују.

---

[2] На пример уговор о продаји 49% Телекома из 1996. године.

[3] Познато је да је у свим земљама међу привма био Нпр. Метро, које је између осталог требао еда да домаћој малопродајној мрежи малопродаји пружи могућност набавке робе из иностранства.

[4] Види: Syanyi, Miklos, Experiences with foreign direct investment in Hungary, Investment-worthiness of Hungary, 1994.

За ову етапу карактеристичан је висок раст иностраних инвестиција, а стране компаније почињу да користе стратешке предности локације земљама у транзицији услед мањих трошкова, или пак могућности за тржишни продор у ближе и даље иностранство. То значи да сада иностране инвестиције почињу да доприносе и порасту извоза из земље.

У етапи интернационализације иностране инвестиције су веће по обиму, имају виши капитализације, а планирају се на дужи рок. инвестиције с концентришу у прерађивачку индустрију, али и неке тешке индустрије. Тако производња у погонима иностраних инвеститора добија све више карактеристике «интра-индустријске» за разлику од «интериндустријске».[5]

Користи за земљу у транзицији су веће него у иницијалној фази. Олакшан је приступ развијеним тржиштима, тј. пре свега онима у земљама Запада, јер се преко страних инвеститора обезбеђује солидна репутација марке производа, што је био и јесте један од основних проблема за приступ тржиштима развијених земаља.

Етапа зрелости за иностране инвестиције.

Ово је етапа коју би требала да оствари свака земља у транзицији у посттранзиционој фази. Етапа зрелости се карактерише функционисањем тржишта као у индустријски развијеним земљама, завршеном приватизацијом, и функционисањем финансијских тржишта која су довољно развијена да апсорбују (позитивне и негативне) монетарне ударе. Подразумева се да су правни и порески прописи стабилни и транспарентни. У том случају потенцијални инвеститори не калкулишу са премијом на ризик.

У овој етапи иностране инвестиције се остварују у свим облицима и у великом обиму. Ова фаза се карактерише пре свега порастом нових (greenfield) инвестиција. иностранi инвеститори у овој етапи почињу да се ангажују и у областима истраживања и развоја, и то обострано. Облик у коме се реализују иностране инвестиције даје им карактеристику «интра-индустријских».

Карактеристично за ову етапу је и да је у њој остварена конвергенција ценовних односа са онима у индустријским земљама Запада.[6]

---

[5] О овоме детаљније у књизи: Д. Пирец/Ђ. Попов, Империјализам или доминација, Економика, Београд, 1988.

[6] Познато је да су односи цена у моменту наступања транзиције били битно другачији од оних у развијеним земљама, што је и био један од главних узрока за привредне проблеме бивших социјалистичкиих земаља. На другој страни код поремећених ценовних односа тешко је установити шта је прави сектор у који треба инвестирати.

За земље у транзицији и у посттранзициној фази (фази зрелости за иностране инвестиције) прилив иностраног капитала и даље ће имати важан позитиван утицај на секторски развој на нивоу макроекономије. Сматра се да уколико је степен развоја земље у коју се инвестира виши, да је утолико већи укупни позитивни економски утицај иностраних инвестиција.

Када је реч о Србији, имајући у виду тренутно стање она се налази при крају етапе интернационализације.

II

Да би у некој земљи заиста и дошло до улагања иностраног капитала,у њој треба да постоји повољна инвестициона клима. инвеститори из развијених земаља, обично сматрају да у земљи у коју се жели инвестирати постоји повољна инвестициона клима, ако:

1. владају стабилни услови привређивања, односно, ако је кретања на овоме плану могуће предвиђати са великим степеном извесности.
2. влада земље у којој се анализира инвестициона клима, има позитивне ставове према иностраним инвестицијама.
3. постоји повољан спољнотрговински, царински и девизни третман иностраних инвестиција, и ако је омогућен ретрансфер уложених средстава и добити.
4. постоји политичка и социјална стабилност.
5. су извршена претходна улагања која су развила инфраструктуру, укључив нарочито комуникације и енергетику.
6. постоји расположива радна снага, поздана и обучена и омогућен је приступ сировинама и другим домаћим изворима снабдевања.
7. постоји разумевање за интересе иностраних инвеститора у погледу постизања пројектоване рентабилности и остваривања разумног профита.

У развијеним земљама развијен је читав низ метода за процену инвестиционе климе у појединим земљама у свету, који се у основи много не разликују у свом приступу.

Један од њих , иначе врло познат је ткзв. BERI- index. Треба истаћи да без обзира да ли се у потпуности слажемо са методологијом рангирања појединих земаља, и пондерима који се дају одређеним елементима, који се примењују приликом формирања BERI-индеха, потенцијални инострани инвеститори воде рачуна о тој листи, опредељујући се у коју ће земљу уложити свој капитал.

Табела 1. КОНСТИТУТИВНИ ЕЛЕМЕНТИ BERI - Index-a

Политички:	**Вредност**
1. Политичка стабилност	6
2. Став према иностраним инвеститорима	5
3. Национализација	5
4. Монетарна инфлација	3
5. Платни биланс 3	3
6. Понашање бирократије	3
Укупно	**25**
Операциони:	
1. Економски раст	5
2. Конвертибилност валуте	5
3. Снага уговора	4
4. Професионалне услуге и уговорни односи	2
5. Комуникације-телекс,телефон,пошта,аеродром	3
6. Трошкови рада/ продуктивност	3
7. Локални менаджмент и партнери	2
Укупно	**25**
Финансијски	
1. Конвертибилност валуте	5
2. Краткоророчни кредити	5
3. Дугорочни кредит/ капитални ризик	5
4. Инфлација	3
5. Платни биланс	3
6. Снага уговора	2
7. Понашање бирократије	2
Укупно	**25**
Национализам	
1. Став према иностраним инвеститорима и профиту	8
2. Национализација	8
3. Конвертибилност валуте	4
4. Бирократија	5
Укупно	**25**
СВЕГА	**100**

Извор: BERI-LTD.P.O: Box 4697, Newark - SAD

Да би се вредности које се добију за неку земљу схватиле треба имати у виду да се типичним вредностима за поједине групе земаља сматра следећи број бодова:

- 85-71- типично за развијену индустријску земљу.
- 70-56- земље са умереним ризиком и са проблемима у дневном пословању.
- 55-41- висок степен ризика за иностране инвеститоре.
- испод 41- неприхватљиви пословни услови.

Свој систем оцењивања ризика за инвестирање развио је и „Еуромонеу".

Код евалуације ризика за инвестирање у некој земљи по методологији „Еуромонеу-а" треба истаћи, да постоје две основне групе фактора, то:

- политички, и
- економски.

Процена политичког ризика у некој земљи обухвата следеће три области:

а) Национално јединство.

Овде се настоје утврдити, пре свега, следеће чињенице:

- да ли постоји јединство између националних, религиозних и расних група?
- да ли је историја земље била обележена са револуцијама и екстремним социјалним конфликтима?
- да ли је земља објекат политичког притиска?

б) Квалитет владе:

- колико је влада стабилна, да ли је администрација ефикасна, да ли она поседује интегритет, или је подложна корупцији?
- да ли су судови независни?
- да ли су различите националне групације адекватно заступљене?

ц) Ниво социјалног незадовољства:

- да ли постоји висок ниво незапослености?
- да ли су криминал и тероризам присутни?

- да ли постоје велике социјалне разлике?

Фактори економског ризика обухватају следеће три групе фактора:

а) Економски развој.

- колики је ниво индустријализације? Колики је ДБП по глави?
- да ли је економска политика либерална или пак интервенционистичка?
- какав је став земље према иностраном капиталу?
- каква је природа опорезивања и каква је генерална пореска политика?

б) Стање међународних економских односа те земље.

- да ли земља има дугорочни суфицит или дефицит у трговинском билансу и укупном платном билансу?
- да ли је пропорција output-а у међународној размени висока или ниска у односу на ДБП?
- како су опредељени увоз и извоз географски (и у погледу типа производа) – јесу ли они диверзификовани или зависе од неколико земаља и производа?
- колике су девизне резерве у односу на годишњи обим увоза? До ког обима су искоришћене квоте ММФ? Да ли је национална валута конвертибилна?

ц) Задуженост.

- да ли је инострани дуг висок у односу на ДБП и да ли има тенденцију да расте или опада?
- да ли је «debt service ratio»[7] висок, расте ли или опада?
- који је генерални однос између иностраних инвестиција у земљи и нивоа инвестиција те земље у иностранству? Да ли је била у стању да успешно сервисира дугове до сада?[8]

Растући debt service ratio или његов ниво преко 20% тражи неке мере. Аналогна је ситуација када дуг према иностранству достигне 20% ДБП.

[7] Однос годишњих девизних прихода и обавеза за сервисирање дугова.
[8] Према: Charles Gmün, The Financing of developing countries, izd. Credit Suisse.

Табела 2.: EUROMONEY СТОПЕ ПО ЗЕМЉАМА

Ниво ризика	Апроксимативни фактор ризика	Преко «delcredere»[9] Д
ААА-без стварног ризика	0-0,5	1 кат. Д+ 2%
АА-занемарљив ризик	0-1,5	2 кат. Д+ 3,0%
А- мали ризик	1,5- 3	3 кат. Д+ 4,о%
БББ- ризик којим се може управљати (бољи од нормалног)	3-7	4 кат. Д+ 5%
ББ- уобичајен ризик у ЗУР	7-15	4 кат. Д+ 5%
Б- ризик одређене области	15-30	Д+10-90%
Ц- висок ризик	30-55	5 категорија
Д Неприхватљив ризик	55	6 кат. Д+ 95%

Извор: EUROMONEY.

Као што је већ истакнуто, једна од најпознатијих методологија за израчунавање инвестиционих ризика по појединим земљама је она коју је развио Euromoney.

Приликом израде листа ризика Euromoney ангажује специјалисте за поједине земље. За сваку земљу се ангажује 3 до 7 специјалиста. Сваки члан тима за поједину земљу ради независно од осталих.

Специјалисти за поједине земље не треба да се заустављају на обичном упознавању са чињеницама, него су дужни да их анализирају, вреднују, међусобно повезују и на основу тога изводе закључке и прогнозе. Код компоновања тима за сваку земљу се води рачуна о томе да у њему буду заступљени стручњаци за политичка и економска питања, тако да у анализи буду заступљена оба аспекта.

Euromoney истиче да он инсистира да се при изради листа ризика за поједине земље нагласак даје на анализу и предвиђање. Такође се каже да је селекција информација ригорозна, а критеријуми за ангажовање специјалиста врло високи. Напомиње се да се рачуна да клијенти Euromoney-а имају своје изворе информација. инсистира се и на томе да специјалисти у своме прилазу буду објективни.

[9] Делкредере је каматна стопа која се примењује на дужнике са најбољим перформансама.

Постоје четири основна типа специјалиста које ангажује Euromoney.

Академски су углавном са најпознатијих Универзитета у САД, Канади, Великој Британији и Западној Европи. Они су по правилу, доста времена провели специјализујући се за одређену земљу, или боравећи у њој.

Многи су ангажовани и више од 10 година на проучавању земље за коју су се, специјализовали. Сви имају публиковане књиге или чланке о земљи за коју су се специјализовали. 70% академских специјалиста са листе Euromoney-а имају и више од 50 наслова о „својој“ земљи. Сви имају докторат углавном из политичких наука, али исто тако и из економије и историје.

Консултанти – представљају другу највећу категорију специјалиста за поједине земље: око 20% од укупног броја од 250. Многи раде пуно радно време за професионалне истраживачке организације, али многи раде и на уговорној бази за економске и владине организације. Они често имају докторате, сви имају диплому, а већина су магистри. Најчешћи фах им је пословна економија, али и политичке науке. Многи, међу њима, имају објављене књиге или чланке. Они често проводе део свога времена у земљама за које су се специјализовали, било због истраживања, или пак тамо наступају као представници својих клијената. Сви консултанти из ове групе су стекли искуство, пре свега, радећи пуно радно време за владу или у привреди.

Владини специјалисти су појединци који су дошли из владиних установа појединих земаља, или су још увек у њеној служби. искуство у владиној служби су стицали превасходно у министарствима иностраних послова, привреде, одбране и обавештајним агенцијама. Они имају своје поље рада, као и развијене контакте у влади и ван ње. Многи су стекли висока академска звања. Око 15% укупног броја специјалиста (25) које ангажује Euromoney спадају у ову групу.

Специјалисти из привреде су појединци који раде за мултинационалне корпорације, банке или организације које се ангажују у међународном бизнису. Они често имају висока академска звања, као и искуство на подручју процене ризика за инвестирање у појединим земљама. Ова група специјалиста налази да је учешће у изради процена ризика корисно за њихов професионални развој, као и за стицање информација које обично не могу наћи у оквиру својих матичних организација. Око 5% укупног броја специјалиста су из ове категорије.

Нови специјалисти се ангажују на неколико начина. Спискови нових књига и чланака се перманентно прате и оцењују да би се идентификовали специјалисти за поједине земље. Са ауторима чије публикације имају високу аналитичку вредност се контактира и они бивају замољени да попуне

упитник. Специјалистима који покажу интерес се нуди уговор. иста процедура се користи за стручне конференције и семинаре. Euromoney прати те састанке и посматра потенцијалне специјалисте за тимове за поједине земље.

Други значајни метод (понекад се користи заједно са првим) је информисање код постојећих специјалиста за поједине земље, да препоруче нове специјалисте. Ако су регистровани специјалисти у дотадашњем раду доказали своју компетентност, њихово мишљење се високо цени. Кандидати који су независно препоручени од више консултаната се контактирају, а њихови публиковани радови оцењују. Како се ширила мрежа специјалиста Euromoney-а за одређене земље, тако је ово полако постао најзначајнији начин за регрутовање нових специјалиста за поједине земље, нарочито оних који нису из академског миљеа. У неким случајевима и клијенти Euromoney-а су такође давали корисне сугестије.

Трећи метод укључује избор специјалиста за поједине земље међу оним особама које понуде своје услуге Euromoney-у. Euromoney истиче да он прима неколико таквих понуда седмично. Када Euromoney прими понуду од некога, он проверава референце, проучава публикације, ако их кандидат има, и проверава код неког од постојећих специјалиста да ли има информације о особи која је понудила своје услуге. Око 5% на овај начин пријављених, евентуално, има шансу да једнога дана ради на изради процена ризика за инвестирање за Euromoney.

III

Индекс предвиђеног политичког ризика за петогодишњи период који користи Euromoney сврстава земље у четири групе од А до Д. Он се конституише узимајући у обзир следеће детерминанте:

1. који ће режим бити на власти у наредних пет година. Наводе се три највероватнија следа догађаја (тзв. „режимска сценарија“), и оцењује вероватноћа сваког од њих;
2. какав ће бити утицај сваког од три могућа сценарија на:
   а) политичке немире – генерални штрајкови, демонстрације, тероризам, герилске акције, ратови са спољним непријатељем, побуне, итд.;
   б) рестрикције за пословно- техничку сарадњу (контрола и организовање удела иностраних фирми, опорезивање, контрола репатријације профита, девизна контрола, итд.);
   ц) рестрикције у спољној трговини – царинске и нецаринске баријере, извозне квоте, тешкоће наплате, итд.;

д) економска политика – пореска политика, монетарна политика, контрола надница, радно законодавство, пракса задуживања у иностранству.

Корисници анализа, како тврди Euromoney, су пре свега фирме заинтересоване за:

1. прогнозе кретања на тржиштима роба (нарочито примарних производа), као и тржиштима валута;
2. доношење одлука о давању кредита одређеним земљама;
3. кредитни менаџмент, тј. одређивање услова кредитирања који нису исти за земље са различитим степенима ризика на листама Euromoney-а.
4. емисионе банке;
5. владе;
6. у комуникацијама између централе и филијале транснационалних корпорација;
7. маркетинг;
8. одлучивање о пројектима;
9. осигурање;
10. менаџери који желе знати стопу ризика;
11. стратегијско планирање.[10]

Свој систем оцењивања развио је и «Бизнис интернешенел». Развијајући свој систем оцене ризика Бизнис интернешенел је почео да издаје посебан „Country assesment service“, у коме се врши рангирање земаља према степену ризика.

„Country assesment service“ Business international-а (Bi/CAS) узима при рангирању у обзир 56 фактора који могу бити од утицаја на пословање корпорација пореклом из развијених земаља у иностранству. Bi/CAS такође покушава да да прогнозу кретања ризика у појединим земљама за наредни петогодишњи период.

У систему Bi/CAS оцењивања ризика за поједине земље за сваку земљу се прави највероватнији и алтернативни сценарио.

ММФ (Међународни Монетарни Фонд) и Светска банка[11] такође раде анализе ризика, и као резултат тога праве своју рејтинг листу држава.

О инвестиционој клими у појединим земљама врше се такође и одређене анкете међу компанијама из развијених земаља.

[10] Извор: публикације Euromoney-а.

[11] Светска банка је за прошлу и ову годину дала оцену пословне климе у Србији о чему сам писао у раду објављеном у Зборнику радова 2006.

На основу напред изнетих разматрања произилази да се евиденција ризика врши пре свега, у развијеним земљама ,превасходно, да би се што прецизније могао предвидети ризик за појединачне пословне подухвате.

Институције које врше процену ризика су у складу са основним начелима привреде тих земаља, по правилу, независне, тј. финансирају се, барем значајним делом, у зависности од степена успешности послова којим се баве.

Међутим, коначна процена, ући у пословни подухват или не, односно инвестирати у некој земљи или не, је ипак ствар сваког појединог предузећа, опет у складу са основним начелом тржишне привреде да награду за успех и казну за неуспех, тј. ризик на себе преузима предузеће.

Али важно је још једном подвући да предузећа, доста воде рачуна о листама ризика – независних и међудржавних институција.

Листе ризика, као што је већ истакнуто, могу бити за земљу која жели да привуче инострани капитал добар индикатор стварне заинтересованости капитала из развијених земаља за инвестирање. На другој страни већи степен ризика, ако до улагања дође, значи да инвеститор у складу са повећаним ризиком очекује и натпросечну добит.

Ради разумевања ове констатације индикативна је шема Euromoney-а дата у раду.

Методологија прогнозирања ризика је за српска предузећа значајна не само због потенцијалних пословних подухвата са иностраним партнерима у Србији, него и због чињенице да је после отварања страних тржишта за српске фирме поново за очекивати да ће се и из Србије испоручивати опрема другим земљама, пре свега, онима у транзицији, а вероватно ће, барем делом, бити поново отворен приступ и тржиштима земаља у развоју. То значи да и фирме из Србије морају водити рачуна о процени ризика када се упуштају у пословне подухвате у другим земљама или пак извозе робу у другу земљу.

Посебно је важно водити рачуна код евентуалног одобравања кредита дужницима у иностранству.

Но, значајну новост на овоме подручју представља чињеница да у Србији услед поодмаклог процеса приватизације највеће извознике представљају предузећа која су у иностраном власништву и то пре свега фирми из САД.

Ради се о неким од највећих светских мултинационалних компанија у својим гранама као што су УС-Стил и БАТ, које већ имају вишедеценијско искуство у практичној примени методологија процене ризика за пословање у иностранству.

Задатак процене ризика је, како произилази из овога рада, и да:

- процени релативне степене ризика за привреде појединих земаља као целине. Наравно ово је у уској вези са претходним напоменама.
- процена ризика треба да олакша предвиђања неликвидности и несолвентности појединих земаља.

Ово је значајно стога, што таква ситуација (неликвидности или пак несовентности), по правилу, води заоштравању девизних ограничења, а то у крајњој консеквенци води и немогућности плаћања иностранству предузећа из такве земље. Проблеми се појављују и онда када је предузеће, пословни партнер из неке од таквих земаља, појединачно узето, успешно у пословању са иностранством. Значи потенцијални инвеститори морају да воде рачуна не само о томе какви су платнобилансни резултати предузећа у које улажу, него и о перспективи ликвидности земље у којој се оно налази.

Већ је истакнуто, да је изузетно значајно, ако се жели улагати капитал у предузеће у некој страној земљи, не бити изненађен кризним процесима у земљи у коју се улаже(или се жели улагати).

С тим у вези је и питање како препознати преткризно стање?

Кризи ликвидности или кризи солвентности непосредно претходе следеће појаве:

- убрзани одлив (бекство) капитала из земље;
- нагло смањивање монетарних резерви;
- интензивно краткорочно задуживање.

Кризно стање може се предвидети и на основу следећих кретања:

- ако је у релативно дужем периоду прецењен курс националне валуте;
- ако се брзо повећава новчана маса, а стопа инфлације расте;
- ако се заводе ограничења на увоз и уопште пословање са иностранством.

Када се говори о земљама које се налазе у кризним процесима, за њихов положај на светском тржишту капитала је битно да се утврди дали се ради :

- о кризи солвентности;
- или о кризи ликвидности;

Криза солвентности наступа када се ради о „структурно условљеној неспособности извршавања обавеза“, тј. поремећаји су озбиљни и по правилу дуже трају.

Криза ликвидности се манифестује у „краткорочном недостатку ликвидних средстава“ за извршавање обавеза према иностранству.

До кризе солвентности долази када у једном дужем периоду стопа приноса на примљена средства (или кредитна) за земљу која је средства примила није већа или барем једнака камати на кредит, односно обавезама према иностранству за на други начин примљена средства.

Позиција ликвидности земље зависи не само од стања текућег платног биланса, већ и од тога да ли земља ужива поверење на финансијском тржишту у време доспећа обавеза за чије јој испуњење недостају средства.

* * *

Из претходних разматрања јасно произилази значај перманентног проучавања методологије процена ризика по земљама, како за земље у које се капитал улаже, тако и за оне које га извозе.

Đorđe Popov, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law

Evaluation of the Business Risks and Foreign Investments

Abstract

The paper analyzes the privatization process with the participation of foreign investments in countries in transition.

Foreign investments are of great importance for the economies of the transition countries, not only to inject the necessary capital but also to provide access to new technologies, new markets, and organizational and marketing expertise.

The measuring of the risks for foreign investment is an important part of the investment decision.

There are some methodologies of risks measuring, and it is important to take it into account.

336.22:061.1EU

Др Миле Врањеш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

О НАЧЕЛИМА ПОРЕСКОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Сажетак: *У домену пореског права Европске уније (у даљем тексту ЕУ) доминирају одређене теме и дилеме које привлаче пажњу финансијских и економских стручњака, привредника, као и грађана. Једна од њих јесте питање начела пореског права ЕУ. Која су то начела пореског права ЕУ, које су основне карактеристике начела пореског права ЕУ и какав је њихов утицај на успостављање и функционисање унутрашњег тржишта ЕУ, садржај је овог чланка.*

Кључне речи: *начела пореског права ЕУ, унутрашње тржиште ЕУ, начело супсидијарности, начело забране државама чланицама ЕУ да примењују царине и друге дажбине са истим дејством, начело хармонизације пореза.*

1. Увод

У последње време у многим државама расте интересовање за пореско право ЕУ не само финансијских и економских стручњака већ, исто тако, и привредника и грађана. Није реч само о интересовању за неке опште теме на овом подручју већ, што је далеко важније, за актуелне теме.

Циљ овог прилога јесте да укаже на начела пореског права ЕУ, уз истовремено анализирање и неких доминирајућих тема и дилема на овом подручју.

У том контексту, кад год се задире у проблем начела пореског права ЕУ, готово да није могуће мимоићи питања пореско-правних прописа ЕУ, то и јест ширих правних прописа ЕУ који су у функцији остваривања циљева ЕУ. Наиме, у члану 2. Уговора о оснивању Европске уније прописано је, између осталог, да Унија има циљ „да подстиче уравнотежен и трајан привредни и друштвени развој и висок ниво запослености, посебно стварањем простора без унутрашњих граница, јачањем привредне и друштвене кохезије и успостављањем економске и монетарне уније која ће у догледно време садржати и јединствену монету, у складу са одредбама овог Уговора“. Поред тога у члану 2. Уговора о оснивању Европске заједнице прописано је да „Заједница има за циљ да, успостављањем заједничког тржишта, као и економске и монетарне уније и спровођењем заједничких политика или активности предвиђених члановима 3 и 4, унапређује складан, уравнотежен и трајан привредни развој у целој Заједници, висок степен запослености и социјалне заштите, једнакост између мушкараца и жена, трајан и неинфлаторан раст, висок ниво конкурентности и усклађености економских резултата, висок ниво заштите као и побољшања квалитета животне средине, подизање нивоа и квалитета живота, привредну и друштвену повезаност и солидарност између држава чланица“.

Наведене одредбе показују да је један од основних циљева ЕУ успостављање заједничког тржишта. Карактеристика заједничког тржишта ЕУ јесте да оно нема унутрашњих граница и да се простире на целом подручју земаља чланица ЕУ где се примењују тзв. четири слободе, а што је и уједно и његово главно обележје, и то слобода кретања људи, промет робе, услуга и капитала, што омогућава слободно и несметано обављање прекограничних привредних делатности.

Међутим, за остваривање горе наведених циљева ЕУ потребна су одређена средства. Има их више. Најзначајнија су: успостављање заједничког тржишта, остваривање привредне и монетарне уније и спровођење политике у складу са циљевима садржаних у Уговору о оснивању ЕУ односно Европске заједнице.

Када је реч о успостављању заједничког тржишта које постепено постаје унутрашње тржишта, треба истаћи да је оно простор без унутрашњих граница на коме су обезбеђени слободно кретање људи, добара, капитала и услуга. У члану 3. Уговора о оснивању Европске заједнице прописано је да се унутрашње тржиште карактерише укидањем препрека за слободно кретање лица и проток роба, услуга и капитала, између држава чланица, а у члану 14. Уговора о оснивању Европске заједнице прописано је да „унутрашње тржиште обухвата подручје без унутрашњих граница на коме су обезбеђени слободно кретање лица и промет робе, услуга и капитала, у складу са одредбама овог Уговора“.

Када је реч о спровођењу политике у складу са циљевима садржаним у Уговору о оснивању Европске заједнице (члан 3) а од којих посебно истичемо, ради потреба анализе и оцене пореских начела ЕУ, забрану царинских дажбина и квантитативних ограничења на увоз и извоз роба, између држава чланица, као и свих других мера које имају слично дејство, унутрашње тржиште које се карактерише укидањем, између држава чланица, препреке за слободно кретање лица и проток роба, услуга и капитала, систем који обезбеђује да се не крше правила конкуренције на унутрашњем тржишту, усклађивање националних законодавства у мери у којој је то неопходно за функционисање заједничког тржишта, треба истаћи да је у члану 4. Уговора прописано: „1. Ради постизања циљева изложених у члану 2, делатности држава чланица и Заједнице подразумевају, у условима и према динамици које предвиђа овај Уговор, утврђивање економске политике засноване на тесној координацији економских политика држава чланица, на унутрашњем тржишту и на дефинисању заједничких циљева, која се води у складу са начелима отворене тржишне привреде и слободне конкуренције. 2. Истовремено, те делатности обухватају неопозиво фиксирање девизних курсева, у складу са условима, динамиком и процедуром које предвиђа овај Уговор, ради стварања јединствене валуте, еки, као и утврђивање и спровођење јединствене монетарне и девизне политике. Основни циљ ових политика је одржавање стабилности цена и, без последица по тај циљ, подршка општим економским политикама За-једнице, у складу са начелима отворене тржишне привреде и слободне конкуренције. 3. Те делатности држава чланица и Заједнице подразумева поштовање следећих начелних опредељења: стабилност цена, здраве јавне финансије и монетарне услове и стабилан платни биланс“.

У том контексту ЕУ још увек нема заједничку фискалну односно пореску политику, већ свака земља чланица ЕУ спроводи самосталну фискалну односно пореску политику. А управо основни задаци фискалне односно пореске политике су уско везани за развој унутрашњег тржишта, јачање монетарне уније и економских интеграција. Уређивањем унутрашњег тржишта од почетка деведесетих година 20. века одређен је правни оквир за подручје посредних пореза (порез на промет односно порез на додату вредност и акцизе), али не и за подручје непосредних пореза (порез на доходак и порез на добит). Ради побољшања координације и усклађивања пореских политика између држава чланица ЕУ, 1997. године детаљно су утврђени основни правци пореске политике ЕУ, који треба да подстичу стабилизацију прихода држава чланица, уклањају тешкоће у функционисању унутрашњег тржишта и подстичу запошљавање.

Пошто је ЕУ наднационална организација која располаже делом суверенитета својих чланица, још увек егзистирају национални порески

системи, то се одржава на начела пореског права ЕУ. Без обзира на то, да би ускладила пореске системе својих чланица, и то у мери која је потребна за функционисање унутрашњег тржишта, на нивоу ЕУ утврђена су начела на којима почива пореско право ЕУ, о којима ће у наставку рада бити више речи.

2. Начело супсидијарности

Начело супсидијарности је релативно младо начело пореског права ЕУ. Наиме, оно је тек 1992. године унето у Уговор о ЕУ који је закључен у Мастрихту. У члану 2. Уговора прописано је: „Циљеви Уније се остварују у складу са одредбама овог Уговора, под условима и према динамици који су њима утврђени, и уз поштовање начела супсидијарности, како је то дефинисано чланом 5. Уговора о оснивању Европске заједнице“. У члану 5. Уговора о оснивању Европске заједнице прописано је да „Заједница делује у оквирима надлежности које су јој додељене и према циљевима који су утврђени овим Уговором. У областима које не спадају у њену искључиву надлежност, Заједница предузима мере, у складу са начелом супсидијарности, само ако и уколико циљеви предвиђене акције не могу у потребној мери бити остварени од стране државе чланице, односно могу бити успешније остварени од стране Заједнице, имајући у виду величину или учинак предвиђене акције. Мере Заједнице неће прелазити оквире онога што је неопходно да би се постигли циљеви Уговора“.

Из напред изнетог произилази да начело супсидијарности подразумева то да ЕУ може доносити правне акте у подручјима у којима нема искључиву надлежност, него је дели са државама чланицама, само уколико циљеве које тим актима жели постићи може боље и погодније остварити од својих чланица. Наиме, доношење одлуке на нивоу ЕУ или одлуке на нивоу државе чланице зависи од тога која ће се од њих показати бољом и прихватљивом. Тако, ако се регулисање неког питања покаже бољим на нивоу Заједнице, онда је у складу с начелом супсидијарности, она овашћена да донесе одговарајући правни акт, а не држава чланица. При томе, Заједница неће прелазити оквире онога што је неопходно да би се постигли циљеви Уговора. Међутим, ако се неко питање може боље регулисати на нивоу државе чланице, оно прелази у њезину надлежност, уз обавезу да правни акт који донесе не повреди правила Уговора. У сваком случају, ниједној одлуци није унапред дано да ће је донети Заједница или држава чланица. Увек ће се тражити боље решење за то. Али, при томе, треба имати у виду да је боље понекад непријатељ доброга...

Начело супсидијарнсоти је у тесној вези са начелом солидарности. Наиме, државе чланице ЕУ морају бити солидарне у прихватању заједничког циља који се неким актом или мером жели остварити.

Такође, начело супсидијарности има политички значај. Наиме, ЕУ води рачуна о националном идентитету и специфичностима својих чланица. Иначе, то је и прописано чланом 6. Уговора о ЕУ. У том члану установљено је да „Унија поштује идентитет држава чланица".

На крају, начело супсидијарности има посебан утицај на пореску концепцију уговора у ЕУ. Наиме, хармонизацијом пореза постиже се неутралност у конкуренцији и у инвестицијама. Тиме се остварује такав концепт пореског система који не би представљао препоруку постизању одређеног степена европских интеграционих процеса.

3. Начело забране државама чланицама ЕУ да примењују царине и друге дажбине са истим дејством, као и њихова обавеза да у односима са трећим државама примењују заједничку царинску тарифу

У члану 23. Уговора о оснивању Европске заједнице прописано је да „1. Заједница се заснива на царинској унији која се односи на сву робну размену и обухвата забрану царина на увоз и извоз између држава чланица и свих дажбина које имају исто дејство, као и увођење заједничке царинске тарифе у њиховим односима са трећим земљама". У члану 25. Уговора прописано је да „Царине на увоз и извоз и друге дажбине са истим дејством су забрањене између држава чланица. Ова забрана такође важи за царине које имају фискални карактер". Одредбе члана 25. Уговора примењују се према члану 23. Уговора „на робу која потиче из држава чланица, као и на ону робу из трећих држава која је у слободном промету у државама чланицама".

Међутим, укидање постојећих и забрана увођења нових царина, количинских трговинских ограничења и других дажбина с једнаким учинцима на промет робе извођени су постепено и у зависности од врсте Уговора. Тако, према Уговору о оснивању Европске заједнице за угаљ и челик то се односило на угаљ, руде, старо жељезо и челик. Уговором о оснивању Европске заједнице за атомску енергију пак, то односило се на нуклеарне производе и оружје које је било наведено у посебном пропису. На крају, Уговором о оснивању Европске економске заједнице укидање и забрана

царина, односили су се на промет свих роба држава чланица, с тим да је то вршено постепено током три прелазна периода,[1] да би 1968. године била створена царинска унија. Од десет држава чланица које су приступиле ЕУ само је Мађарској и Малти било одобрено право на прелазни период (до 2007. односно 2008. године) до којег оне морају укинути царине на увоз производа из Заједнице.

Из свега напред изнетог произилази да наведено начело подразумева да се државама чланицама забрањује да примењују царине и друге дажбине са истим учинком, као и то да су државе чланице обавезне да у односима са трећим државама примењују заједничку царинску тарифу ради остваривања и очувања унутрашњег тржишта као битног елемента ЕУ. Уведена је, дакле, забрана коришћења или увођења и наплаћивања царина које се убиру на промет робе преко царинске границе или било које друге дажбине која има слично дејство. Наведена забрана се односи и на дажбине које имају исти учинак као и царине, што значи да нису забрањене само царине, увозни и извозни контигенти, него и друге мере истог или сличног дејства.

Потребно је на овом месту нешто више рећи о појму дажбина са истим дејством као и царине. Појам такве дажбине није утврђен у Уговору о оснивању Европске заједнице. Због тога се тај појам одређује у складу са становиштем односно мишљењем Европског суда правде. Наиме, у том смислу, према становишту Европског суда правде, таквом дажбином се сматра дажбина чије се дејство може довести у везу са слободним прометом робе између држава чланица. Отуда свако финансијско оптерећење које се наплаћује при прелазу домаће или стране робе преко државне границе при чему се онемогућава слободан и бесцарински промет робе, односно промет робе без контроле, јесте дажбина са дејством које је једнако царинском дејству. При томе, није битно како се таква дажбина назива (порез, такса, парафискалитет),[2] на који начин се она убира и чији је она приход.

На наведеном начелу пореског прва ЕУ данас почива и делује ЕУ као царинска унија. А од оснивања Европске економске заједнице (1957. године) до успостављања ЕУ (1992. године) државе чланице су поред забране увођења нових царина и дажбина са сличним или истим дејством биле дужне смањивати постојеће царине. Тек је увођењем заједничке царинске тарифе (1992. године) створена претпоставка за постојање царинске уније. Спровођење заједничке царинске тарифе према трећим држава-

[1] Видети: W, Harberecht*, Die Europäische Gemeinschaft,* 2. Auflage, Gustav Fischer Verlag, Stuttgart, 1984.

[2] Rudolf Strinz: *Europarecht*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003, str. 307. i 310.

ма, као и заједничка трговинска политика, представљају такође битан елеменат царинске уније. Иначе, заједничка царинска тарифа се уводила постепено да би се у пуном обиму почела примењивати од 1968. године када је право утврђивања царинских стопа прешло с националног нивоа на ниво Заједнице. Царинска унија данас обухвата подручје 25 држава чланица са изузетком одређених енклава, као што су Хелголанд, подручје Бисингена и подручје слободних зона у лукама.

4. Начело хармонизације пореза

Полазна је теза да је основна претпоставка за успостављање заједничког тржишта, праћено постепеним усклађивањем економских политика држава чланица, слободно кретање свих економских фактора и да кретање економских фактора мора бити под једнаким условима, а да би се она остварила потребна је хармонизација пореза у ЕУ. Под хармонизацијом пореза подразумевамо процес уклањања пореских препрека и разлика између пореских система држава чланица, то јест разлика које стварају те препреке. Другим речима, то је усклађивање различитих пореских прописа држава чланица у мери која је потребна за функционисање унутрашњег тржишта.

Пошто су све државе чланице ЕУ задржале део свог суверенитета, свака од њих самостално уређује део свог правног, привредног, социјалног, пореског и неког другог привредног односно друштвеног система. Но, иако та самосталност није потпуна већ делимична, она ипак представља препреку успостављању унутрашњег тржишта које по својим основним карактеристикама одговара националном тржишту. Пошто је уређење пореског система и вођење пореске политике, како смо то напред истакли, у надлежности сваке државе чланице, онда и постоје разлике од државе до државе. Наиме, свака држава примењује различите пореске облике, чланице имају различит број пореских облика, различите основнице пореза и различита пореска ослобађања и олакшице. Због тога што су одређени основицама или по различитој стопи порези на тржишту стварају одређене препреке слободном кретању људи, промету добара, капитала и услуга.

У том контексту постојање разлика у системима опорезивања међу државама чланицама ЕУ проузроковано је повећаним обимом избегавања плаћања пореза. Последица тога је смањење државних прихода и већи терет за пореске обвезнике или потрошњу становништва нижих слојева.

С развојем унутрашњег тржишта у ЕУ државе чланице морају отклонити пореске препреке које ометају физичка или правна лица која желе

слободно радити и пословати на том тржишту. Када је реч о решавању међународних пореских проблема пореске евазије, као одговор за то, како истичу финансијски и економски стручњаци, јесте у хармонизацији пореских система држава чланица. Основни разлог за пореско усклађивање лежи у слободној трговини и јединственом тржишту.

Међутим, пореска хармонизација не може бити једнак циљ са гледишта пореских система држава чланица. Наиме, висок степен хармонизације пореза је сигурно потребан на подручју посредних пореза пошто би поједини посредни порези могли створити непосредну препреку слободном кретању добара и слободном пружању услуга на унутрашњем тржишту ЕУ. То је сасвим разумљиво пошто теоријски гледано, ЕУ има задатак да чува јединство свог унутрашњег тржишта и то опорезивањем производа и услуга, дакле, посредним порезима. Због тога, за све државе чланице важе јединствене царине и све су оне увеле исти порез на промет односно порез на додату вредност. На другој страни, висок степен хармонизације пореза сигурно није потребан на подручју непосредних пореза. Наиме, опорезивање физичких и правних лица зависи од њиховог дохотка, односно добити, и нема директног утицаја на јединство унутрашњег тржишта у ЕУ, као што, на пример, не нарушава јединство унутрашњег тржишта у ЕУ, то што евро има различиту куповну снагу у једној држави чланици у односу на другу државу чланицу. Такође, државе чланице разликују се по степену привредног развоја, по привредној структури и другим карактеристикама. Другим речима непосредни порези захтевају само ограничену хармонизацију. Дакле, на подручју опорезивања дохотка није потреба хармонизација по правилима ЕУ већ је препуштено државама чланицама да опорезивање дохотка независно уређују у својим државама а да при томе не угрожавају основна начела унутрашњег тржишта ЕУ. Не постоји, наиме, потреба за хармонизацијом пореза на доходак док он не доводи до дискриминације или двоструког опорезивања. Такви се порези могу најчешће препустити државама чланицама чак и када ЕУ буде достигла врши степен интеграције. На другој страни, међутим, хармонизација је нужна на подручју пореза на добит.

Шта чини потку за хармонизацију националних пореских система држава чланица ЕУ? То су:

- одредбе Уговора о ЕУ односно одредбе Уговора о оснивању Европске заједнице;
- забрана хармонизације на рачун слободе кретања људи, промета робе, услуга и капитала из других држава чланица која утиче на националне пореске системе тако да се ту не могу налазити одредбе које би довеле до такве дискриминације;

- пореска конкуренција између држава чланица ЕУ која води спонтаној хармонизацији.

Када је реч о Уговору о ЕУ односно о Уговору о оснивању Европске заједнице, треба истаћи да је у њему садржано неколико група одредаба које намећу хармонизацију националних пореских система држава чланица. У том смислу, прву групу тих одредаба чине оне које се односе на царинску унију о чему је напред већ било говора. На другој страни је и група тих одредаба која се односи на хармонизацију посредних пореза (порез на додату вредност и акцизе). Тако члан 93. (бивши члан 99) Уговора о оснивању Европске заједнице прописује да „Савет једногласном одлуком, на предлог Комисије и након што је консултовао Европски парламент и Економски и Социјални комитет усваја мере за усклађивање правних прописа који се односе на порез на промет, акцизе и друге облике посебних пореза, у мери у којој је такво усклађивање потребно за успостављање и функционисање унутрашњег тржишта у оквиру времена одређеног у члану 14“. У члану 90. (бивши члан 95) прописано је да „на производе из других држава чланица државе не могу ни непосредно, ни посредно наплаћивати веће унутрашње порезе било које врсте, од оних који се непосредно или посредно наплаћују за сличне домаће производе. Осим тога, ниједна држава чланица не може на производе из других држава чланица наплаћивати било какве унутрашње порезе ради заштите других производа“. У члану 99. (бивши члан 103) прописано је да је хармонизација националних пореских система држава чланица предуслов за успостављање и функционисање унутрашњег тржишта ЕУ.

Правни инструмент усклађивања на подручју опорезивања међу државама чланицама јесу директиве. Њима се прописује уређење одређених односа с тим што су државе чланице обавезне да у своја законодавства унесу одредбе којима се постижу циљеви одређеним директивама.

Када је реч о хармонизацији посредних пореза, донето је неколико директива. Прва и Друга директива из 1967. године односиле су се на усклађивање општег пореза на промет с тим да је Прва директива тражила од држава чланица да у своје пореске системе уграде порез на додату вредност с правом одбитка претпреза, и то до 1. фебруара 1970. године уместо бруто свефазног пореза на промет, док је Друга директива одредила државама чланицама основна начела о опорезивању промета и то прихватањем начела одредишта у циљу избегавања двоструког опорезивања. Шеста директива из 1977. године ја најважнија јер су њоме регулисани сви битни елементи опорезивања додате вредности. Наиме, Шестом директивом одређена је јединствена пореска основица пореза на додату вредност

за државе чланице ЕУ. Директива о пореским стопама пореза на додату вредност из 1992. године наложила је државама чланицама усклађивање броја и висине стопа пореза на додату вредност унутар држава чланица. Њоме је предвиђено усклађивање на две стопе пореза на додату вредност и то једну редовну од најмање 15% и једну снижену од најмање 5% уз услов да је била у примени 1. фебруара 1991. године. Ова Директива је своје полазиште нашла у предлозима Комисије из 1987. и 1990. године, који су предвиђали ограничење пореских стопа пореза на додату вредност на само две, и то редовну пореску стопу у распону између 14% до 20% и једну снижену пореску стопу у распону од 4% до 9%, уз изостављање употребе нулте стопе. Комисија је 1987. године предложила укидање повлашћених стопа пореза на додату вредност. А данас ниједна држава чланица нема повлашћену стопу.

Наведеним директивама су постигнути значајни резултати усклађивања различитих пореских система држава чланица на подручју пореза на додату вредност. Али, још увек је наглашен проблем неуједначене примене пореских стопа пореза на додату вредност, пошто државе чланице примењују различиту висину и број пореских стопа које се крећу у распону од 15% до 25%. Тако највишу стопу пореза на додату вредност имају Данска, Шведска и Мађарска и она износи 25%, док најнижу стопу пореза на додату вредност имају Луксембург и Кипар и она износи 15%. Такође, све државе чланице примењују снижене стопе пореза на додату вредност, као и већи или мањи број изузећа. Просечна стопа пореза на додату вредност за ЕУ у 2005. години износила је 19,5%.[3]

Када је реч о хармонизацији акциза, треба истаћи да су акцизе у ЕУ регулисане великим бројем директива. Акцизе су у ЕУ уједначене од краја 1992. године према тзв. Систематској директиви (акцизе на алкохол и алкохолна пића, дуван и на нафтне деривате). Бројне друге акцизе свака држава чланица може убирати на различиту робу. И овде је, као код пореза на додату вредност, присутна неусклађеност стопа акциза што представља озбиљан проблем и унутар саме ЕУ, пошто државе чланице примењују различите стопе акциза за исте производе.

Оно што, међутим, захтева одговарајућу пажњу свих јесте дилема да ли треба применити начело одредишта или начело порекла када се говори о европском систему пореза на додату вредност. У том смислу у великој је мери унифициран систем пореза на додату вредност који су усвојиле државе чланице ЕУ. Он је утемељен на опорезивању по начелу земље одредишта, што је државама чланицама омогућило уклањање пореза на додату вредност из цене добара и услуга код извоза а што је довело до

[3] European Commission (2005): *VAT collection and control procedures in Member States.*

неутралности у међународној размени. Директивом о унутрашњем тржишту из 1991. године, међутим, наложено је државама чланицама да у своје пореске системе до 1. фебруара 1997. године уведу начело порекла приликом опорезивања промета. Данас је на снази прелазно решење односно тзв. мешовити систем, пошто се комерцијалне испоруке унутар ЕУ опорезују применом начела одредишта а некомерцијалне испоруке унутар ЕУ се опорезују применом начела порекла. Дабоме, повратак на начело одредишта значило би негирање заједничког тржишта ЕУ. Због тога је такав систем незамислив. Али, и постојећем прелазном систему се могу упутити озбиљне критике да је он административно скуп и неефикасан.

Када је реч о одредбама Уговора о оснивању Европске заједнице које уређују хармонизацију националног законодавства у мери у којој је то неопходно за успостављање и функционисање јединственог тржишта ЕУ, треба указати на члан 94. (бивши члан 100) Уговора. Тим чланом је прописано да „Савет одлучујући једногласно на предлог Комисије, а по обављеним консултацијама са Европским парламентом и Економским и Социјалним комитетом, доноси упутства о приближавању законских, подзаконских и административних одредби држава чланица које имају непосредног утицаја на успостављање, односно функционисање заједничког тржишта“.

Једно од централних питања у пореској политици ЕУ јесте питање хармонизације непосредних пореза. До сада су прихваћене две директиве с подручја опорезивања добити трговачких друштава познате под скраћеним називом Директива о матичним и зависним друштвима и Директива о спајањима. Сврха прве наведене директиве јесте уклањање могућности двоструког опорезивању дивиденде која се исплаћује матичном трговачком друштву у другој држави чланици. Сврха друге наведене директиве јесте заједнички приступ опорезивању спајања, поделе, преноса имовине и размене деоница, када се те трансакције тичу трговачких друштава различитих држава чланица. Другим речима, циљ доношења Директиве о матичном и зависном друштву био је усклађивање одређених аспеката опорезивања расподељене добити ради омогућавања несметаног кретања капитала преко граница држава чланица, чиме је требало постићи уклањање пореских препрека које су произилазиле искључиво из чињенице да постоје зависна друштва и у другим државама чланицама. На другој страни, циљ доношења Директиве о спајањима јесте преузимање трговачких друштава од иностраних друштава држава чланица.

Оно што је напред изнето о хармонизацији непосредних пореза довољно јасно и уверљиво показује да су учинци знатно слабији. Одређени аспекти на подручју опорезивања дохотка, поновимо, и нису предмет хар-

монизације и свака држава чланица има дискрециоио право сопственог регулисања. Но, резултати постигнути на подручју пореза на добит морали би бити већи.

У контексту изнетог о хармонизацији пореза, посебно је значајно указати на све већи ослонац на индиректне неформалне методе деловања на том плану. Иницијативу за формирање сталног форума који би окупљао све државе чланице и који би се бавио разменом информација о опорезивању, а који би постепено постао присутан и у ОЕЦД и другим међународним организацијама и органима у ЕУ то потврђује.

Када је реч о пореској конкуренцији којом се намеће хармонизација пореза, треба истаћи да она доводи до спонтаног уједначавања пореских закона јер се кретање људи, промет робе, услуга и капитала усмерава ка привредама оних држава чланица чији су порески системи и пореске политике стимулативнији, па су и друге државе чланице подстакнуте да своје пореске прописе прилагођавају томе. Тиме се разлике међупореским системима држава чланица губе. Међутим, при томе мора се водити рачуна о нелојалној пореској конкуренцији, пошто она отежава процес хармонизације и европских економских интеграција. Наиме, долази до изградње таквих система опорезивања у појединим државама чланицама где се кроз ниске пореске стопе и разна пореска ослобођења и пореске олакшице акумулира све већи износ капитала. Нелојална пореска конкуренција долази до посебног изражаја у систему опорезивања предузећа, где је она подстакнута пореским стопама, пореским олакшицама и ослобађањима и директним државним субвенцијама. Пошто нелојална пореска конкуренција ствара негативне ефекте, нужно ју је елиминисати. Начин како се то чини јесте модел ЕУ који је уобличен у документ „Кодекс понашања при опорезивању предузећа“, по коме су све државе чланице обавезне да уклоне препреке (ниске пореске стопе, пореска ослобађања и олакшице и друге мере) које међу државама чланицама узрокују пореску конкуренцију. Без обзира на то, размере нелојалне пореске конкуренције су још увек велике. Примера ради, данас десет нових држава чланица ЕУ има нижу стопу пореза на добит од петнаест „старих“ држава чланица, а што доводи до привлачења страног капитала и неизбежно подстиче пореску конкуренцију. Решење наведеног проблема треба тражити у Лисабонским циљевима, а то су: сталан успех и развој унутрашњег тржишта, одговарајућа равнотежа између смањења пореза, инвестирања и јавних услуга и одржавање фискалне консолидације. Дабоме, Лисабонски циљеви морају бити у функцији интереса грађана и приведе и остваривања четирију слобода, путем уклањања пореских препрека, а што ће допринети смањењу трошкова и повећању конкурентности привреде ЕУ (Лисабон, Агенда, 2000).

Када је реч о забрани дискриминације на рачун добара, услуга, капитала, предузећа и радника из других држава чланица што утиче на националне пореске системе, у којима се не могу налазити одредбе које би доводиле до такве дискриминације, треба нагласити да се том забраном намеће пореска хармонизација и истаћи да у томе посебну улогу имају одлуке Европског суда правде. Слобода кретања људи, промет робе, услуга и капитала у већој мери изражавају тежњу према забранма дискриминације него према забранама и разним ограничењима (административна ограничења и друга ограничења).

Из свега до сада изнетог о хармонизацији пореза у ЕУ произилази конституција да иако готово све државе чланице заговарају хармонизацију пореза и ако су свесне чињенице о обавези да у своје законе унесу одредбе којима се постижу циљеви одређени директивама, још увек егзистирају национални порески системи држава чланица и још увек свака држава чланица љубоморно чува свој порески суверенитет.

5. Уместо закључка

Спроведена анализа показала је да начела пореског права ЕУ имају за циљ подупирање непрестаног развоја унутрашњег тржишта ЕУ. Тај се циљ постиже уклањањем пореских препрека за слободно кретање људи, добара, капитала и услуга. Основно је средство за постизање наведених циљева хармонизација националног пореског законодавства држава чланица. Основни правни инструмент којим се на европском нивоу прописује пореска политика јесу директиве. Донето је неколико директива како на подручју посредних тако и на подручју непосредних пореза. Али, резултати у успостављању јединственог тржишта без пореских препрека и захтеви ЕУ у погледу хармонизације националног пореског законодавства нису још увек потпуно остварени. Основни узрок томе је што ЕУ још увек нема заједничку фискалну, а посебно, ни заједничку пореску политику. Без заједничке фискалне односно пореске политике нема успешне хармонизације опорезивања на нивоу ЕУ а ни европских интеграција. Док не буде формулисана и прихваћена заједничка (не и јединствена) фискална односно пореска политика ЕУ и даље ће постојати теза о угрожености развоја држава чланица и љубоморном чувању пореских ресурса, што ће водити дезинтеграцији европског простора.

Mile Vranješ, Ph.D. Full Professor
Novi Sad School of Law

On Principles of European Union Tax Law

Abstract

The analysis presented shows that the basic principles of Tax Law in the countries of EU have a goal of supporting the continuous development if inner market in EU. This goal is achieved by removing tax barriers and allowing free movement of people, gods, capital and services. The basic tool for achieving stated goals is harmonization of national tax regulations of member states. The basic judicial instrument with which tax politics on European level is regulated is *directives.* Up to now several directives are in power in the field of direct and indirect taxes. However, the results in establishing common market without tax barriers and harmonization of EU tax regulative are still not completely finished. The basic obstacle lies in the fact that EU still does not have com-mon fiscal, specifically common tax politics. Without common fiscal and tax politics there can not be successful harmonization of taxes on the level of EU and on the level of European integrations. Until common (not unique) fiscal politics of EU is formulated and accepted, there still will be opinions that deve-lopment of some member states is in danger, and that will lead to protection of taxes as resources. This may lead to disintegration of European common market.

349.2(4)

Др Предраг Јовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

РАДНОПРАВНЕ ДИМЕНЗИЈЕ СОЦИЈАЛНО-ЕКОНОМСКИХ ПРАВА У ЕВРОПСКОМ И НАШЕМ ПРАВУ

Сажетак: *У раду су приказани главни правни оквири дефинисања социјално-економских права у праву Европске уније и у нашем праву. Указано је, уз одговарајућу анализу, на правце и динамику уградње социјално-економских права у право Европске уније, а затим и у наше право. Посебно се издвајају одређени проблеми и разлози који су утицали на спорост уградње социјално-економских права у право Европске уније. То може бити од значаја за нашу земљу на даљем путу ка европским интеграцијама, јер радноправне димензије социјално-економских права и њихово одговарајуће правно уобличавање јесу кључно питање хармонизације наше укупне социјалне политике и посебно радног права са одговарајућим стандардима из ових области који постоје у Европској унији.*

Кључне речи: *Радно право, социјално-економска права, људска права, европско право, домаће право.*

I УВОД

Класична људска права (лична грађанска и политичка) настају као резултат социјалне и политичке победе грађанске класе у грађанским револуцијама. То је време либералног капитализма, односно либералних економија и држава. Даљи развој либералних економија пратила је и појава социјално-економске поларизације друштва, тј. социјално-економска неједнакост међу људима. На дневни ред долазе радничке, уместо грађанских револуција. Главни мото радничких револуција је социјална правда која у основи подразумева заштиту економски слабијих, односно ублажавање социјалних и економских последица либералне економије. То даље подразумева да својина, људска права и коначно држава морају добити и социјалну димензију. Правни израз те социјалне димензије су социјално-економска права. Социјална димензија се огледа у обезбеђивању неопходних животних услова свим грађанима, како би могли , на крају крајева, да врше и своја лична грађанска и политичка права. Наиме, класична људска права не могу без социјално-економских права. Право на живот, безбедност, образовање, не могу без права по основу рада, права на здравствену заштиту и других социјално-економских права; право на неповредивост стана без права на стан итд.

Дакле, либерална економија и раднички покрети и револуције, показали су да нема стабилног друштва и перспективе у развоју ако је већи део друштва притиснут егзистенцијалним проблемима (бедом, сиромаштвом и глађу). У таквим условима живота под знаком питања је и основни правни постулат либералних економија и држава – аутономија воље.

Према томе, социјално-економска права, која су узрокована економским, политичким и социјалним разлозима, су саставни део «породице људских права» (људска права друге генерације). Грађанска и политичка права и социјално-економска права су комплементарни делови јединственог правног система. Да би ови делови извршили своју друштвену мисију, они морају бити функционално повезани. Реална и одржива функционалност сваког правног система огледа се, дакле, у комплементарности грађанских (личних), политичких и социјално-економских права. На крају, налазимо се у XXI веку и заиста нема реалних разлога за строго разликовање тзв. класичних људских права (грађанска и политичка права) и социјално-економских права. То је показала и правна (нарочито уставноправна) доктрина и пракса XX века.

II РАДНОПРАВНЕ ДИМЕНЗИЈЕ СОЦИЈАЛНО-ЕКОНОМСКИХ ПРАВА

Највећи део социјално-економских права уграђен је у радно и социјално право. Радно и социјално право (како индивидуално тако и колективно) је у тесној вези са основним људским правима и слободама.[1] На пример, право на рад, заштиту здравља итд, спадају у ред основних људских и социјално-економских права, али су уједно и права везана за рад и радни однос. Или, слобода удруживања, право на «социјални дија-лог» 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 (МОР), вршећи своју нормативну и друге функције, «настоји да помогне државама чланицама да осигурају **основна људска права** (подвукао ПЈ) приликом регулисања односа рада и запошљавања, тако што промовишу и социјалну равноправност и економску ефикасност и раст, унапређујући при том капацитете социјалних партнера да учествују у социјалном дијалогу».[2] Ове околности, као и присност веза између радног права и социјално-економских права можемо проверити и кроз сагледавање најважнијих обележја социјално-економских права.

Важно обележје социјално-економских права огледа се у томе што она захтевају од државе већи «ангажман» (престације и друге заштитне активности), но што је то случај са грађанским и политичким правима. Класична људска права су «старија» од социјално-економских права. Класична грађанска и политичка права «штите појединца од државне власти», а социјално-економска права «позивају» државу на ангажман и сарадњу у заштити економски слабијих у друштву. Класична права (грађанска и политичка) умањују државну власт («негативна права»), а социјално-економска права увећавају државну власт и моћ («позитивна права»).[3] Ово обележје социјално-економских права омогућује, између осталог, да у радном и социјалном праву превагу имају јавно-правни елементи над приватноправним.

---

[1] Gillian S Moris and Timoty J Archer, Collective Labour Law, Oxford-Portland Oregon, 2000, стр. 26.

[2] Смернице о радном законодавству, Међународна организација рада, Женева, 2001, стр. 1.

[3] Steve Peers and Angela Ward, The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford and Portland Oregon, 2004, стр. 213.

Друго важно обележје социјално-економских права јесте социјална правда. То је резултат чињеница да је главни мото радничких покрета и револуција била, како је напред речено, социјална правда. Шире посматрано, реч је о томе да је идеја правде заузимала централно место у филозофији природног права, која је, још према теорији изворног либерализма, у основи људских права, па тиме и социјално-економских права. Као принцип права, правда разграничава и хармонизира супротстављене жеље, захтеве и интересе у друштвеном животу људи, истичући захтев, видели смо, за једнакошћу у расподели односно додели користи и терета, тј. права и обавеза. Правда је, према познатом данском правном писцу Алфу Росу, мерило исправности права. Ово обележје социјално-економских права је основна поставка на којој се темељи и главни циљ Међународне организације рада (МОР), тј. међународног радног права – да се општи и трајни мир може заснивати само на социјалној правди. У том циљу, МОР је изградила читав corpus iuris социјалне правде. Начелне координате овог corpus-а садржане су у следећим начелима. Према Уставу МОР-а из 1919. године, ова Организација проучава и решава проблеме везане за рад и укупну социјалну политику на међународном плану и ради на побољшању услова рада и живота радника. Јер, постоје такви услови рада који великом броју лица наносе неправду, беду и одрицање, који стварају такво незадовољство да доводе у опасност светски мир и склад. Неприхватање стварно хуманог система рада од стране било које земље ствара сметње напорима других нација које желе да побољшају судбину радника у својим властитим земљама. Зато, и у националним оквирима, једна од главних функција радног и социјалног права јесте у обезбеђивању већег нивоа социјалне правде и социјалног мира.

Трећи важни аспект социјално-економских права повезан је са чињеницом да ова права штите људске интересе који су широко повезани и који се задовољавају кооперацијом, а која, са своје стране, повећава узајамну зависност. Они се доживљавају, у одређеној мери, као заједнички интереси. Нико није довољан сам себи. Капитал зависи од рада, а рад од капитала. Ово обележје јасно можемо препознати и у радном односу, као сплету интересно и узајамно повезаних права и обавеза (и индивидуалних и колективних) запослених и послодаваца.

III УТВРЂИВАЊЕ ПРАВНИ Х ОКВИРА СОЦИЈАЛНО-ЕКОНОМСКИХ ПРАВА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

Уградња људских и социјално-економских права у правни поредак Европске уније (ЕУ) је дуго и тешко себи крчила пут. Ово због тога, пре свега, јер пројекат европских интеграција је кренуо као процес економских интеграција, а касније је добијао све јаче политичке елементе. Снажан импулс у правцу политичких интеграција дају управо људска права, као основ за јачање политичких димензија тих интеграција.

У процесима европских интеграција дуго су «занемаривана» људска и социјално-економска права. Њихова еманципација у правном поретку ЕУ каснила је из више разлога.

Први разлог се везује за специфичност начина њихове уградње у правни поредак ЕУ, односно за веома разуђене правне оквире за њихову уградњу. Наиме, у првим примарним документима европских интеграција (Уговор о заједници за угаљ и челик из 1951, Римски уговор о оснивању Европске економске заједнице из 1957.) не говори се о људским правима. Прва признавања људских права, као општих правних начела правног поретка Заједнице, извршена су у пракси Европског суда правде. После тога људска права, а делом и социјално-економска права, добијају одговарајуће место у Јединственом европском акту из 1985. године, у Повељи Заједнице о основним социјалним правима радника из 1989. и у Уговору о Европској унији из 1991. године (Уговор из Мастрихта).

Прецизније речено, Јединственим европским актом отварају се простори за учвршћивање социјалне кохезије и дијалога социјалних партнера, на темељу принципа садржаних у Европској социјалној повељи из 1961. године. То је био знак да осамдесетих година, и питања везана са социјално-економска права, добијају на значају у «агенди» политичког деловања Заједнице. Сем тога, ово је био и резултат наглашених захтева радника, крајем седамдесетих и почетком осамдесетих година, за значајнијим учешћем у привредном животу, уз напуштање тезе о «саморегулативи» тржишта. Надаље, у трећем ставу Преамбуле Јединственог европског акта, промовише се борба против незапослености, посебно младих, увођење нових технологија уз појачане мере безбедности и заштите здравља на раду. На темељу ових опредељења из Јединственог европског акта, министри иностраних послова ЕЗ су 1986. године усвојили Декларацију о људским правима. Овом Декларацијом је предвиђено да је главни темељ европске сарадње у поштовању људских права, те да је поштовање људ-

ских права важна спона сарадње са «трећим државама». Питање односа и сарадње са «трећим државама», у области људских права, посебно је актуелизирано у Резолуцији о људским правима, коју је донео Европски савет 1991. године. Поштовање људских права је један од захтева које треба испунити да би се остварио стабилан развој унутар ЕУ и перспективна сарадња са «трећим државама». Исте године (1991.) Европски савет је донео и Декларацију о људским правима, подвлачећи у њој, што је веома важно издвојити, принцип јединствености људских права, тј. једнаког третмана грађанских и полтичких права са социјално-економским и културним правима. Може се претпоставити да је доношење ове Декларације било мотивисано и Повељом Заједнице о основним социјалним правима радника из 1989. године.

Битно ширење оквира за уградњу социјалних права, посебно «радних права», представља Повеља Заједнице о основним социјалним правима радника (садржаних у 12 поглавља)[4], потписаном 1989. године у Стразбуру.[5] Повеља, са једне стране, позива земље чланице да учврсте достигнути прогрес у социјалној сфери, кроз ангажман држава и две стране у индустрији (радници и послодавци), те да, са друге стране, обезбеде пуну афирмацију социјалне димензије Јединственог европског акта, нарочито у области запослених радника и самозапослених људи.[6] У Преамбули се наводи да је њено доношење инспирисано Европском социјалном повељом из 1961. и конвенцијама МОР-а.

Повеља Заједнице је доста критикована као програмско-политички акт. Тим поводом формиран је 1996. године Комитет експерата, од стране Европске комисије (као једног од главних органа ЕУ) да проучи чињенично стање, упућене критике и предложи решења. Ипак, доношење ове Повеље представља својеврсну победу у борби за изједначавање значаја социјалних права са грађанским и политичким правима у ЕУ.[7]

Следећи корак у инсталирању људских и социјално-економских права у правни поредак ЕУ представља Уговор о ЕУ (Мастрихтски уговор). Тај корак се огледа у дефинисању четвртог става Преамбуле Уговора

[4] Та поглавља су: (1) слобода кретања; (2) запошљавање и зараде; (3) побољшање услова живота и рада; (4) социјална заштита; (5) слобода удруживања и колективног преговарања; (6) професионална обука и усавршавање; (7) једнакост у награђивању мушкараца и жена; (8) информисање, конуслтовање и партиципација запослених; (9) заштита на раду и заштита здравља; (10) заштита деце и адолесцената; (11) заштита старијих; (12) заштита инвалида.

[5] Усвојена од стране шефова држава или влада 11 земаља чланица.

[6] Lammy Betten, Delma Mac Devitt, The protection of Fundamental Social Rights in the European Union, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 1996, стр.197.

[7] Steve Peers and Angela Ward, cit. delo, стр.216.

сагласно духу Европске социјалне повеље и Повеље Заједнице из 1989. године. Сем тога, овај Уговор означава нови период «социјалне интеграције» међу земљама чланицама Заједнице. Не напуштајући «стари концепт» економског просперитета и јединственог тржишта, наглашава се потреба формирања «наднационалних институција социјалног карактера». У том смислу, закључен је Споразум, међу државама чланицама, изузев Велике Британије, о социјалној политици, на темељу којег је донесено више директива из области радног права.. Касније, Европска комисија доноси 1993. године Зелену књигу о социјалној политици и 1995. Средњорочни социјални акциони програм. Томе треба додати и Резолуцију о људским правима Европског парламента из 1994. године. Овим актом ЕУ потврђује да је заштита људских права интегрални део њене безбедоносне и спољне политике и инсистира на бољој координацији, у овој области, активности Европске комисије, Европског савета и Европског парламента. На тај начин ЕУ је заокружила интегративне мере у примени фундаменталних принципа у социјалној сфери.

Коначну консолидацију оквира социјално-економских права обезбеђује Амстердамски уговор из 1997. године (ступио на снагу 1999. године, пошто га је ратификовало свих тадашњих 15 држава чланица ЕУ). Консолидација је сачињена на темељу предлога, горе поменутог, Комитета експерата (сачињеног поводом критика у вези Повеље Заједнице о основним социјалним правима радника). Та консолидација огледа се у следећем:

- утврђују се циљеви социјалне политике сходно циљевима предвиђеним у Европској социјалној повељи;
- уграђује се Споразума о социјалној политици у Уговор о ЕУ;
- дефинишу приоритети и одговорност свих чланица ЕУ за те приоритете (приоритети: социјална политика представља заједничку одговорност ЕУ и свих држава чланица; питање запослености је «материја опште бриге» и развој координиране стратегије запошљавања; сузбијање свих облика дискриминације – на основу пола и сексуалне оријентације, расе, етничке припадности, старости, религије итд; признавање кључне улоге социјалних партнера у области рада и социјалне политике; подстицање консултација управе предузећа и радника.[8]

На крају, уз последње измене Уговора о ЕУ, које су извршене Уговором закљученим у Ници 2001. године (Ничански споразум), омогућени

[8] Будимир Кошутић, Амстердамски уговор и социјална политика, „Европско законодавство“, јануар-јуни, 2000, стр. 30.

су нови продори социјалних права у правни поредак ЕУ. Заправо, највећи допринос Споразума је у осавремењивању система социјалне сигурности. Сем тога, у Ници је усвојена и Повеља о основним правима ЕУ, која садржи посебно поглавље (IV, чл. 27.-38.) посвећено солидарности. Али то је учињено на декларативан начин , односно та права нису укључена у сам Ничански споразум. Повељом се не предвиђа ништа ново у погледу задатака или овлашћења Уније, у односу на оно што је већ предвиђено постојећим уговорима.[9] Реч је о слободама и правима као што су: слобода рада и право на рад грађана ЕУ, али и право на рад под једнаким условима за грађане «трећих држава» који имају право да раде у ЕУ; заштита од незаконитог отказа; заштита здравља и безбедност на раду; достојанство на раду; заштита колективних социјално-економских права – обавештавање и консултовање радника, право на колективно преговарање, право на колективне акције итд.

Други разлог споре уградње социјално-економских права у правни поредак ЕУ везан је за чињеницу дуго присутних различитих концепција европских интеграција, које су више одговарале економској страни тих интеграција а мање политичкој (федералистичке, функционалистичке концепције и сл.).

Трећи разлог се може тражити у присуству, код неких држава чланица, и инсистирању на «непомирљивим», скоро митским, националним вредностима (традиција, сувереност) које би можда биле угрожене инсталирањем људских и социјално-економских права у правни поредак ЕУ.

Четврти разлог споре уградње људских и социјално-економских права у право ЕУ, па и европско комунитарно радно право, вероватно јесте и стално присутна свест о постојању Савета Европе (основан као владина организација 1949.) и његовим препознатљивим «правним брендовима» – Европској конвенцији о људским правима (грађанским и политичким) из 1950. године и Европској социјалној повељи из 1961. године. Заправо, када је реч о људским и социјално-економским правима и њиховој уградњи у европско радно право, може се рећи да је на тај начин европско комунитарно радно право утемељено и да се касније развијало под окриљем и у сенци европског некомунитарног радног права.

Укратко, уградња људских и социјално-економских права и у поменуте документе Савета Европе, ишла је специфичним путем. Најпре, како је речено, Европска конвенција о људским правима садржала је политичка и грађанска права. Истина у њој се говори и о праву на удруживање, подразумевајући и право на струковно удруживање. О другим социајлно-економским правима се не говори, јер није постојала сагласност о томе која

[9] Ibidem, стр. 31.

права треба уградити и како обезбедити њихову заштиту. То је утицало да се интензивније размишља о доношењу посебног документа у вези социјално-економских права, што је резултирало доношењем Европске социјалне повеље. У преамбули овог документа је речено да ће државе потписнице «унапредити стандард живота и промовисати друштвено благостање», на темељу предвиђених 19 економско-социјалних права. У оквиру предвиђених права налазе се «традиционална» радна права (право на правичне услове рада – чл. 2, право на организовање – чл. 5), али налазе се и «права о благостању» (право на заштиту здравља – чл. 11, право на социјално обезбеђење – чл. 12). Повеља је ажурирана 1988. године са додавањем права о једнаком вредновању радне снаге и права на информисање и консултовање (чл.20. и 21.). Потпуно је ревидирана 1996. године, пратећи смернице у развоју социјалне политике у ЕУ, како је то горе кратко изложено.

Треба приметити да и механизми примене и контроле наведених докумената Савета Европе нису били уједначени, о чему се води рачуна у даљим поступцима уградње и функционисања социјално-економских права у ЕУ. Наиме, контрола примене Европске конвенције о људским правима вршена је и путем судске заштите на иницијативу држава и појединаца, а контрола примене Европске социјалне повеље препуштена је Комитету експерата на бази извештаја земаља потписница. Тако се опет намеће питање европског «вредновања», са једне стране, људских и, са друге стране, социјално-економских права.

На крају, али не и по значају**, пети разлог** споре интеграције социјално-економских права са поретком ЕУ може се наћи и у одређеним разлозима претежно економске природе.

Прва последица брзе и комплетне интеграције социјалних и радних права било би поскупљење рада на тржишту ЕУ. То би имало не само економске већ и социјално-политичке последице, јер води смањењу тражње за радном снагом, тј. повећању незапослености. Ова последица се нарочито везује за нове чланице ЕУ, из бившег социјалистичког блока, које су, иначе, морале, у процесу прикључивања, да највише «обогате» своје радно и социјално право социјално-економским стандардима из наведених докумената ЕУ и МОР-а.

Друга последица се везује за угрожавање конкурентске способности ЕУ у односу на земље ван Уније, нарочито надирајуће «источне економије» које теже да избегну социјално законодавство у што већој мери. Заправо, овде се ради о тзв. социјалном дампингу, тј. коришћењу редуцираног социјалног и радног законодавства као фактора смањивања цене коштања производа и услуга на међународном тржишту.

Трећа последица се јавља као притисак на буџет, услед повећаних давања државе за измирење социјалних права. То даље води јачању инфлаторног притиска, расту каматних стопа итд.[10]

Ипак, упркос спорој и разуђеној уградњи људских и социјално-економских права у правни поредак ЕУ, сасвим је јасно опредељење унутар Уније за поштовање ових права и начела демократије. Том опредељењу ЕУ је прилагодила, последњих година, и својеврсну политику односа према «трећим државама», која комбинује повластице и санкције («политика штапа и шаргарепе»). У односима са овим државама, ЕУ истиче поштовање људских права као битну претпоставку међусобних споразума. И наша земља улази у круг «трећих држава».

IV УТВРЂИВАЊЕ ПРАВНИХ ОКВИРА СОЦИЈАЛНО-ЕКОНОМСКИХ ПРАВА У НАШЕМ ПРАВУ

Напред су дате правне платформе и оквири уградње људских и , нарочито, социјално-економских права у европско радно право. То су, заправо, правни путокази нашој земљи на путу учлањења у ЕУ.

Наиме, ми се налазимо у процесима тзв. стабилизације, а преговори о придруживању ЕУ (са исходиштем у потписивању одговарајућег споразума), са одређеним прекидима, још увек трају. Стабилизација и преговори о придруживању, са наведеним прекидима, представљају својеврсни «карантин» за нашу земљу у коме смо изложени «будном оку» одговарајућих органа ЕУ. У жижи интересовања је и поштовање људских и социјално-економских права.

Имајући у виду досадашња искуства «трећих земаља» (углавном земље са подручја ОЕБС-а – земље Централне и Источне Европе), у поменути споразум ће вероватно бити уграђена (преамбулна) клаузула о поштовању људских и социјално-економских права, као и демократских принципа, за случај чијег кршења може следити делимична и потпуна суспензија споразума. То затим може имати за последицу ревидирање предвиђеног програма сарадње, нарочито у сфери послова економског карактера, одлагање закључивања очекиваних привредних уговора, редуцирање или обустава програма научне, образовне, техничке и сваке друге сарадње.

[10] Мирослав Прокопијевић, Европска унија, Београд, 2005, о наведеним и другим последицама – стр. 320 и даље.

По логици «политике штапа и шаргарепе», оне земље, пак, које спроводе политику поштовања људских и социјално-економских права, могу рачунати на мере подршке (погодности у трговинским пословима, техничкој сарадњи итд.). ЕУ је за те потребе обезбедила и посебна финансијска средства.

Што се тиче Србије, након издвајања Црне Горе из Државне заједнице Србија и Црна Гора (СЦГ), питање неусаглашености њеног актуелног Устава из 1990. године са Уставном повељом СЦГ из 2003. године и Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама СЦГ из исте године, је «скинуто са дневног реда». Ово питање је имало своју тежину због чињенице да су поменути акти СЦГ прокламовали и гарантовали одређена права и слободе у сфери људских и социјално-економских права. Стога, ми ћемо се даље задржати само на пројекцијама норми Устава Србије у вези социјално-економских права, а затим указати на најважније законске акте који дограђују те пројекције у систему норми радног права.

Устав Србије признаје, поред класичних политичких и грађанских права, и економско-социјална права. Устав предвиђа право на рад и слободу рада, тј. начело да је сваком грађанину под једнаким условима доступно свако радно место и функција у друштву, односно јамчи се слободан избор занимања и запослења, а забрањује принудни рад (чл.35.). Дакле, ова права уживају сви грађани (чл. 13.), без обзира на националност, расу, пол, језик, вероисповест, политичко опредељење, образовање (принцип забране дискриминације). Као што право на рад значи слободу одлучивања о запослењу, тако оно значи и слободу одлучивања о престанку рада. Против воље радника његов рад може престати само изузетно – под условима и на начин који су утврђени законом и колективним уговором (чл. 35.). И у случају када радник остане без посла, за време привремене незапослености, а на основу његовог права на рад, зајемчује се матери-јално обезбеђење, под условима утврђеним законом (чл. 36.).

Даље уставно-правне рефлексије начела права на рад садржане су у захтеву да држава својом економском и социјалном политиком унапређује економско и социјално благостање грађана (чл. 55.). Сем тога, у функцији овог начела и обезбеђивања економског и социјалног благостања, установљена су и права у вези очувања и заштите здравља (чл. 30.); право на школовање и стручно оспособљавање (чл. 32.); а грађанима који су делимично способни за рад зајемчује се оспособљавање за одговарајући посао и обезбеђују се услови за њихово запошљавање, у складу са законом (чл. 39.). Јер, право на рад остало би *ius nudum* без права на стручно образовање и заштиту и очување здравља, с обзиром да је радна способност одређена

здравственим и стручним способностима. Радно способни и запослени грађани имају право на одговарајућу зараду (чл. 36), а онима који су неспособни за рад и немају средства за издржавање, држава обезбеђује социјалну сигурност (чл. 39).

Устав Србије предвиђа посебну заштиту деце, омладине, жена, инвалида, старијих особа. Деца, труднице и стара лица имају право на здравствену заштиту из јавних прихода (чл. 30.). Посебну заштиту на раду уживају омладина, жене и инвалиди (чл. 38). Жене имају одговарајућа права, у складу са законом, и у вези са трудноћом и порођајем (чл. 28). Предвиђен је посебан систем друштвене бриге о деци и омладини (чл. 72. и чл. 113).

Социјално осигурање, за запослене, лица која самостално обављају делатност и пољопривреднике, је обавезно (чл. 40.). Следствено томе, социјално осигурање је регулисано законима и другим актима донетим на основу закона, тако да права и обавезе из социјалног осигурања настају *ipso iure.* Комплементарни вид овом осигурању је добровољно социјално осигурање.

Систем права и обавеза, на темељу наведених уставних социјално-економских начела, разрађен одговарајућим законским и другим општим актима. *Законом о раду* из 2005. године уређена су права, обавезе и договорности запослених и послодаваца у радном односу. Овим Законом регулисана су како индивидуална тако и колективна права.

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (2003), поред Закона о раду, најнепосредније се ослања на уставни принцип права на рад. Регулише област запошљавања, као начина остваривања права на рад, те права за случај незапослености као друштвену бригу поводом зајемченог права на рад. Безбедност и заштита здравља запослених регулисана је *Законом о безбедности и здрављу на раду* (2005). Посебна заштита инвалида предвиђена је не само *Законом о раду*, већ и *Законом о радном оспособљавању и запошљавању инвалида (1996) и Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом (2006).* Заштита родитеља и новорођене деце предвиђена је *Закон о финансијској подршци породица са децом* (2005). Говори се о заштити у виду накнаде зараде за време породиљског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета.

Област социјалног осигурања је «покривена» са више законских аката. Најважнији су: Закон о здравственој заштити (2005); Закон о здравственом осигурању (2005); Закон о пензијском и инвалидском осигурању (2003); Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима (2005); Закон о уплати доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине категорије осигураника (2005).

Што се тиче основних колективних права радника, она такође имају свог упоришта у Уставу Србије. У чл. 44. зајемчена је *слобода синдикалног организовања* и деловања. У склопу синдикалног деловања подразумева се и *колективно преговарање*. Устав помиње колективне уговоре као акте у складу са којима се регулишу права и обавезе из радног односа. Навели смо напред, на пример, уставну одредбу по којој радни однос запосленог може престати против његове воље само у случајевима и на начин предвиђен законом и *колективним уговором.* Запослени имају право на *штрајк*, које није само законско[11] већ и уставно право (чл. 37. Устава Србије). Устав предвиђа и право запослених на *учешће у управљању* (чл. 35.). Запослени управљају у друштвеном предузећу и учествују у управљању у другим врстама предузећа и другим организацијама у којима раде, односно у које улажу средства, у складу са законом и колективним уговором (чл. 58.)

Питања у вези са синдикалним слободама и правима, као и колективним преговарањем и закључивањем колективних уговора о раду прецизније су разрађена у Закону о раду. Исти Закон оскудно говори о учешћу запослених у управљању, предвиђајући само (чл. 205.) да запослени код послодавца који има више од 50 запослених могу образовати савет запослених, у складу са законом, одређујући начелно и надлежност савета. Питању штрајка је посвећен посебан пропис још у времену постојања Савезне Републике Југославије, који и данас важи – *Закон о штрајку (1996).*

У последње време, при нормативној разради индивидуалних и колективних права, у Србији се поклања посебна пажња превенцији радних спорова (нарочито колективних) и њиховом мирном решавању. У том смислу ради се на афирмацији социјалног дијалога, промовише принцип трипартизма и мирно решавање радних спорова. Донесени су *Закон о социјално-економском савету (2004) и Закон о мирном решавању радних спорова (2004).*

Према томе, имајући у виду нормативне оквире за уградњу социјално-економских права, напред приказане на међународном и европском нивоу, у протеклих неколико година у Србији је извршена значајна реформа система у радном и социјалном праву. Али, постоје озбиљне тешкоће у остваривању свих наведених социјално-економских права. Основни разлог томе лежи у укупном неповољном друштвено-еконмском окружењу узрокованом, нарочито, транзициони противуречностима, још увек ниском продуктивношћу и недостатком средстава (посебно за подмирење потреба социјалног осигурања).

[11] Закон о штрајку, „Службени гласник СРЈ”, бр.29/96.

Даље треба радити на развијању и доградњи принципа трипартизма и социјалног дијалога, обезбеђујући претпоставке (социјално-политичке, правне и материјалне) за реално партнерство између државе, запослених и послодаваца.

Ојачати јавне службе за мирно решавање радних спорова (организационо, кадровски и материјално) уз одговарајуће новелирање законске и аутономне регулативе.

Коначно, права је прилика да се у поступку реформе правосудног система конституише судство за радне спорове и спорове из области социјалног осигурања.

Сматрамо да се може на предложени начин помоћи дефинисању ефикаснијих праваца за функционисање социјално-економских права, у духу европских стандарда садржаних у оквирима које смо напред навели.

.

Predrag Jovanović Ph.D. Full professor
Novi Sad School of Law

Labour-Law Dimensions of Social-Economic Rights in the European and Our Law

Abstract

This paper covers main legal frames of defining social-economic rights in EU and our law. It has been pointed, with matching analysis, to directions and dynamics of implementation of social-economic rights in EU law, and then into our law. Certain problems and reasons, which influenced to slow speed of implementation of social-economic rights in EU law, are specially covered. All this can be of importance for our country on the remaining road towards European integration, because labour-law dimensions of social-economic rights and their appropriate shape taking are the key issues of harmonising our entire social politics and especially labour law to becoming standards considering this area which exists in European Union.

331.526:061.1EU

Др Сенад Јашаревић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

ЈЕДНАКОСТ ЗАПОСЛЕНИХ ПРЕМА ПОЛУ У ДОКУМЕНТИМА И ПРАКСИ ЕУ[1]

Сажетак: *У раду се говори о правној заштити једнакости мушкараца и жена у области радних односа и другим мерама борбе против дискриминације, узнемиравања и сексуалног узнемиравања у Европској унији.*

Кључне речи: *једнакост, дискриминација, узнемиравање, сексуално узнемиравање, мобинг.*

1. Увод

Наше ново радно законодавство знатно је побољшано у односу на досадашње када се ради о заштити једнакости запослених. Уместо једне опште одредбе о забрани дискриминације као што је то било у претходном Закону о раду,[2] заштити од дискриминације у новом *Закону о раду* из 2005. године (даље: ЗОР) посвећена је цела глава.[3] У првом делу Закона, у глави «*Забрана дискриминације*» регулишу се: појам и врсте дискриминације, узнемиравање и сексуално узнемиравање, обухватност заштите, мере позитивне акције и правна заштита. Такође, недавно усвојени *Закон о спре-*

[1] Овај текст настао је као резултат рада на пројекту Правног факултета у Новом Саду *«Српско и европско право»*.
[2] Објављен у Сл. гласник РС, бр. 70/2001, 73/2001.
[3] Закон је објављен у Сл. гласнику РС, бр. 24/2005. и 61/2005.

чавању дискриминације особа са инвалидитетом садржи посебну главу у којој се регулише «Дискриминација у вези са запошљавањем и радним односом» (чл. 21-26).[4] *Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености* из 2003. године предвиђа «Начело једнаке доступности, поступања и забране дискриминације у запошљавању», у члану 21.[5] О овој тематици говори и нови *Закон о државним службеницима* из 2005, у оквиру чл. 11. који има наслов: «Једнаке могућности» (чл. 11).[6]

Одредбе о дискриминацији у Закону о раду и поменутим законима ослањају се претежно на регулативу Европске уније, при чему су уважени и основни правни стандарди Организације уједињених нација (ОУН), Савета Европе (СЕ) и Међународне организације рада (МОР).

Ако се упореди наше и комунитарно законодавство о једнакости запослених уочљиво је да одредбе нашег права садрже знатно мање детаља и конкретних решења. Посебно недостају норме усмерене на борбу против одређених типова дискриминације и практични механизми за реализацију уведених анти-дискриминационих стандарда. То умањује ефикасност постављене заштите, што је показала и наша досадашња пракса. Такорећи да нема судских спорова о дискриминацији, мада се неједнакост јавља у домену рада.

Једна од области у којима је неједнакост најзаступљенија у свету, па и на нашим просторима, је третман мушкараца и жена на раду.[7] Без обзира што формално изгледа да су мушкарци и жене код нас правно и фактички равноправни, у реалности се могу уочити многи проблеми и неправилности.[8] Европска унија је у погледу обезбеђења стварне једнакости мушкараца и жена на раду знатно одмакла у односу на нашу земљу. У овом тексту покушаћемо укратко да прикажемо основне комунитарне активности у тој области.

---

[4] Сл. гласник РС, бр. 33/2006.

[5] Чланом 8. Закона предвиђа се једнака доступност пословима запошљавања и једнаку доступност запошљавању независно од расе и других основа, међу којима су и брачно и породично стање и породична одговорност. У његовом другом ставу гарантује се једнака доступност пословима и једнакост у поступку запошљавања жена и мушкараца. Закон је објављен у Сл. гласнику РС, бр. 71/2003, 84/2004.

[6] Тај члан гласи: «Сви државни службеници су једнаки кад се одлучује о напредовању и награђивању и остваривању њихове правне заштите».

[7] Видети више: *Смернице о радном законодавству,* Међународна организација рада, Женева 2001, стр. 301-309.

[8] О овој проблематици видети више у нашим радовима: *Равноправност жена и мушкараца у области рада*, рад изложен као реферат на конференцији «У сусрет закону о равноправности полова – Европска будућност Србије», објављен у зборнику радова под истим насловом, Freedom House, Београд, 2006, стр. 72-83. и *Заштита једнакости запослених у документима ЕУ и Србије***,** Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2006, бр. 1-6, стр. 171-191.

Пре тога, ево неких података који илуструју неравноправност мушкараца и жена у свету и код нас. Две трећине радних сати у свету пружају жене, док зарађују само једну десетину светског прихода. Такође, жене чине 70% сиромашних људи на планети, па се оправдано говори о «феминизацији сиромаштва». Жене поседују само 1% светске имовине. У просеку раде код куће знатно више од мушкараца – преко 20 сати недељно, док мушкарци имају много мање породичних обавеза (највише у просеку су ангажовани Швођани – 18,1 сат, а најмање Јапанци – 3,5 сати недељно). Последњих година бележи се раст учешћа жена у слабије плаћеним делатностима (здравство, образовање) и у «флексибилним формама радног ангажовања», које због мање плате и лошијих услова рада називају «пословима другог реда» (послови на одређено време, по основу уговора о делу, повремени и привремени послови, сезонски послови). Повећано је и учешће жена у раду на црно и у сивој економији. Такође, знатно већи број незапослених чине жене.

Код нас, према подацима из 2005. године, 54,2% незапослених су биле жене. Када се упореди укупна стопа незапослености мушкараца и жена, она износи 1:1,5 са тенденцијом да период незапослености жена траје дуже него код мушкарца (2/3 особа које чекају на посао дуже од 8 година су жене). У Србији, уз запослење, жене у просеку током недеље раде 4 сата код куће, а викендом по 6 сати. Постоје и процене да, ако се радни дан рачуна 8 сати, жене су код куће ангажоване додатно око 15 радних дана сваког месеца. На положај жена указује и власништво – тек свака 13. жена код нас (7,8%) је власница аутомобила, а само 17% жена су власници станова. Уз то, запажа се раст женског сиромаштва у Србији, нарочито међу припадницима «невидљивих» друштвених група (жене на селу, старије жене, домаћице, Ромкиње, инвалиткиње, самохране мајке итд).[9]

Уз ове чињенице, потреба да се наш законодавац озбиљније посвети равноправности полова условљена је и тиме што смо прошле (2005) го-

[9] Подаци преузети из: ОЕБС – *Родна равноправност – Положај жена у Србији и Црној Гори* – стр. 6 -7 (издавач Мисија у Србији и Црној Гори - година издавања није наведена, око 2004); М. Докмановић, *Глобализација и економска и социјална права жена,* Женски центар за демократију и људска права, Србија, интернет часопис Глобализација.цом; *Gender Equality in the World of Work,* ILO Electronic Newsletter, International Labour Organisation, Geneva, No. 4. Jan. - March 2003, (www. ilo.org/public/english/bureau/gender), str. 25; др Зорица Мршевић, *Стандарди и механизми за постизање родне равноправности у демократским земљама,* ОСЦЕ, Београд, 2002, стр. 111; *Unifem's Report, Progress of the World's Women, 2002,* United Nations Developement Fund for Women, New York, 2002; И. Алексић и група аутора, *Конкурентност жена са децом на тржишту рада,* Глас разлике, Београд, 2002; Синдикални повереник, Рад, Београд, бр. 3124/257-258, 31. октобар 2005, стр. 48; *Социјални и економски положај жена Југославије*, децембар 2001, СЦАН, Нови Сад.

дине ратификовали Измењену Европску социјалну повељу (мада још није усвојена). Повеља у свом чл. 20. у оквиру наслова *«Право на једнаке шансе и једнаки третман у питањима запошљавања и занимања без дискриминације по основу пола»* предвиђа следеће:

«У намери да обезбеде ефикасно остваривање права *на једнаке шансе и једнаки третман у питањима запошљавања и занимања без дискриминације на основу пола,* стране уговорнице обавезују се да признају право и предузму одговарајуће мере ради обезбеђивања или унапређења његове примене у следећим областима: а) приступ запошљавању, заштита од отпуштања и професионална реинтеграција; б) професионална оријентација, обука, преквалификација и рехабилитација; ц) услови запошљавања и рада, укључујући награђивање; д) развој каријере, укључујући унапређења.» Уз то, у чл. 27. утврђено је и *«Право радника са породичним обавезама на једнаке могућности и једнаки третман»,* који има за циљ да обезбеди једнаке могућности и третман за мушкарце и жене раднике на свим пољима њихове каријере.[10]

На нужност доношења посебне законске регулативе о равноправности полова и већег државног ангажовања у том домену указује и чињеница да новоусвојени Устав Републике Србије, већ у свом првом делу – «Начела Устава», предвиђа као један од основних принципа «Равноправност полова». Чланом 15. Устава утврђено је да: *«Држава јемчи равноправност жена и мушкараца и развија политику једнаких могућности».*[11]

2. Регулатива ЕУ о једнакости полова

Још приликом настанка Европске заједнице једнакост плаћања мушкараца и жена била је прокламована као један од њених битних циљева – *Споразумом о Европској заједници,* чл. 119 (данас чл. 141).[12] Сем тога, према чл. 137. новелираног Споразума о ЕЗ, један од циљева Заједнице је једнакост између мушкараца и жена у вези са могућностима на тржишту рада и третманом на раду.

Најважнији општи документ Заједнице о социјално-економским правима – *Повеља Европске заједнице о фундаменталним социјалним пра-*

[10] Савет Европе прихватио је принцип једнаких могућности и када се ради о саставу његових органа и служби, у документу: Council Regulation 781/98 od 7. 4. 1998. OJ L 113 od 15. 4. 1999, стр. 4.

[11] Сл. гласник РС, бр. 98/2006.

[12] Видети: *«Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community»*, на Интернет адреси: http://europa.eu.int/.

вима радника, из 1989. године, у посебној тач. – 16. уређује је «Једнак третман мушкараца и жена». Повељом се предвиђају једнаке шансе за мушкарце и жене у радним односима, а нарочито код приступа запошљавању, плаћања, услова рада, социјалне заштите, образовања, професионалног усавршавања и развоја каријере. Такође, помињу се и мере за «помирење» породичних и професионалних обавеза.

Повеља о фундаменталним правима у ЕУ, из 2000. године садржи посебно поглавље – «Једнакост», у оквиру којег се члан 21. односи на «Забрану дискриминације»: «Забрањује се сваки вид дискриминације који се темељи на полу, раси, боји, етничком или социјалном пореклу, генетским особинама, језику, религији или уверењу, политичким или било којим другим ставовима, припадности националној мањини, имовини, рођењу, инвалидитету, животном добу или сексуалној оријентацији.» Следи, у истом поглављу, члан 23 – *«Једнакост између мушкараца и жена»* којим се предвиђа једнакост полова у свим областима – укључујући запослење, рад и плаћање (чл. 23, ст. 1). Ставом 2. истог члана дозвољавају се мере којима би се ишло на отклањање мање заступљености особа једног пола.

Уз ове акте, који спадају у тзв. примарно комунитарно законодавство, Европска Заједница, односно Европска Унија, донела је низ прописа тзв. секундарног законодавства (упутства, директиве и сл.) са циљем не само правног, већ и фактичког изједначавања полова у области рада (у том смислу у литератури се говори о остварљивој равноправности, реалној равноправности, равномерној заступљености полова итд).[13] Ту област директно или индиректно уређује 13 директива ЕУ, међу којима су најзначајније:

- *Директива 207/76 од 9. фебруара 1976. године о примени принципа једнаког третмана мушкараца и жена у погледу приступа запослењу, стручне обуке и унапређења, и услова рада (*новелирана *Директивом бр. 2002/73 ЕЦ),*
- *Директива 378/86 од 24. јула 1986. године о примени принципа једнаког третмана мушкараца и жена у професионалним системима социјалне сигурности,*
- *Директива бр. 85/92, из 1992. године, о унапређењу безбедности и здравља на раду за труднице, породиље и дојиље;*
- *Директива бр. 34/96, из 1996. године, о породиљском одсуству.*[14]

[13] О томе видети више: С. Јашаревић, *Равноправност жена и мушкараца у области рада, op. cit.*, стр. 72.

[14] Наведене директиве су, према горе наведеном редоследу, објављене у следећим ревијама ЕУ: 1) Official Journal L 039, 14/02/1976, p. 0040-0042. i OJ, L 269/15, od 5/10/2002; 2) Official Journal L225, 12/08/1986; 3) Official Journal L348, 28/11/1992; 4) Official Journal L145, 19/06/1996.

Поред ових докумената, донета је и *Препорука Савета 84/635 од 13. децембра 1984. о промоцији позитивних мера за жене,* а веома су значајне још неке директиве усмерене на сузбијање дискриминације у области рада, као што су: *Директива Савета бр. 78/2000 од 27. новембра 2000. године о установљавању општег оквира за једнак третман у запослењу и занимању*,[15] и *Директива Савета 43/2000 од 29. јуна 2000. године о примени једнаког третмана између лица без обзира на расно или етничко порекло.*[16] Наиме, дискриминација се често врши «укрштено», по више критеријума, тако да су жене уз дискриминацију према полу неретко додатно изложене неједнаком третману због њихове националности, расе, етничког порекла, узраста, инвалидности.

Изузетно значајну улогу има и *«Европски суд правде»* у Луксембургу (званично: Суд европских заједница). Европски суд правде се наметнуо као «квазилегислативни» фактор у комунитарном правном поретку, слично улози судске праксе у англо-саксонским земљама. Својим веома широким тумачењима докумената о равноправности полова Суд је исходовао промену поступања у многим земљама Уније (нпр. у вези са тумачењем принципа једнаког плаћања или изједначавања услова за одлазак у старосну пензију).[17]

Схвативши да само нормативне мере нису довољне да се успостави пуна равноправност полова, органи Уније су донели и низ конкретних програма са циљем да се поправи стање у тој области. Тако нпр. 1992. године сачињен је *«Кодекс праксе за сузбијање сексуалног узнемиравања на раду»*,[18] 1996. године Европска комисија донела је *«Кодекс праксе за примену принципа једнаког плаћања за рад једнаке вредности»*.[19] Комисија ЕЗ је 2000. године увојила *«Програм Заједнице за борбу против дискриминације (2001-2006)»,*[20] а исте године је усвојена и *«Резолуција са скупа Већа и*

[15] Objavljena u: OJ L 303, 02/12/2000, p. 0016-0022.

[16] OJ L 180, 19/07/2000, p. 0022-026.

[17] Sud je doneo više stotina odluka u ovoj oblasti. Prvi presuđeni slučaj odnosio se na belgijsku stjuardesu Gabrielle Defrenne protiv države Belgije, odluka od 25. maja 1971 (Case 80-70). О горе наведеном видети више: T. K. Harvey, *EC Law in Justifications for Sex Discrimination in Working Life*, Labour Law Congress 2002, International Society for Labour Law and Social Security, Stockholm, 2002, стр. 104. и В. Трстењак, *Надлежност и организација судова у Европској унији,* Европски правник, Нови Сад, 2006, бр. 1, стр. 66. Одлуке Европског суда правде видети на Интернет адреси: http//europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!celexnumdoc&lg=en&numdoc=62003JO519

[18] Official Journal C 27 of 04/02/1992.

[19] *A Code of Practice on the Implementation of the Equal Pay for Work of Equal Value for Man and Women,* Office for official publication of the European Communities, L 2985, Luxembourg.

[20] Одлука Комисије од 27. новембра 2000. године (Council Decision 27/11/2000).

Министара за запошљавање и социјалну политику о избалансираном учешћу жена и мушкараца у породичном и професионалном животу »[21]. Године 2001. доноси се *«Стратегија Заједнице за једнакост полова за 2001-2005»,*[22]а следећа година – 2007, проглашена је *«Европском годином једнаких могућности за све – према праведном друштву»*.

3. Заштита од дискриминације према полу у комунитарном праву

Кључни комунитарни документ за сузбијање дискриминације према полу је *Директива 76/207 о примени принципа једнаког третмана мушкараца и жена у погледу приступа запослењу, стручне обуке и унапређења, и услова рада* (даље: Директива). Према члану 1. Директиве каже се да је њен циљ обезбеђење *једнаког третмана за мушкарце и жене* у државама чланицама, у погледу приступа запослењу, укључујући напредовање, професионалну обуку и друге услове рада, па и у системима социјалне сигурности (где државе могу да поставе извесна ограничења). Једнак третман обезбедиће се не само *законодавством, већ и свим другим мерама, као што су административне мере, доношење политика* и другим активностима.

Према чл. 2. Директиве принцип једнаког третмана значи да *неће бити дискриминације по основу пола,* директне или индиректне засноване на брачном или породичном статусу. У даљем тексту дефинише се дискриминација, коју чине *непосредна и посредна дискриминација као и узнемиравање и сексуално узнемиравање*. Концепт дискриминације у овој Директиви је преузет из поменуте Директиве из бр.78/2000. године, на коју се у ствари остале директиве о дискриминацији ослањају (дефиниције и основне поставке те Директиве преузео је и наш законодавац у Закону о раду).

[21] *Resolution of the Council and of the Ministers for Employment and Social Policy meeting within the Council of 29 June 2000 on the balanced participation of women and men in family and working life.*

[22] Да би се постигао пун ефекат сваке године органи Заједнице били су фокусирани на једну област: за 2001-2 – на једнако плаћање, затим – помирење професионалног и породичног живота (2002-3); жене у процесу одлучивања (политички и пословни живот – 2003-4), родни (полни) стереотипи (2004-5). Видети: *Community Framework Strategy on Gender Equality - 2001-2005* (EU0007264F). European Commission, Office for Official Publications of the European Communities, L-2985 Luxembourg. ISBN 92-894-1107-4.

Одредбе о директној и индиректној дискриминацији (узнемиравању и сексуалном узнемиравању) представљају једну од главних новина у тексту Директиве из 1976, које су унете 2002. године. Наиме, у време доношења основног текса Директиве појам и концепт заштите од дискриминације није био разрађен. Према ст. 2. члана 2. *директна дискрими-нација постоји* када се једна особа третира неповољније по основу пола од друге, другачије него што би била или би требало да буде тетирана у упоредивој ситуацији. *Посредна дискриминација* постоји када наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса особе одређеног пола доводи у посебно неповољан положај у односу на лица другог пола, осим ако таква одредба, критеријум или пракса нису објективно оправдани легитимним циљем, а начини постизања тог циља су примерени и неопходни. Дискриминаторним поступањем се сматра и *навођење на дискриминацију* (тач. 4).

Дискриминацију, према тач. 6. истог члана, неће представљати различит третман по основу пола који се врши због природе професионалних активности, ако таква особеност представља *истински и одлучујући захтев посла,* а под условом да је *циљ легитиман а захтев адекватан* (нешто слично предвиђа и чл. 22. нашег ЗОР).

Напомиње се да се Директивом не дира се у одредбе о заштити жена, посебно у погледу материнства (тач. 7. чл. 2). Женама се даје право да се након породиљског одсуства врате на свој или одговарајући посао, под условима који нису неповољнији од ранијих (ст. 2. тач. 7). Дискриминацијом се сматра ако се жене у вези са трудноћом и материнством неповољније третирају него што је то предвиђено у *Директиви о унапређењу безбедности и здравља на раду за трудице, породиље и дојиље из 1992. године* (ст. 3. тач. 7). Такође, гарантује се и заштита из поменуте директиве о породиљском одсуству из 1996. и то *не само мајкама, већ и очевима или усвојитељима* (ст. 4, тач. 7). Из овога се може закључити да је суштина Директиве да отклони неједнак третман не само жена, већ и мушкараца тамо где постоји (нпр. код нас се у појединим државним органима и службама може запазити изразито неједнака заступљеност у корист жена).

Овако исцрпно одређење појма дискриминације омогућава да се штетно понашање лакше идентификује у пракси. Наиме, према запажањима МОР све више повреда дискриминационог карактера у области рада врши се на индиректан начин, а овај вид дискриминације се тешко уочава и доказује.[23] Из тих разлога *Европски суд правде* поставио је одређена *правила* о томе када се ради о дискриминацији на основу пола:

- различито поступање према запосленима различитог пола не би смело да буде субјективно постављено, тако да се заснива на индивидуалним особинама појединца;

[23] Смернице о радном законодавству, *op. cit.*, стр. 344.

- могу се уважити само оправдани економски аргументи или финансијски разлози за различит третман (као што су реално процењени резултати рада);
- мере којима се уводи разлика између запослених морају бити пропорционалне и разумне;
- различито поступање због пола запосленог мора да буде неопходно, односно да се није могло избећи;
- разлози за различито поступање према запосленима не смеју се генерализовати, већ их треба процењивати искључиво у складу са конкретним околностима.[24]

Чланом 3. Директиве уређује се обухватност принципа једнаког третмана. Он важи како за *јавни, тако и приватни сектор, укључујући и јавна тела*, а односи се на:

(а) услове за доступност запослењу, само-запошљавање или обављање делатности, укључујући и критеријуме избора и услове регрутовања, без обзира на врсту делатности и ниво професионалне хијерархије, укључујући унапређења;

(б) доступност свим врстама и свим нивоима професионалне оријентације, стручне обуке, вишем степену професионалне обуке и професионалне рехабилитације, укључујући и стицање практичног радног искуства;

(ц) услове запослења и радне услове, укључујући отказе и плаћање;

(д) чланство и укљученост у организације радника или послодаваца, или било коју организацију чији чланови обављају одређену професију.

Ако постоје прописи и административне уредбе супротне принципу једнаког третмана они морају да буду укинути, а исте такве одредбе уговора о раду, колективних уговора правилника и других аката којима се уређују права запослених, морају се прогласити ништавим или укинути (тач. 2. чл. 3).[25]

Посебна пажња у Директиви 207, као и осталим анти-дискриминационим директивама, посвећује се *брзој и ефикасној заштити жртве дискриминације.* То иначе сматрамо највећим недостатком нашег радног и процесног законодавства јер се у њему не уважавају у довољној мери све

[24] Видети више: M. A. Moreau, *op. cit*., стр. 154, 161.

[25] Наш Закон садржи сличну одредбу. У чл. 20. утврђује да се забрана дискриминације односи на: 1) услове за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла; 2) услове рада и сва права из радног односа; 3) образовање, оспособљавање и усавршавање; 4) напредовање на послу; 5) отказ уговора о раду.

специфичности дискриминационих спорова. Наиме, Закон о раду о томе има само једну одредбу – чл. 23, у којем је предвиђено да у случајевима дискриминације лице које тражи запослење и запослени, може да покрене поступак пред надлежним судом за накнаду штете. Сличну одредбу има и Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, чл. 21 – «Накнада штете због дискриминације у запошљавању»: «Лице које сматра да је дискриминисано по основима из члана 8. овог закона има право да у судском поступку захтева накнаду штете због дискриминације од послодавца који одустане од заснивања радног односа». И то је све о судској заштити и процедури у дискриминационим радним споровима.

Изложеним Законским решењима недостају одредбе којима би се запосленима који су жртве дискриминације обезбедила брза и ефикасна интерна и друга заштита, односно олакшало и убрзало доказивање дискриминације пред судом или другим органима. Примера ради, у нашем законодавству уопште се не говори о питању терета доказивања у дискриминационим споровима, а то значи да је терет доказивања на тужиоцу, као и у другим парницама грађанског права. Експерти МОР истичу да је ово питање кључно за борбу против дискриминације, као и да: «...терет доказивања може бити значајна препрека на путу остварења праведног и поштеног резултата у случају наводне дискриминације...».[26] То је мотивисало Европску заједницу да донесе посебну *Директиву бр. 97/80/ЕЗ, од 15. 12. 1997. о терету доказивања у случајевима дискриминације на основу пола,* по којој је терет доказивања на туженом лицу, односно послодавцу.[27] Такође, поменутом Директивом о једнаком третману из 2000. године, у чл. 10. утврђено је да терет доказивања у овој врсти спорова пада на тужену страну (тужена страна је дужна да докаже да није дошло до било каквог кршења принципа једнаког третмана).

Према Директиви, удружења, организације и друга правна лица могу, ако имају легитимни интерес, да се ангажују у судском или административном поступку заштите на страни запосленог или да га подрже, уз његову сагласност (тач. 3. чл. 6).[28] Предвиђа се и да ће државе чланице увести у њихове националне правне системе такве мере које су неопходне да се обезбеди заштита запослених и њихових представника од отказа или

[26] Видети у: *Смернице о радном законодавству*, *op. cit*., стр. 339.

[27] *Смернице о радном законодавству*, *op. cit*., стр. 343.

[28] Сличну одредбу садржи и наш ЗОР, када се ради о заштити појединачних права запослених. Чл. 195. се предвиђа право представника синдиката ако га запослени овласти, да покрене спор пред судом. Међутим не говори се о праву и других субјеката који штите права или интересе запослених да учествују у поступку, бар ако се ради о дискриминацији.

других мера одмазде као реакцију на покретање поступка због дискриминације (чл. 7).[29]

Да би заштита била ефикаснија, чланом 8. Директиве утврђено је да ће држава скренути пажњу запосленима на одговарајуће мере заштите (нарочито на месту рада). Предвиђа се и одговарајући надзор, односно оснивање *тела за праћење, анализу и подршку спровођења* једнаког принципа по основу пола. Томе би, према чл. 8б Директиве требало да помогне *унапређење социјалног дијалога* између социјалних партнера у овој области, нарочито путем закључивања одговарајућих колективних уговора. Такође, охрабриће се послодавци да на радном месту унапређују једнакост полова, као и да запосленима и њиховим представницима пруже одговарајуће информације о једнаком третману (тач. 3. и 4. истог члана). Заговара се и подстицање дијалога са заинтересованим невладиним организацијама (8ц).

У Директиви нису изостављене ни *санкције*, које су кључне да би остале одредбе заживеле. Каже се да би оне требало да буду *ефикасне, пропорционалне и примењиве (8д)*. Наше радно и кривично законодавство предвиђају одређене казнене мере у случају дискриминације, али нам се чини да се оне нису показале као ефикасне, односно да се довољно не примењују.[30]

Неколико речи о другом значајном поменутом документу о равноправности полова – *Директиви бр. 378/1986 о примени принципа једнаког третмана мушкараца и жена у професионалним системима социјалне сигурности.* Овај документ изазвао је велике промене у системима социјалне сигурности у земљама ЕЗ. Између осталог, на основу њега изједначене су године за одлазак у старасну пензију за мушкарце и жене (У Србији жене још увек могу да оду у пензију 5 година раније од мушкараца).[31]

Директива 378/1986 у свом првом члану уводи *принцип једнаког третмана* у професионалне системе социјалне сигурности организоване под окриљем државе (ст. 1. чл. 2). Као и у првом тексту раније поменуте директиве из 1976. године, изостало је дефинисање дискриминације.

---

[29] Код нас постоји извесна заштита код отказа, у чл. 183. према којем се, између осталог, пол, коришћење породиљског и сличних одсустава ради неге детета, обраћање органима надлежним за заштиту права из радног односа, не сматрају оправданим разлозима за отказ уговора о раду. Изостала је заштита од других некоректних поступака на раду од стране послодавца.

[30] Ради се о прекршајним одредбама у Закону о раду (чл. 273. ст. 1. ал. 1, ст. 2. и 4), а постоји и кривично дело «Повреда равноправности» у чл. 128. Кривичног законика Србије (о томе касније у главном тексту).

[31] Видети чл. 19. Закона о пензијском и инвалидском осигурању (Сл. гласник РС, бр. 34/2003, 64/20004, 84/2004, 85/2005, 101/2005).

Чланом 3. прецизира се да ће заштита обухватити *све чланове радне популације,* укључујући и самозапослена лица и лица чија активност је прекинута због болести, материнства, несреће или невољне незапослености, особе које траже посао, као и пензионере и раднике онеспособљене за рад. Једнак третман односи се на системе социјалног осигурања који пружају заштиту од болести, инвалидности, старости, повреде на раду и професионалне болести и незапослености (чл. 4), при чему су изузети појединачни аранжмани овог типа и шеме којима се обезбеђују додатне бенефиције (чл. 2).

У даљем тексту Директиве прецизира се *дејство принципа једнаког третмана.* Према чл. 5. то значи да не сме бити дискриминације на основу пола, било непосредне или посредне, нити она сме да буде везана за брачни или породични статус, када с ради о: 1) обухватности шема социјалне сигурности и условима за приступ у те системе; 2) обавези уплаћивања, обрачунавању доприноса и 3) утврђивању висине права. При томе не могу да буду искључене бенефиције које се односе на материнство.

У члану 6. Директиве наводе се *примери праксе супротне принципу једнакости*. То су нпр. одредбе којима се прави разлика на основу пола приликом:

- одређења особа које могу да учесвују у системима социјалне сигурности,
- утврђивања обавезности или добровољности учешћа у професионалним шемама социјалне сигурности,
- постављања различитих правила у погледу узраста као услова за учешће у осигурању или минималног периода запослења, односно периода чланства у шеми осигурања да би се остварила права,
- постављања различитих правила за уплаћивање доприноса, стицање бенефиција, утврђивање нивоа права,
- утврђивања неједнаких услова за добијање права или ограничавања права запосленима једног пола,
- прописивања различитих старосних услова за пензију,
- суспендовања примања права у току породиљског одсуства или одсуства из породичних разлога, постављања различитих стандарда за запослене одређеног пола.

Од држава чланица се захтева и да одредбе супротне принципу једнаког третмана у обавезујућим колективним уговорима, правилницима предузећа или било којим другим аранжманима који се односе на професионалне системе социјалне сигурности прогласе *ништавим или укину* и да се такве шеме не могу проширивати или одобравати административним

мерама (чл. 7). Предвиђена је и *заштита од отказа* у вези са овом проблематиком (чл. 11).[32]

Наше социјално законодавство је усклађено већим делом са приказаном директивом, осим у погледу година одласка за пензију. То је иначе једна од ретких области у којима се разликују стандарди МОР и ЕУ, а наше законодавство се уклапа у услове које постављају документи МОР. И заиста, има реалног основа да жене имају могућност да раније оду у пензију – по правилу много више су него мушкарци ангажоване око подизања деце и у вези са породичним обавезама. Међутим, уколико ступимо у чланство ЕУ, ова разлика мораће да буде отклоњена.

4. Заштита достојанства у праву ЕУ (узнемиравање, сексуално узнемиравање и мобинг)

Многе повреде једнакости врше се путем узнемиравања и сексуалног узнемиравања. Иако се узнемиравање и сексуално узнемиравање третирају као дискриминаторски поступци (што и јесу у ширем смислу),[33] у суштини представљају повреде достојанства.

У радном праву узнемиравање и сексуално узнемиравање представљају новију тематику. Први озбиљнији кораци непосредног уређивања узнемиравања на раду учињени су осамдесетих година прошлог века у САД и Канади, а у Европи су овакви прописи усвојени у последњој деценији XX века.[34] Ни Европска социјална повеља СЕ у свом првом тексту није имала одредбе о томе, да би Измењена Социјална-економска повеља из 1996. године предвидела у чл. 26 – *«Право на достојанство на послу»*:

[32] Видети примера ради: Пресуда Суда од 26. фебруара 1986. године – M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching). – Захтев за добијање претходног мишљења: Жалбени суд (Енглеска) – Уједињено Краљевство. – Једнаки третман мушкараца и жена – Услови који регулишу отпуштање - Случај 152/84, 61984J0152. Текст пресуде на нашем језику објављен је у: *«Приручник за Европско право»* који су превели Александра Чавоски, Ана Кнезевић Бојовић и Дусан Поповић, Београд, 2006.

[33] Према тексту Директиве из 2002, новој тач. 3. чл. 2. Директиве 207, узнемиравање и сексуално узнемиравање представљају дискриминацију.

[34] Психичко узнемиравање запослених било је најраније, посредно забрањено, у законима о радној околини Шведске и Норвешке од 1977. године. Видети више: Љ. Ковачевић, *Појам узнемиравања на раду у домаћем, упоредном и међународном праву,* Радно и социјално право, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2006, бр. 1-6, стр. 344.

«У намери да обезбеде ефикасно остваривање права свих радника на заштиту њиховог достојанства на послу, стране уговорнице се обавезују:

1. да унапреде свест, информације и спречавање сексуалног узнемиравања на радном месту или у вези са послом и да предузму све одговарајуће мере ради заштите радника од таквог понашања;
2. да подстичу свест, информације и спречавање поновљених прекорних или изразито негативних и увредљивих поступака усмерених притив појединих радника на радном месту или у вези са послом и да предузму одговарајуће мере ради заштите од таквог понашања.»

У комунитарном радном праву прву дефиницију узнемиравања, у оквиру појма дискриминације, дала је Директива ЕУ из 2000. о установљавању општих услова за једнак третман у запослењу и занимању. Према тој Директиви (чл. 2, тач. 3), узнемиравање (харассмент) се сматра обликом дискриминације «...када дође до нежељеног понашања по било којој основи наведеној у члану 1. које има за циљ или последицу нарушавања достојанства особе и стварања атмосфере застрашивања, непријатељства, деградације, понижавања или вређања.» Тај појам уграђен је 2002. и у Директиву бр. 207 о примени принципа једнаког третмана мушкараца и жена. Исту дефиницију преузео је и наш Закон о раду у чл. 21. ст. 2: «Узнемиравање, у смислу овог закона, јесте свако нежељено понашање узроковано неким од основа из члана 18. овог закона које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење.»

Сексуално узнемиравање није уређено Директивом из 2000, већ Директивом 76/207, будући да се ова повреда достојанства искључиво везује за пол, а не проблематику уређену Директивом из 2000 (једнакост по основу вере, инвалидности, старости или сексуалне оријентације). Према чл. 2. ст. 2. Директиве 207, *сексуално узнемиравање* заступљено је «када постоји било која форма нежељеног вербалног, невербалног или физичког понашања сексуалне природе, које има за циљ или ефекат повреду достојанства те особе или изазивање застрашујућег, непријатељског, деградирајућег или понижавајућег или насилног окружења.» Наш ЗОР преузима овај концепт у чл. 21: «Сексуално узнемиравање, у смислу овог закона, јесте свако вербално, невербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење».

Као што се види, наше дефиниције узнемиравања и сексуалног узнемиравања и оне из комунитарних докумената су подударне. За разлику од Србије, ЕУ се није зауставила на регулативи, већ се путем одлука Европског суда правде и другим мерама одлучно бори за пуно достојанство запослених (видети раније поменуте кодексе, резолуције и друге документе). Поред овога, у нашем новом кривичном законодавству учињен је, чини нам се, корак уназад у овом погледу. У новом Кривичном законику укинуто је кривично дело «сексуално злостављање», које је у Кривични закон РС било уведено априла 2003. године.[35] Сада се такво понашање може само индиректно санкционисати, у оквиру блудних радњи или кривичног дела *«Повреда равноправности»*.[36]

Конкретне активности у овом домену које би требало предузимати илустроваћемо примером раније поменутог *Кодекса праксе за сузбијање сексуалног узнемиравања на раду*, из 1992.године (који је донет на основу *Препоруке о заштити достојанства жена и мушкараца на раду* од исте године).[37]

Препоруке послодавцима:

- послодавци би требало да јавно пропишу да је сексуално узнемиравање забрањено и да запослени имају право да се жале због такве праксе;
- запосленима би требало објаснити процедуру приговарања и понудити помоћ, као и предвидети одговарајуће дисциплинске мере за починиоце;
- послодавци би запосленима требало да пруже гаранције да ће се такви захтеви третирати озбиљно, брзо и поверљиво и да ће лице које се жали на сексуално узнемиравање бити заштићено од одмазде;

[35] Сл. гласник СРС, бр. 26/77, 28/77, 43/87, 6/89, 42/89, 21/90. и Сл. гласник РС, бр. 16/90, 51/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/2002, 11/2002, 80/2002, 39/2003, 69/2003.

[36] Члан 128. Законика гласи: (1) Ко због националне или етничке припадности, раси или вероисповести или због одсуства те припадности или због разлика у погледу политичког или другог убеђења, пола, језика, образовања, друштвеног положаја, социјалног порекла, имовног стања или неког другог личног својства, другоме ускрати или ограничи права човека и грађанина утврђена Уставом, законима или другим прописима или општим актима или потврђеним међународним уговорима или му на основу ове разлике даје повластице или погодности, казниће се затвором до три године. (2) Ако дело из става 1. овог члана учини службено лице у вршењу службе, казниће се затвором од три месеца до пет година. Законик је објављен у Сл. гласнику РС, бр. 85/2005.

[37] Видети: *Recommendation on the Protection of the Dignity of Women and Men at Work, Including the Code of Practice to Combat Sexual Harassment* (Official Journal C 27 of 04/02/1992).

- важно средство борбе против сексуалног узнемиравања подразумева и обезбеђење одговарајуће обуке руководилаца и супервизора у вези са тим.

Препоруке синдикатима:

- сексуално узнемиравање би морало да буде третирано од стране синдиката озбиљно и сосећајно;
- очекује се да синдикати формулишу јасне ставове о политици борбе против сексуалног узнемиравања и да преузму кораке да се повећа свест о том проблему, као и да помогну да се успостави атмосфера у којој се сексуално узнемиравање не прикрива, нити игнорише;
- требало би да се синдикати јасно изјасне да се сексуално узнемиравање сматра непожељним понашањем и да информишу чланство о његовим последицама;
- корисно би било да синдикати у предузећима обезбеде довољно представника жена које би подржале запослене изложене сексуалном узнемиравању.

Уз спречавање тзв. дискриминаторског узнемиравања (где се сврстава и сексуално узнемиравање), последњих година у Европској унији веома је актуелна борба против *«моббинг»-а, односно психичког узнемиравања на раду.* Мобинг би се могао превести на српски језик као: морално злостављање, психолошко малтретирање, психолошки терор, а у народу се за овакво поступање користи и термин – кињити.[38]

Систематско научно истраживање «мобинга», почело је крајем прошлог века и везује се за немачког психолога *Лејмана* (*Heinz Leymann – 1932-1999)*.[39] Пре тога, термином мобинг означавало се понашање неких

[38] У земљама енглеског говорног подручја наилазимо и на термине «bullyng» (малтретирање ученика у школи), а у САД «employee abuse» – малтретирање запосленог, «workplace terrorism, workplace bullying,» itd. Реч мобинг (*mobbing*) потиче од енглеског глагола *„to mob“* који се преводи као бучно навалити, насрнути у маси, малтретирати некога и именице *„mob”* која значи руља, гомила, олош. Овај термин се у шведској, немачкој и италијанској стручној литератури обично прихвата без «превођења», а на нашем језику немамо још увек општеприхваћен термин (зато ћемо, као и када се ради о штрајку, користити интернационални израз). Видети више: *Increasing Focus on Workplace «Mobbing»,* European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2004, доступно на Интернету: www/eiro.eurofond.eu.int/about/2004/02&feature/it0402104f.html/; Дренка Вуковић, *Мобинг на радном месту,* ОЕБС, Семинар за запослене у инспекцији рада, Палић, 2006 (презентација) и Љ. Ковачевић, *op. cit*., стр. 344.

[39] Први је на психичко узнемиравање на раду указивао Бродски (Brodsky), још 1976. године (C. M. Brodsky, *The Harrased Worker,* Lexington Books, Lexington, 1976), преузето из: Љ. Ковачевић, *op. cit*., стр. 344.

врста животиња које се удружују против једног свог члана, нападају га и истерују из заједнице, терајући га понекад и у смрт (Tonrad Lorenz). Сличну појаву у радној средини Лајман је назвао мобингом, а одредио га је као: *«психички терор или мобинг је непријатељски или неетички вид комуникације који потиче од једне или више особа, систематски је усмерен против појединца који се због тога налази у беспомоћној и незаштићеној позицији, које се не може ослободити због поступака мобинга који се непрестано понављају.*[40]

Карактеристично је да се ови поступци врше често и током дужег временског периода. Уочено је 45 различитих активности којима се чини овакво понашање.[41] Мобинг се може вршити *хоризонтално* (између запослених), *вертикално* (од стране руководилаца), *појединачно и колективно, интерно* (унутар предузећа) и *екстерно*. Најраспрострањенији је у већим предузећима, а по правилу већину жртава чине жене.[42]

Последице мобинга су штетне не само по *запослене, већ и по послодавце и државу*. Негативни ефекти за запослене су менталне, психосоматске и социјалне природе, а нарочито се неповољно одражавају на здравље (бележе се и многа самоубиства – нпр. у восци у САД). МОР процењује да психолошко узнемиравање на послу предузеће од 1.000 запослених годишње кошта око 150.000 ЕУР. Неки истраживачи тврде да узнемиравани запослени смањује радни учинак за 60%, док се трошкови компаније повећавају до 180%. Високе трошкове има и држава за лечење жртава мобинга – у Немачкој овај проблем државу стаје око 100 милиона фунти, плус штета до које долази због изгубљених радних дана. Ту су и огромни трошкови лекова – антидепресива (у САД износе око 8 милијарди $ годишње).[43]

Због штетних последица мобинг је последњих година изричито забрањен у Белгији, Великој Британији, Француској, Шведској. У осталим земљама Уније и код нас углавном је посредно забрањен – актима о заштити здравља и безбедности на раду, односно одредбама о забрани дискриминације (пошто је овакво понашање често мотивисано дискриминацио-

[40] Видети: Д. Вуковић, *op. cit*.. и Љ. Ковачевић, *op. cit*., стр. 345.

[41] О начину вршења мобинга видети више: *Increasing Focus on Workplace «Mobbing», op. cit*., стр. 2, Коић Елвира и група аутора, *Mobbing,* Рад сигур., Загреб, бр. 7, 2003-06-10, ИССН 0352-3675, стр. 1.

[42] Његови најтежи починиоци су по правилу руководиоци, а врше га тако што нападају жртву у вези са обављањем посла, док се колеге више фокусирају на приватни живот.

[43] О поменутим последицама мобинга и о томе у појединим земљама видети више: Ибидем, S. Dunn, *What's Goint On With Mobbing, Bullying And Work Harassment Internationally,* 2003, доступно на Интернету: www/webpronews.com/ и *Increasing Focus on Workplace «Mobbing», op. cit*..

ним разлозима). У последње време мобинг се регулише и колективним уговорима (нпр. у Италији се практикује закључивање *«уговора о радној атмосфери»* у предузећима).[44] У судској пракси европских земаља појавиле су се и прве судске пресуде у којима је жртвама досуђена накнада штете због психолошког узнемиравања.[45]

Европска унија мобинг за сада само индиректно санкционише, у оквиру права радника на здраве, безбедне и достојанствене услове рада (чл. 31, тач. 1. Повеље о фундаменталним правима у ЕУ из 2000). Посредно га забрањује и *Директивом Савета 89/391/ЕЕЗ о увођењу мера за унапређење безбедности и здравља радника на раду.*[46] У припреми су измене ове директиве којима би се уредило питање психичког узнемиравања на раду, на основу *Резолуције европског парламента о узнемиравању на раду* и *Стратегије Заједнице о безбедности и здрављу на раду за период 2002-2006*.[47]

Тенденција да се уреди мобинг у Унији заснива се на истраживањима која су последњих година спроведена у многим њеним чланицама. Процењује се да је у Унији 13-15% радне снаге изложено психичком узнемиравању. Према подацима Европске фондације за унапређење животних и радних услова из 2000. године, 2% (3 милиона запослених) у Унији било је мета физичког насиља на радном месту, 4% (6 милиона) физичког насиља ван радног места, 2% (3 милиона) су били жртве сексуалног узнемиравања, а 9% радника било је мета мобинга. Према истраживању исте организације из 2001. у појединим земљама Уније ова појава била је распрострањена у следећим размерама: Велика Британија и Холандија – 14%, Финска -15%, Шведска – 12%, Француска и Ирска – 10%, Данска – 8%, Немачка и Луксембург – 7%, Аустрија – 6%, Шпанија и Грчка – 5%, Ита-

[44] За сада то није раширена појава. У Италији нпр. је међу гранским колективним уговорима само један уредио ову појаву – колективни уговор за јавну администрацију, којим је установљен мешовити комитет који ће се бавити мобингом. О регулисању мобинга видети више: *Increasing Focus on Workplace «Mobbing», op. cit*., стр. 1, 3. и 4. и Љ. Ковачевић, *op. cit*., стр. 349.

[45] Тако је нпр. један шпански суд (у Герони) запосленом досудио накнаду штете од 30.000 ЕУР због тога што је био принуђен да ради послове који нису у опису његовог радног места и који су испод његовог квалификационог нивоа. Други запослени, у Корији, добио је накнаду 4.500 ЕУР, зато што је био обавезан да ради у подруму без дневне светлости и вентилације. S. Dunn, *op. cit*.. стр. 1. поменутог документа на Интернету.

[46] OJ L 183, 29/06/1989, p. 1-8.

[47] European Parliament resolution on harassment at the workplace (2001/239 INI); Communication form the Commission – Adopting to change in work and society: A new Community strategy on helath and safety at work 2002-2006/COM/2002/0118 final/). Видети више у: Љ. Ковачевић, *op. cit*., стр. 356.

лија и Португалија – 4% итд.[48] Исто тако, мобинг је регистрован и у новим чланицама ЕУ, те је извесно да постоји и код нас. Због тога би било време да наш законодавац почне да размишља о уређењу психолошког узнемиравања на раду. Наиме, стрес који изазива мобинг се изузетно лоше одражава на здравље и продуктивност запослених (у Европској унији је октобра 2004. године закључен «*Оквирни колективни уговор о стресу на раду*»).[49]

5. Закључак

Наш законодавац последњих година посвећује већу пажњу спречавању дискриминације уопште и сузбијању дискриминације на раду. Узор за нова законска решења били су документи ЕУ. Међутим, ако се упореди наше и комунитарно право, може се запазити да се у уређењу борбе против дискриминације код нас још увек није отишло довољно далеко. Одредбе материјалног радног права о заштити од дискриминације не прати довољно ефикасна судска заштита и прилагођено процесно законодавство. Недостају и пратеће државне активности којима би се подржала борба против одређених видова неједнакости укорењених у пракси (неједнак третман жена, хендикепираних лица, «рањивих група»). Зато би било добро да се за ове области донесу посебни закони о заштити једнакости, као што је већ учињено када се ради о инвалидима. Такође, требало би убрзати судски поступак у случају дискриминације, «жртви» олакшати доказивање, заштитити је ефикасније од одмазде послодавца и одлучније санкционисати овакво понашање.

Поред тога, новија истраживања у земљама чланицама и самој Унији, указују да се озбиљније треба бавити заштитом достојанства запослених, односно сузбијањем узнемиравања и сексуалног узнемиравања на раду (о чему говори и наш нови Закон о раду). У тој области уочена је још једна изузетно штетна појава – мобинг (психичко узнемиравање на раду), појам који наше законодавство још увек не познаје.

[48] Наведени подаци су преузети из поменуте презентације Д. Вуковић.

[49] Закључиле су га репрезентативне организације запослених и послодаваца. Видети: *Framework Agreement on Work-related Stress,* Према подацима из додатка овог уговора стрес погађа и послодавце и запослене, а годишње му је изложено 28% запослених.

Senad Jašarević, Ph.D. Associate Professor
Novi Sad School of Law

Equal Treatment of Men and Women Eployees in Documents and Activities of the EU

Abstract

This text gives brief presentation of the EU legislation and activities on equal treatment of women and men at work. It also elaborates protection of dignity of male and female worker in the EU (harassment, sexual harassment, mobbing). The author compares Communitarian and Serbian legislation in that area and offers some suggestions for improvement of Serbian law and activities to be carried out by state.

343.9.02
323.28

Др Љубомир Стајић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОСМОДЕРНИ ТЕРОРИЗАМ, ОРГАНИЗОВАНИ КРИМИНАЛ И КОРУПЦИЈА КАО САВРЕМЕНИ БЕЗБЕДНОСНИ ИЗАЗОВИ, РИЗИЦИ И ПРЕТЊЕ

Сажетак: *Рад је посвећен теоријској обради новог схватања безбедности у светлу савремених догађања на глобалном нивоу. Настанак нових безбедносних изазова, ризика и претњи везује се за престанак Хладног рата и нестанак биполарне поделе света између два најзначајнија светска блока. Доминантна безбедносна претња током више од пет деценија долазила је од стране супротстављеног блока и била је изражена као нуклеарна претња. Основна карактеристика поменутог периода је то да је безбедност схватана као збир безбедности појединих држава или засебних блокова потпомогнута делимичним утицајем система колективне безбедности оличеном у ОУН. Поменути период карактеристичан је и по томе што је безбедност тога доба угрожавао „познати непријатељ“, што су били јасно постављени и разграничени циљеви и на крају што је умногоме постојала могућност предвиђања реакције супротстављене стране. Управо у овој чињеници видимо и основну разлику у односу на данашње, савремене, безбедносне претње које углавном долазе од стране недржавних субјеката (актера). Наиме, бећи број значајних опасности данас не долазе од стране једне или више држава већ од недржавних више-мање неконтролисаних субјеката. У раду је презентирана и подела нових безбедносних изазова ризика и претњи према датим критеријуми-*

ма. Такође, презентирана су три (по избору аутора) доминантна облика угрожавања безбедности. Постмодерни тероризам, организовани криминал и корупција данас иако имају исти назив и исти циљ као раније са собом носе потпуно нову енергију и квалитет угрожавања који својом снагом превазилази опасности које су до сада биле познате.

Кључне речи: *безбедност, тероризам, организовани криминал, корупција*

1. Увод

Настанак нових безбедносних изазова, ризика и претњи везује се за престанак Хладног рата и нестанак биполарне поделе света између два најзначајнија светска блока. Доминантна безбедносна претња током више од пет деценија трајања стања ни рата ни мира долазила је од стране супротстављеног блока и великих сила и била је изражена као нуклеарна претња са могућношћу катаклизмичког уништења не само супртотстављене стране већ и читавог човечанства. Основна карактеристика поменутог периода је то да је безбедност схватана као збир безбедности појединих држава или засебних блокова потпомогнута делимичним утицајем система међународне безбедности оличеном у ОУН. Без обзира на екстремну супротстављеност најмоћнијих супарника у смислу прокламованих циљева и идеологија поменути период карактеристичан је и по томе што је безбедност тога доба угрожавао „познати непријатељ“ (супротстављени блок, супротстављени систем, нуклеарна претња, супротстављена идеологија и сл.), што су били јасно постављени и разграничени циљеви (победити и Хладном рату) и на крају што је умногоме постојала могућност предвиђања реакције супротстављене стране. Једном речју непријатељ је био идеолошки супротстављен блок држава са одређеном углавном познатом силом и моћи. Управо у овој чињеници видимо и основну разлику у односу на данашње, савремене, безбедносне претње које углавном долазе од стране недржавних субјеката (актера). Наиме, бећи број значајних опасности данас не долазе од стране једне или више супротстављених држава већ од недржавних више-мање неконтролисаних субјеката који су се на овај или онај начин домогли оружја у времену распада Варшавског пакта, а као средство борбе за остваривање својих циљева изабрали су, рецимо, тероризам.

Начелно, све савремене безбедносне изазове ризике и претње можемо поделити на:

1. спољашње, унутрашње и комбиноване;
2. оружане и неоружане;
3. појединачне и удружене;
4. глобалне и локалне;
5. основне и потпомажуће (суплементарне),
6. актуелне и латентне;
7. сталне и повремене;

Због интезивних миграција, револуције у комуникацијама, могућности брзог путовања, слободног протока технологија (па и војних), веће порозности граница, великог јаза између различитих култура, вера и идеологија, безбедносни изазови ризици и претње данас нису само прости збир чинова (аката) угрожавања. Оне данас иако имају исти назив и исти циљ као раније са собом носе потпуно нову енергију угрожавања која својом снагом превазилази опасности које су до сада биле познате. То се најбоље види на примеру тероризма. „Либерални“ тероризам седамдесетих година и данашњи тероризам имају само име и циљ заједничко, док се његови домети, деструктивност, бруталност и жртве које носе разликују у вредностима које се множе индексом и више стотина пута. Тиме долазимо до новог појма који је већ заживео у безбедносној терминологији, а то је појам транснационалне претње којом нису угрожене само државе већ и читава међународна заједница. Практично, не постоји држава која за себе може рећи да је директно или индиректно ван утицаја тих претњи.

Следећа карактеристика савремене безбедносне слике у свету везана је за саме службе и системе безбедности где је у току прилагођавање (трансформисање) снага, служби и система безбедности новим безбедносним изазовима ризицима и претњама. Сведоци смо све чешћег признања најодговорнијих људи у водећим земљама света да је нова ситуација после Хладног рата затекла, донекле, неспремне службе безбедности и да су као такве доживеле бројна изненађења и учинила пропусте јер је њихова организација, метод и средства рада била усмерена на државе као противнике, а непријатељ се појавио у потпуно новом облику. Наравно, да је то захтевало хитне и корените промене и тај процес је у току и код најмоћнијих земаља света.

У литератури се као најважније транснационалне безбедносне претње наводе:

1. Нови тероризам, тзв. посмодерни тероризам

2. Илегални трансфер оружја и дуалних технологија
3. Пролиферација НХБ оружја и ракетних технологија
4. Орханизовани криминал
5. Илегалне међународне миграције
6. Производња и трговина наркотицима
7. Корупција и прање новца
8. Криминал у сфери информатике
9. Угрожавање животне средине

2. Нови тероризам – посмодерни тероризам

Као што је већ речено први талас савременог тероризма везује се за крај шездесетих година XX века тзв. „либерални тероризам“. Други талас са новим облицима, последицама и претњама везује за крај Хладног рата (почетак деведесетих година XX века) који настаје из три разлога.

1. Нестало је спонзорства супер сила и сателитских држава над терористичким и криминалним групама истог идеолошког основа које су служиле за изазивање и управљање кризама.
2. Раширене тежње националног и етничког сепаратизма за остваривање својих циљева, а што је последица премештања становништва, неравномерног демографског развоја, избеглиштва правцем север- југ и слично.
3. Вести се шире великом брзином чиме ефекат тероризма добија на значају што као резултат даје већу спектакуларност акција и остварење принципа економичности у смислу утрошка средстава и оствареног циља.

Може се рећи да је нова ера тероризма и борбе против тероризма у глобалним размерама настала после чувеног напада на САД 11.09.2001. године.

Та ера карактеристична је не само по енормном расту страха од сличних или још опаснијих акција које се најављују, већ и по томе што је тај догађај актуелизовао теоријско промишљање тероризма на глобалном нивоу. То промишљање праћено је двема тенденцијама. Прва је изградња нових концепата националне, регионалне и глобалне безбедности и друга је реконструкција постојећих система безбедности и њихово међусобно повезивање као акутни одговор на могуће опасности од тзв. постмодерног тероризма. Каснији догађаји 2003. и 2004. године само су потврдили оправданост ових потеза и предсказују развој будућег догађаја.

Постмодерни тероризам се у академским круговима и у пракси користи за означавање употребе оружја за масовно уништавање (ОМУ) – биолошког, хемијског, нуклеарног, радиолошког – која се очекује у будућности, У овом контексту све више се разматрају могућности сваког појединачног оружја, тако да се већ може говорити о биотероризму, хемијском тероризму, биохемијском тероризму, нуклеарном, радиолошком и сајбер тероризму.

Тврдње да ће савремени тероризам неизбежно довести до употребе ОМУ темеље се, према неким теоријским мишљењима, на следећим премисама:

- тероризам постаје све смртоноснији;
- терористи стално покушавају да унапреде своју технологију;
- број убијених и примена нових технологија у инцидентима је главни критеријум у рангирању успешности акције;
- све израженија пролиферација ОМУ;
- за супертероризам није потребно имати нуклеарно оружје.[1]

Нови облици савременог тероризма подразумевају и промене у организационој структури терористичких организација. Оно што је у претходно наведеном смислу остало исто јесте чињеница да су то и даље илегалне организације које се сматрају непријатељем број један држава које су угрожене тероризмом.

За разлику од ранијег периода када је руководство терористичке организације било централизовано и када је одређивало смер и стратегију деловања, данас се примећује тенденција децентрализованих руководстава где они представљају катализатор терористичке активности. Овај облик је изабран као оптималан за „преживљавање“ организације у случају нестанка руководства или привременог или сталног губитка комуникације са извршним делом организације.

Друга промена настала је као последица напретка у транснационалној комуникацији, трговини и саобраћају, па терористичке организације постају флексибилне, транснационалне мреже. Терористи сарађују у области финансирања, деобе обавештајних података, обуци, логистици, планирању и извршењу напада. Терористичке групе са циљевима усмереним ка једној земљи или региону могу добијати подршку од група орјентисаних ка другим земљама или регионима. Терористичка претња је истовремено еластична и дифузна због ове узајамно помагајуће динамичке мрежне структуре.

[1] Јовић, Р.; Савић, А.: *Биотероризам;* Институт за политичке студије, Београд, 2004, стр. 9-10.

Други ниво организације су регионалне групе које обухватају најмање две државе. Трећи ниво су терористичке организације глобалних размера и глобалних циљева. Облици сарадње између сва три облика своде се на:

- директну сарадњу (размена обавештајних података, и особља, стручна помоћ и коришћење истих извора и скровишта;
- промовисање истих идеолошких планова ка заједничком циљу;
- коришћење технолошких достигнућа.

Вероватноћа да ће нека терористичка организација користити биолошко и друго оружје за масовно уништавање знатно је порасла у постхладноратовском периоду. Мотивисане екстремним, чак и апокалиптичким идеологијама, неке терористичке амбиције за наношење катастрофалних последица изгледа да су неограничене.

Биотероризам изазива посебну забринутост због јединствене комбинације високог степена смртности релативно јединственог начина производње и могућности тајне употребе. Његова потенцијална деструктивност је толика да се данас сматра стратешком претњом, јер може да произведе патње широких размера.[2]

Под биотероризмом Р. Јовић и А. Савић подразумевају:

- примену биолошких агенаса у терористичким акцијама с циљем изазивања заразних болести код цивилног становништва или војних формација, животиња и биљака која се шире у облику епидемија и пандемија;
- примену биолошких агенаса као оружје за масовно уништавање и онеспособљавања противничких оружаних снага и снага отпора у ликалним и регионалним ратовима;
- војна, полицијска и научна истраживања биолошког оружја и злоупотребу научних сазнања у области генетског инжењерства с циљем производње „супер“ клица – убица људи;
- све облике нучних и квази научних експериментисања клицама, на животињама и људима;
- производњу и кријумчарење биолошког оружја.
- биолошко оружје представља ризик по националну и међународну безбедност зато што:
- се лако преноси контактом међу људима;
- може да утиче на здравље већег броја људи и да проузрокује висок морталитет;
- може проузроковати панику и рушење државног система;
- захтева посебне мере за припрему целокупног здравства.

[2] *Ibid,* стр. 33.

Исти аутори су извршили и класификацију биотероризма на три облика:

1. *Геноцидни облик* (употреба биолошких агенаса против људи);
2. *Зооцидни и фитоцидни облик* (употреба агенаса против животиња и биљака (агротероризам);
3. *Екоцидни облик* (употреба против животне средине).

3. Организовани криминал

Савремено доба карактерише висок степен динамичности и брзине развоја науке и технологије и њиховог повратног дејства на друштво. То нужно доводи до наглих промена квалитета и квантитета друштвених појава и односа. Поменуто се изражава и кроз експанзију и усложњавање негативних друштвених појава и њихових последица по безбедност као и њиховог „подизања“ на међународни ниво, чиме се (између осталог) угрожавају и прокламоване вредности међународне заједнице.

Данас се са сигурношћу може рећи да свет карактерише пораст нових проблема по питањима унутрашње и међународне безбедности. Никада до сада није било толико субјеката безбедности (државних, друштвених и приватних) нити толико технике и новца у служби безбедности и никада до сада свет није био толико угрожен. Савремени безбедносни проблеми су од ранијих задржали само име и биће свога дела, док је све остало различито у односу на ранији период. Данашњи облици угрожавања безбедности носе нову енергију (снажнију – разорнију по друштво) и нове опасности.

За разлику од ранијих облика организованог криминала када је примарни разлог бављења криминалом био новац, данашњи „велики“ криминалци имају и више новца него што могу да потроше. Разлог даљег бављења организованим криминалом је (поред примарног) моћ, односно жеља за ваниституционалним, ванправним, ванетичким и другим утицајима на државу и политику, односно заузимање положаја и утицаја у друштву које не могу стећи учествовањем у нормалним демократским процесима. Та нова негативна енергија и опасности које са собом носе изазивају последице које више ни једна земља не може да толерише.

Криминал као специфична негативна друштвена појава, представља унутрашњи неоружани и константни облик угрожавања безбедности. Један од његових најопаснијих видова (у домену имовинског криминала) јесте организовани криминал. Организовани криминал подразумева постојање криминалне организације која има више од два члана, с циљем

трајнијег вршења кривичних дела ради остваривања имовинске користи и одговарајућег утицаја, с тим што таква криминална организација, у циљу свог опстанка, мора да користи насиље или нека друга средства застрашивања или да успостави одговарајућу спрегу са државним, политичким, економским и финансијским субјектима, било корупцијом, уценом, изнудом било неким другим начином.[3]

Иако је традиционално схватан као унутрашњи облик угрожавања, организовани криминал све више поприма међународне димензије и утиче на безбедност и стабилност државе. Битним карактеристикама организованог криминала на почетку XXI века сматрају се:

1. Организовање традиционалних криминалних активности на ширем – глобалном нивоу;
2. Повећани степен транснационалних веза и облика сарадње између криминалних организација, и
3. Вишеструко увећање могућности транснационалних криминалних организација да утичу на безбедност држава, на поткопавање демократских институција, на успорење економског раста држава и сл.[4]

Међународна заједница, свесна опасности дефинисала је ово савремено зло и дала смернице за његово спречавање и сузбијање. Тако је 2000. године у Палерму донешена Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала[5] којом се овај савремени безбедносни проблем дефинише као криминалитет групе за организовани криминал, под којом се подразумева организована група од три или више лица, која постоји у извесном периоду и која делује споразумно у циљу чињења једног или више тешких злочина или кривичних дела утврђених у складу са датом конвенцијом (то су кривична дела за која је запрећена казна затвора од најмање четири године или тежа), ради задобијања, посредно или непосредно, финансијске или друге материјалне користи. Поред групе за организовани криминал, Конвенција дефинише и организовану групу која представља групу која није случајно формирана ради непосредног извршења кривичног дела, и која не мора да има формално дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру (члан 2. Конвенције). Поред овог, кривично дело је транснационалне природе уколико је:

---

[3] Бошковић, М.: *Транснационални организовани криминалитет*, Полицијска академија, Београд 2003, стр. 24.

[4] Ивановски, З.: Глобални димензии на организораниот криминал и кризата во Република Македонија, *Годишник на Факултетот на безбедност*, Скопје 2002, стр.127.

[5] *Службени лист СРЈ* - Међународни уговори бр. 6. од 27. 06. 2001.

1. учињено у више држава;
2. учињено у једној држави, али је већи део припрема, планирања, руковођења или контроле обављен у некој другој држави;
3. учињено у једној држави, али је у њега укључена група за организовани криминал која се бави криминалним активностима у више држава; или
4. учињено у једној држави, али су битне последице наступиле у некој другој држави (члан 3. Конвенције).

Полазећи од облика организовања (група, банда, организација, удружење и сл.), унутрашњег устројства (хијерархија, дисциплина, закон ћутања omerta и сл.), постављених циљева (приход, сталан финансијски доходак, остварени профит, политичке претензије и др.), метода деловања (корупција, изнуда, застрашивање, насиље и сл.) и квалитета успостављених веза (органи власти, државни органи, политичке партије и странке, привредни и финансијски субјекти и др.), могући су разни облици испољавања организованог криминала на унутрашњем и међународном плану.[6] Из овог се може закључити да организовани криминал међународних димензија може бити носилац више различитих облика криминалитета којима се директно или индиректно угрожава заштићеност више раличитих вредности државе, друштва и појединца. Самим тим, међународни, односно транснационални организовани криминал у теорији безбедносних наука бива сматран савремим безбедносним изазовом, ризиком и претњом, а као такав је идентификован и у стратегијама националне безбедности многих земаља. Многи аутори га сматрају озбиљном опасношћу и претњом по функционисање правне државе и по развој демократије у међународним размерама,[7] односно претњом међународном миру и стабилности.[8]

Организовани криминал, па и међународни, не представља појаву која је нова и непозната националним и наднационалним субјектима безбедности. Зашто онда постоје проблеми око његовог спречавања и сузбијања? „Нови“ организовани криминал у односу на „стари“ (чији су репрезенти Mafia и Comorra) је много сложенији и креће се у ширим географским оквирима. Нови *облици* организованог криминала су брзо захватили широке међународне размере јер се не ограничавају на „класичан“ илегалан промет и купопродају оружја, дроге, уметничких предмета, прање новца и проституцију што представља традиционалне активности италијанске ма-

[6] Бошковић, М.: *исто*, стр. 24.

[7] Ангелески, М.: Во борбата против организираниот криминалитет е потребен поорганизиран научно-стручен пристап, *Годишник на Факултетот на безбедност*, Скопје 2002, стр. 95.

[8] Zalisko, W.: Russian organized crime: The foundation for trafficking, *Police*, Bobit Publishing Company, Redondo Beach 2000, p. 19.

фије. Данас илегални промет нуклеарног материјала[9], хемијских супстанци и биолошких материја задаје највећу главобољу органима гоњења на међународном плану. Видови савременог организованог криминала су бројни:

1. организовани економски криминалитет типа криминалитет белог оковратника;
2. организовани економски корпорацијски (организацијски) криминалитет;
3. организовани криминалитет злоупотребе власти;
4. организовани војни криминалитет;
5. организовани нарко-криминалитет;
6. организовани криминалитет у вези оружја и муниције;
7. организовани криминалитет у вези накита и скупоцености;
8. организовани криминалитет у вези културно-историјских добара;
9. организовани криминалитет са радиоактивним материјалима;
10. организовани криминалитет у вези фалсификовања новца и хартија од вредности;
11. организована недозвољена трговина аутомобилима („ауто мафија“);
12. организована проституција и трговина белим робљем;
13. организовани криминалитет у вези изнуда (рекет);
14. организовани криминалитет у вези трговине људима;
15. организовани криминалитет у вези игара на срећу; итд.[10]

У оквиру постојећих видова организованог криминала бројни су облици који су најчешће повезани, испреплетани и у међусобној директној или индиректној узрочно-последичној вези. Тако се дешава да се приликом кријумчарења украдених аутомобила кријумчаре и у њима сакривено оружје, опојна дрога и нуклеарне материје који се продају на истом или различитом тржишту, а од илегално стеченог профита се финансирају терористичке организације и трговина „белим робљем“[11], а у све су, поред криминалних крупа, укључени и представници страних обавештајних служби и различитих хуманитарних организација.[12] У овом случају, орга-

[9] Познат је случај крађе 50 kg плутонијума из електране у Литванији, који је био напуштен и остављен у шуми. Осим тога, нуклеарне електране у Источној и Централној Европи нису добро чуване. Узнемиреност је кулминирала 1994. године, када је преко Интерпола поменута крађа извесних количина уранијума из нуклеарке у Чернобилу. Узнемирава и чињеница да су се распале фирме које су одговорне за руковање нуклеарним материјалима, остављајући тако простор за деловање организованог криминала.

[10] Ангелески, М.: *исто*, стр. 101.

[11] Бело робље представља жене и децу, ређе мушкарце којима се тргује с циљем њихове експлоатације кроз проституцију. То је појам ужи од трговине људским бићима.

[12] Арнаудовски, Љ.: Мегусловсност и мегузависност на тероризмот и организираниот криминалитет, *Годишник на Факултетот на безбедност*, Скопје 2002, стр. 92.

низовани криминал је повезан и са другим видовима криминалитета, попут еколошког и политичког. Овде се не сме заборавити да организовани криминалитет представља вид имовинског – класичног криминалитета у смислу крајњег циља постојања и деловања организованих криминалних група, а то је противправно стицање профита. Он је неидеолошког карактера и искључује постојање било каквог политичког или националистичког идеолошког деловања[13], те се, самим тим, искључује могућност поистовећивања са неким облицима политичког криминала, попут тероризма.

С друге стране, организовани криминал покушава да се *инфилтрира у политички систем* земље. То је могуће постићи на најмање два начина: финасирањем политичке и предизборне капмање одређених кандидата и корупцијом гласачког тела на изборима, односно исто тако, само са кандидатима који нису из криминалног окружења; и корупцијом или застрашивањем активних политичких фактора. У овом случају, код организованих криминалних група постоји тежња да своју економску моћ трансформишу у политичку са крајњим циљем да постигнути политички положај искористе за увећење економске моћи. Овде долази до повратног дејства узрока на последицу која се манифестује кроз акумулацију капитала „отетог“ од државе у рукама криминалне групе, односно њеног вође. Адекватним политичким одлукама носиоци организованог криминала бивају заштићени у вршењу своје криминалне делатности, односно, омогућује им се њено некажњено вршење. Најопаснији облик пенетрације организованог криминала у политичке структуре државе постоји у случајевима криминализације појединих чланова, па и већине владе једне земље. Политичке одлуке донете од стране државног врха с циљем омогућавања делатности организованих криминалних група на тај начин постају „квазилегалне“, и имуне од санкција унутрашњег права. Овде се не ради о организованом криминалу у ужем, већ у још ужем смислу, који би се слободно могао назвати *„државним криминалом“*. Овакви облици организованог криминала су нарочито опасни на међународном нивоу, уколико се транснационална организована криминална група инфилтрира у политички врх државе, односно у структуре међународних организација.

Посебан облик овакве пенетрације јесте инфилтрација у невладине организације. Оне на разне начине утичу на политичке одлуке земље кроз наводну борбу за заштиту одређених права извесних (интересних) група. За свој рад оне добијају новац, како од „својих влада“, тако и од земаља домаћина. При том су могуће разне злоупотребе финансијских средстава невладиних организација везано за илегалне, али и легалне послове орга-

[13] Шкулић, М.: *Организовани криминалитет*, Досије, Београд 2003, стр. 39, 58.

низованог криминала. У циљу малверзација на тендерима невладиних организација, развијене су разне махинације.[14]

Посебно је велика угроженост *економских система* земаља од транснационалног организованог криминала. Земље трпе извесне штете услед илегалних економских активности организованих криминалних група, а које се огледају кроз смањење прилива новчаних средстава у буџет земље преко наплате широког спектра пореза. На тај начин се индиректно утиче на безбедност земље у смислу стварања социјалне напетости, незадовољства, политичке нестабилности, кроз нижа издвајања финансијских средстава за субјекте безбедности. Поред тога, још опаснији облици угрожавања безбедности економских система земаља може се уочити у процесу транзиције. Наиме, већ поменуте везе у поличким структурама земље могу се искористити за стварање привилегованог положаја организоване криминалне групе у процесу приватизације. Тако се изузетно вредна индустријска постројења могу купити по багателној цени, известан број радника отпустити с посла, а производи продавати по знатно вишој цени. У овом случају, поред последица по економски систем земље, угрожавају се основна људска права радника и потрошача производа приватизоване индустрије. Несрећа по земљу је утолико већа уколико се противправно присвојени капитал легалним или нелегалним токовима изнесе из земље.

Као последица претходно наведених активности и тенденција организоване криминалне групе постају *неформални центри финансијске моћи*. Интересантан је податак који каже да је још давне 1979. године организовани криминал у Америци остварио приход од 168 милијарди долара што је више од националних доходака нпр. Аустрије, Данске, Грчке.[15] Организовани криминал у Русији спречева транзицију ка демократији, ограничава лична права и слободе, онемогућује економију отвореног тржишта и легалне стране инвестиције, ограничава слободне изборе и слободу штампе, а прети и финансијској безбедности Русије.[16] Инфилтрација противправно стеченог профита у финансијске и банкарске токове земље може итекако утицати на њену безбедност. Неизоставни пратилац илегано стечених профита јесте „прање новца“. Овај феномен је у директној повезаности са другим облицима угрожавања безбедности: тероризмом, коруп-

[14] Нпр.: Влада финансира невладине организације које се залажу за осавремењавање услова живота и образовање хендикепираних лица, и поверава јој послове око набавке савремене опреме, која се на крају купује од неке криминалне организације по знатно вишој цени од најниже на тржишту.

[15] Кокољ, М.: „Осврт на стање организованог криминалитета у неким државама света“, у: *Организовани криминалитет и корупција*, Српско удружење за кривично право (Зборник радова са научног скупа на Копаонику), Београд 1996, стр. 45, 53.

[16] Исто.

цијом, недозвољеним прометом дрога и оружја и сл. Појава прања новца спада у групу безбедносних проблема који омогућују да у блиској будућности настану још опасније појаве угрожавања безбедности како на унутрашњем, тако и на међународном плану.[17]

У овом и сличним случајевима јавља се нови феномен који тек треба истражити а то је: како и колико поједини облици угрожавања условљавају и омогућавају настојање, опстанак и развој других облика угрожавања. Односно, може ли се деловањем на један облик зауставити настојање и развој другог облика угрожавања.

Следећи проблем, с безбедносног аспекта, везан је за *динамичност структуре организованих криминалних група*. Наиме, организациона структура традиционалних криминалних организација заснивала се на пирамидалном устројству са строгом хијерархијом и поделом дужности.[18] Временом је дошло до структуралних промена: уместо једне велике „пирамиде“ сада постоји више малих „пирамида“ које су међусобно повезане заједничким интересима. Претходно вертикално, замењено је хоризонталним устројством. Промене проистичу из: 1) спроведених мера за искорењивање криминалитета, и 2) потреба за развојем унутрашњих структура које највише одговарају конкретним криминалним делатностима.[19] То може имати разне импликације на безбедност:

- временом може доћи до поделе послова и територије те су разоткривањем једне, остале криминалне групе заштићеније;
- може доћи до међусобних сукоба и оружаних разрачунавања међу припадницима различитих „кланова“ чиме се повећава укупна безбедносна проблематика;
- мање су шансе за разоткривање мале криминалне групе од оне која је већа;
- дошло је до одвајања легалних финансијских управљачких делатности од оних које су повезане са криминалним делатностима, и др.

Анализом резултата истраживања Центра за међународну превенцију криминала Уједињених нација који се односе на транснационалне организоване криминалне групе у Европи, може се доћи до занимљивих

[17] Стајић, Љ., Јовашевић, Д.: Безбедносни и правни аспекти прања новца, *Наука-Безбедност-Полиција* No 1, Полицијска академија, Београд 2003, стр. 94.

[18] О организацији и структури криминалних организација типа Mafia опширније у: Бошковић, М.: *Организовани криминалитет* (други део), Полицијска академија, Београд 1998, стр. 103.

[19] Heijden, T.v.d.: „Merenje organiziranega kriminala v zahodni Evropi“, *Proučevanje in primjeralni vidiki policijske dejavnosti v svetu*, Visoka policijsko-varnostna šola, Ljubljana 1998, str. 243.

закључака о структури и битним облежјима овог савременог безбедносног проблема.[20] Наиме, истраживачки тим Уједињених Нација дошао је до закључка да се све транснационалне организоване криминалне групе могу сврстати у пет типологија. Критеријум ове типологизације била је структура криминалних група, на основу чега се могу идентификовати следеће:

1. *Стандардна хијерархија*: самостална хијерархијска група са јаким интерним системом дисциплине.
2. *Регионална хијерархија*: хијерархијски структуриране групе са јаким унутрашњих нивоима контроле и дисциплине, али са релативном аутономијом када је реч о регионалним компонентама.
3. *Групна хијерархија*: скуп криминалних група које су међусобно успоставиле систем координације и контроле (од слабог до јаког интензитета) свих својих различитих активности.
4. *Језгровита хијерархија*: релативно уско организована, али неструктурирана група окружена, у неким случајевима, мрежом појединаца који су ангажовани у криминалним активностима.
5. *Криминална мрежа*: лабава и флуидна мрежа појединаца, која често привлачи људе са посебним вештинама који у текућим криминалним пројектима преузимају на себе одређене задатке и функције.[21]

1. **Стандардна хијерархија** је најчешће идентификовани облик организованих криминалних група у датом узорку. Карактерише је један вођа и релативно јасно дефинисана хијерархија. Системи интерне дисциплине су стриктни. Јаки социјални или етнички идентитети могу се наћу у њима иако то није увек случај. Постоји релативно јасна подела задатака и често неки облик интерног кодекса понашања иако то може да буде имплицитно и не званично забележено. У скоро свим случајевима, стандардне хијерархијске криминалне групе имаће име по коме су познате како свом чланству тако и појединцима ван њих. Величина сваке групе може да варира од релативно малог броја чланова (само неколико лица) до неколико стотина њих. У већини случајева, међутим, стандардна величина била би од 10 до 50 чланова. Склоност ка корупцији с циљем олакшања примарних активности групе веома је изражена.

[20] У наредном делу текста биће приказани закључци до којих се дошло кроз анализу резултата овог истраживања. Слике су такође преузете из овог рада: *Assesing Transnational Organized Crime: Results of A Pilot Survey of 40 Selected Transnational Organized criminal groups in 16 Coutries*, Centre for International Crime Prevention, United Nations Office at Vienna, Vienna 2002.

[21] *Исто*, p. 35.

Представници криминалних група оваквог типа су Кинеске и источноевропске групе из Русије, Бугарске, Литваније и Украјине.

2. **Регионална хијерархија.** Иако је реч о хијерархијској криминалној групи са релативно стриктним линијама командовања из центра, постоји одређени степен аутономије у регионалним организацијама које су под контролом групе. Тај ниво аутономије варира, али је обично ограничен менаџментом центра који свакоднево варира. Структура контроле у центру често се копира на регионалном нивоу. Степен интерне дисциплине је висок, а упутства која долазе из центра генерално надгласавају сваку регионалну иницијативу. Регионалне хијерархије, с обзиром на њихову географску дистрибуцију, генерално имају релативно велики број чланова и сарадника. Групе често имају јак социјални или етнички идентитет. С обзиром на њихову регионалну раширеност, ове групе се лако ангажују у вишеструким активностима, у чијој реализацији насиље има кључну улогу.

Представници ове типологије су транснационалне организоване криминалне групе из Азије (Јамгучи-Гуми) , Аустралије (Јапанске Јакузе) и Италије.

3. **Групна хијерархија** је удружење више организованих криминалних група на чијем се челу налази неко управљачко или надзорно тело. Групе у оквиру ове структуре могу да имају различите структуре, али је обично реч о групама са стандардним типом хијерархије о коме је претходно било речи. Уређење које важи за групу може да иде од флексибилне структуре типа кишобрана до постојања неког строжијег контролног тела, и унапред је предвиђено. Степен аутономије криминалних група које чине кластер релативно је висок, али кластер ипак има јачи идентитет него његови конституенси. Групне хијерархије могу да настану када велики број појединачних криминалних група почне да дели тржиште или регулише међусобне сукобе. Међутим, временом кластер почиње да поприма неки свој лични идентитет. С обзиром на број група које су укључене и потенцијалну географску разноврсност треба очекивати да ће се све групне хијерархије ангажовати у вишеструким активностима и да ће имати релативно велики број чланова. Групне хијерархије су релативно ретке и могу да буду подложне интерном надметању или полицијским интервенцијама које користе неслогу између њих. Формирање структуре је чврсто повезано са социјалним и историјским контекстом.

Репрезенти ове типологије су затворска банда Двадесетосморица из Јужне Африке, Зиберманова група из Русије и Италијанска група у Немачкој.

4. **Језгровита хијерархија**. Криминалне групе у оквиру ове типологије обично се састоје од ограниченог броја људи који образују једну релативно чврсту и структурирану групу за спровођење криминалних операција. Око те групе која чини језгро може постојати велики број придружених чланова или једна лабава мрежа која се с времена на време користи у зависности од конкретне криминалне активности. Може постојати и интерна подела активности између чланова језгра. Групе које се налазе у језгру обично су са ограниченим бројем људи и сасвим мале (око 20 људи или мање) те се лакше ангажују у појединачним или здруженим криминалним активностима. Интерна дисциплина се одржава захваљујући малом броју чланова групе и употреби насиља иако ово друго није толико изражено као у стандардној хијерархији. Групе које се налазе у језгру обично имају слаб или никакав социјални идентитет и њихова структура и функционисање у потпуности су подређени интересима малог броја људи који су за њих одговорни. Такве групе често немају име, ни за своје чланове нити за спољне сараднике. Реч је о лабаво структурираним криминалним операцијама под контролом мањег броја кључних играча окружених једним ширим кругом људи. Такве групе су стриктно оријентисане ка профиту и опортунистички се понашају, тако да се баве и илегалним и легалним активностима сходно томе из којих се активности у датом тренутку може извући већи профит. Чланство оваквих група је релативно слободно и флуидно: појединци или групе њих почињу да раде заједно на основу заједничких економских потреба. То значи да они могу да буду чланови групе или не у зависности од околности. На тај начин синдикат може да непрестано црпи нове људске ресурсе и да захтева од својих чланови нове вештине и знања сходно измењеним приликама и променама на тржишту.

Представник ове типологије је Меклинов синдикат из Аустралије.

5. **Криминалне мреже** се дефинишу активностима кључних појединаца који се ангажују у илегалним активностима склапањем често променљивих савеза. Такви појединци не морају себе да сматрају припрадницима неке криминалне групе нити да их људи са стране сматрају криминалном групом. Критеријум окуљања у групу је лична оданост, а мање социјани, односно етнички идентитет. Ипак, они се окупљају око серије криминалних пројеката. Природа и успех у криминалним активностима тих мрежа тешко се могу одредити на основу индивидуалних карактеристика и способности оних који делују као њихови саставни делови. Мреже се обично састоје од онолико чланова колико је потребно за релативно лако руковођење иако, у многим случајевима, различите компоненте мреже могу да не сарађују блиско, али да буду повезане посредством неке треће особе или

више других људи. Лична оданост и везе су од суштинског значаја за очување мреже и кључни детерминанти међусобних односа. Требало би напоменути, међутим, да различити људи унутар мреже немају исти значај и да се мрежа обично формира око кључних појединаца посредством којих се и одвија највећи део активности мреже. С тим у вези, долази до реформи мреже након њеног напуштања од стране кључних појединаца. Овакве мреже често немају никаво име, те су због тога ниско профилисане у јавности.

Хијерархијске структуре се вероватно лакше детектују од стране полицијских и судских органа, а хијерархија ће се распасти уколико се неки специфични појединци или мање групе на врху тих хијерархија уклоне. Насупрот томе, када је реч о криминалним мрежама, полицијски и судски органи могу лакше да идентификују активности кључних појединаца и када су они ухапшени или су предмет кривичног гоњења, мрежа се просто и сама од себе реформише и окупља око нових појединаца и активности. Представници ове типологије су Меиј Верхагенова група из Холандије као и неке групе са Кариба.

Следећа специфичност интересантна с аспекта безбедности односи се на *проблеме сузбијања* транснационалног организованог криминала. Наиме, експанзија транснационалног организованог криминала затекла је многе државе и њихове органе социјалне контроле организационо и функционално неспремне за благовремено и адекватно супротстављање. Типичан пример овог су новонастале државе на простору бивше СФРЈ. То је захтевало доношење нове и адекватне законске регулативе која се односила на забрану појединих криминалних активности (нових облика и садржаја) са једне, и доградњу, реорганизацију и проширивање старих и давање нових овлашћења државним органима са друге стране. Међутим, ни то није довело до елиминације организованог криминала. Могуће решење овог проблема налази се у успостављању међународне сарадње између одређених субјеката безбедности више земаља. Разлози за то су бројни:

- код носиоца транснационалних криминалних активности концентрисани капитал је већи него материјална средства субјеката безбедности која су ограничена буџетском политиком државе;
- субјекти безбедности у многим земљама по правилу „касне један корак“ за организованим криминалом по питању поседовања коришћења савремених научних и техничко-технолошких достигнућа;
- постоје мишљења да се у супротстављању организованом криминалу морају користити исте методе које криминалне групе користе у обављању криминалне делатности. Међутим, субјекти система без-

бедности су у свом раду ограничени правном нормом, тј. законском регулативом у погледу својих овлашћења, и у борби против криминала не могу користити методе криминала засноване на безкурпулозном кршењу законских прописа и етичких норми;

- деловање субјеката безбедности ограничено је територијалном надлежношћу матичне, и суверенитетом суседних и других држава, па стога не могу интервенисати ван своје земље, што за транснационални организовани криминал не представља никакву баријеру;
- савремени транснационални криминал се испољава кроз организоване форме чије су структуре за разлику од структура субјеката система безбедности знатно хомогеније, са често бољом и успешнијом сарадњом и координацијом њених сегмената (група). Свеснији су неопходности поштовања унутрашњих, неписаних правила понашања што све проистиче из заједничких циљева и интереса криминалних организација. Код њих не долази до корупције, прекорачења и злоупотребе овлашћења, избегавања радних дужности и обавеза, незадовољства ниским примањима и лоше сарадње као што је то случај у структурама система безбедности;
- међународна сарадња између носиоца националног и транснационалног криминала је у многоме ефикаснија него ли између субјеката безбедности две различите државе. Док се између субјеката безбедности две земље јавља конкуренција што доводи до ограничене кооперације, између криминалних организација две земље или делова једне криминалне организације у више земаља налазе се заједнички интереси, који се најчешће огледају у илегалном профиту што доводи до квалитетније координације активности усмерених на реализацију заједничких циљева.
- међународни субјекати примарно економског карактера као што је то случај са неким мултинационалним компанијама, могу да се у оквиру своје редовне делатности баве и криминалним пословима (класични привредни криминалитет), или им је компанија само „покриће“ за скривање криминалних активности или за прање новца стеченог на противправан начин. У оваквим ситуацијама је деловање националних субјеката безбедности делимично ограничено с обзиром на чињенице да кривично дело има елементе иностраности, а да субјекти безбедности надлежни за расветљавање само неких елемената криминалних радњи (или припремне, или извршне

радње, радње помагања и сл.) који су се десили на територији надлежне државе.[22]

Узимајући у обзир комплексност актуелне проблематике организованог криминала и њену изражену интернационалност, нарочито на подручју Западног Балкана, то је, као један од нужних предуслова за његово сузбијање неопходна међународна – регионална сарадња. Имајући у виду стање безбедности на подручју бивше СФРЈ у последњој деценији XX века, и мултиетничке и мултикултуралне конфликте на истом подручју, ефикасност реализације регионалне сарадње може бити неизвесна. Међутим, оно што је у интересу свих земаља овог региона јесте сузбијање, искорењивање или бар стављање под контролу транснационалног организованог криминала који нема проблема овакве природе. То се може постићи успостављањем адекватне сарадње полицијских, судских и органа надлежних за контролу прелажења државне границе.

4. Корупција

Корупција је појава која се јавила са настанком друштва. Одржала се у свим друштвеним системима и може се наћи не само у најширим него и у најмањим друштвеним групама. То је појава која, по исказима еминентних стручњака, у данашњим условима, узима велике размере и јавља се у скоро свим сферама живота. При том, што је већа и значајнија друштвена област у којој се јавља, већа је опасност по само друштво.

Штавише, многи аутори доказују да то постаје међународни проблем значајнији чак и од тероризма и организованог криминала

Вековима је застрашивање представљало једини вид одвраћања од корупције. Кривци за таква дела били су погубљени исто као убице или непријатељи државе. Тако оштре казне, међутим, нису дале адекватне резултате. Ово због тога што су појаву и развој корупције углавном одређивали политички носиоци моћи својом вољом, док су законски чиниоци ту веома мало утицали.

Корупција је и данас најприкривенија врста криминалног понашања. Висок степен прикривености одређен је чињеницом да су, и онај који даје и онај који прима, подједнако заинтересовани да се о њима не сазна.

Све то навело је многе земље у свету да се позабаве тим проблемом, па се може рећи да је општи став да методе и облици корупционашког по-

[22] Мијалковић, С.: Осврт на облике и правце развоја међународне полицијске сарадње, *Безбедност* бр. 2/2003, стр. 187.

нашања предњаче у односу на средства и методе њеног сузбијања. Највећи део расправа о корупцији води се око тога колико је она озбиљна, како је открити и шта чинити са онима који у њој учествују. У ту сврху многе земље, у последње време, на највишем државном нивоу, дефинишу своју стратегију у борби против корупције. При том, полази се од чињенице да мали број откривених кривичних дела не приказује реално стање. С правом се претпоставља да је тај број незнатан због тога што је садашњим методама тешко открити и доказати корупционашку активност. Посебно, оне видове где су умешани представници власти појединих земаља. Корупционашку активност, у смислу злоупотребе информација (нарочито у трговини), злоупотребе лицитација, кршење правила о економским везама и сл., тешко је доказати, најчешће, због неадекватности или неприменљивости контролних механизама, недефинисаног система компентенција и других разлога.

Сузбијање корупције само преко кривичних закона сматра се недовољним и неадекватним начином борбе против ове појаве. Данас се у свету све више укључују средства других грана права, нарочито уставног, управног, радног и грађанског, као и прописа из области финанасија. Претерано истицање репресије сматра се контрапродуктивним и ствара убеђење да је борба против корупције искључиво ствар полиције, судова и тужилаштава, а не проблем целог друштва. Напори који се чине на том пољу резултирају дефинисањем различитих програма како би се искоренила корупција из јавног живота, посебно елиминацијом злоупотреба јавне функције за шта су везани велики корупционашки скандали. Неке земље су отишле толико далеко да су овакве ставове унеле и у устав.

Због повећане свести о корупцији, као и о ефектима њене штетности у последњих двадесетак година, организован је велики број међународних конференција не само на националном него и на интернационалном нивоу. Хитност потребе за борбом против корупције, као и озбиљне препреке ефикасној међународној сарадњи у тој области, приморали су највише међународне институције да се више баве тим проблемом. Тако су се феноменом корупције у националним и интернационалним размерама бавили: Организација уједињених нација, ОЕЦД, Европски савет, Европска унија и друге.

Заједнички именитељ свих расправа јесте да највеће препреке у борби против корупције потичу због:

- непостојања прецизне и јединствене међународно признате дефиниције корупције,
- немогућности да се утврди одговорност подмићивања страних службеника у међународним размерама и

- неједнаког третирања одговорности корупције у приватном сектору.

На питање шта се тачно подразумева под појмом корупције, каква је њена правна природа, шта је карактерише, ко су носиоци ове појаве, односно вида, у суштини, привредног криминалитета, који су узроци њеног настанка, трајања и промена, какве су последице ове појаве (посредне и непосредне), како је сузбити и којим средствима то учинити, ни у науци ни у пракси још нема потпуних одговора. Корупција је најопаснији вид привредног криминалитета а карактеришу је прикривеност, променљивост, висок степен друштвене опасности, мноштво појавних облика, широка распрострањеност и интернационализација, тешко доказивање у кривично-правном смислу, користољубивост, перфидност (лукавство) учиниоца и специфичан објект који угрожава корупција, као што су законито функционисање државних и привредних институција и служби.[23]

Ludovit Hudek (1995) својом дефиницојом ближе објашњава појаве које корупција обухвата. Према његовом мишљењу, корупција, осим најчешће идентификације са појмом подмићивања, подразумева и заштиту (патронат над неким), сукоб интереса, задовољавање приватних пословних интереса преко јавне службе и стицање нелегалних прихода на основу вршења функције у јавној служби, стицање користи на одговорној функцији у државном предузећу задовољењем приватних пословних интереса и крађом. Осим тога, у корупцију спада и стицање материјалне добити злоупотребом положаја, крађом службеника у државном сектору, одржавањем неетичких контаката са приватним сектором (рецимо, примајући провизију да би се закључио неки уговор), подмићивање у случају да држава одлучује о појединим правима неког правног и физичког лица, злоупотреба информација које су важне за трговинска и пословна питања (а до којих је јавни службеник дошао преко своје функције или положаја), спречавање конкуренције или неких других активности.

Проучавањем феномена корупције, може се закључити да је, упркос очигледној универзалности корупције, тешко доћи до споразума о заједничкој дефиницији.

Као што је В. Ј. Гардинер (1991) рекао *„ниједну дефиницију корупције неће подједнако прихватити у свакој земљи“*.

Упркос тој чињеници, током неколико протеклих година учињени су различити напори да се то промени. Ти напори резултирали су одређеним дефиницијама које су ушле у састав многих међународних докумената. Тако, нпр., члан 1 Нацрта конвенције Уједињених нација садржи следеће клаузуле:

[23] Јелачић М.: Корупција – друштвено-правни аспекти и методи супротстављања, МУП Републике Србије, Београд, 1996, стр. 42.

Свака земља чланица преузима обавезу да следећа дела учини кажњивим преко одговарајућих казни:

- нуђење, обећавање или давање било каквог новчаног износа, поклона или неке друге вредности од стране било ког приватног лица, у његово име, или у име било ког предузећа, или од стране било ког правног или приватног лица, неком јавном службенику или њему у корист, као незаконит утицај на извршење или уздржавање од извршења његових дужности;
- директно или индиректно изнуђивање, захтевање, прихватање или примање било каквог новчаног износа, поклона или неке друге вредности од стране јавног службеника у сврху незаконитог извршења или уздржавања од извршења својих дужности.

Савет ОЕЦД-а је, сходно својим Препорукама о подмићивању, усвојио следећу дефиницију: *„Подмићивање може обухватати директно или индиректно нуђење или обезбеђивање било какве материјалне користи или неке друге вредности дате страном јавном службенику, који крши своје законите дужности, с циљем да се добије или задржи неки посао.“*

Мада су ове клаузуле ограничене на међународне трговинске и пословне трансакције и можда не обухватају сва средства и методе корупције, оне неспорно нуде помоћ која је неопходна да се установи груба дефиниција корупције.

Шире и прецизније дефиниције о корупцији које би са становишта теорије вероватно биле пожељније могу, с друге стране, довести до бескрајних сколастичких расправа које неће задовољити специфичне потребе органа кривичног гоњења и међународну сарадњу везану за конкретна криминалистичка питања.

Постојање заједничке и, можда, универзалне дефиниције од највеће је важности за оне који се баве законом, јер она полаже темељ делотворној међународној сарадњи.

Неуспех у постизању заједничког критеријума може, макар и нехотично, спречити међународну сарадњу, утолико што се билатерални или мултилатерални уговори углавном заснивају на принципу реципроцитета.

Корупција се, без сумње, у свим земљама света сматра кривичним делом које штети економији једне земље, али и њеном моралу и угледу. Према одредбама већине кривичних закона (нарочито у Европи) корупција је подједнако инкриминисана и кажњива не само у друштвеном (државном) већ и у приватном сектору. У свету, а нарочито у земљама Уједињене Европе данас преовлађује став, па чак и правило, да сви јавни службеници који одлучују о свом раду, морају бити довољно плаћени, па самим тим и лојални само држави. Потпуно се искључује могућност да јавни служ-

беници, на било ком нивоу, примају новац или поклоне за посао који обављају као државне или јавне личности.

Притисак на националне парламенте да се донесу строжи закони против корупције у последњих неколико година доноси одређене резултате, нарочито у Европи после познатих промена у односима између Истока и Запада и сталног процеса интеграције на ширем политичком и економском плану.

Као што смо видели институционализована корупција представља могућност да се на систематичан начин успостављају трајне везе, које разменом доносе добит онима који у размени учествују.

Учесници у корупционашком деловању уместо да се ослањају на законом прописане везе у политичким и економским контактима, ослањају се на ванинституционализоване путеве и везе тако што нуде или добијају неку добит. На тај начин остварују се одређене предности које се не би могле остварити на други начин. Чест је случај да је повезаност учесника у корупцији јача од легалне повезаности у политичким и економским односима. Иако је почетни импулс за корупцију жеља да се стекне предност над конкуренцијом у највећем броју случајева је то злоупотреба политичких процеса због личне користи. Друштвена опасност и угрожавање безбедности налазе се, управо, у чињеници што корупционашко повезивање спречава легалну функцију повезивања других људи. Због тога су последице корупционашких веза у супротности са оним што би се, иначе, сматрало друштвеним интересом.

У контексту ове расправе о институционализованој корупцији и њеној друштвеној опасности готово је сигурно да ће размена са свим последицама трајати само док стране које у њој учествују извлаче из ње корист.

У неким земљама корупција за време избора или због избора као специфичан вид корупције представља посебну друштвену опасност. Ово и због тога што се на тај начин мења исход изборне утакмице за дужност представника народа и државе.

Неспорно је да избори добијени корупцијом имају озбиљне последице на вршење функције парламента и извршне власти као институте где се доносе важне одлуке. Сврха корупције у овом случају јесте да се неке одлуке промене или не донесу да би једна од страна у корупционашкој размени стекла корист. Закључак који се из овога изводи показује да институционализована корупција несумњиво води ка незадовољавајућем степену извршења основних парламентарних функција. То се даље одражава на стопу економског раста, а тиме и на ниво политичке стабилности у земљи. Иако не постоје нарочито јаки емпиријски докази о овоме, постоје

добри теоретски разлози који нас наводе да очекујемо негативан однос између корупције и економског развоја, политичке стабилности, а тиме и безбедности једне земље.

Како ће корупција утицати на економски развој зависиће у највећем делу од природе и степена корумпираности. У савременим економијама функција легалне повезаности међусобно као и са политиком је врло важна јер се тиме обезбеђују смернице и повратна спрега између оних који доносе одлуке и оних који управљају. Убацивање корупције на кључна места повезивања ствара несумљиву штету непрекидном пристрасношћу и фаворизовањем једних на рачун других. Тиме су онемогућени и сви услови за стварање снажне економије.

Исто тако, корупција ствара озбиљне тешкоће парламентарној функцији остављајући озбиљне последице на политичку стабилност, а тиме и на безбедност. Ово зато што се политичка стабилност делимично заснива на везама између владе и њених грађана. У том случају парламент има веома важну улогу јер пружа могућност да заинтересоване стране изразе своје ставове. Парламент је и место политичких договора. У случају да је корупцијом спречено да се доношење одлука не одвија како је договорено, односно да се одлучује у корист корумпиране стране, други ће свакако на то реаговати. Тиме све одлуке вођене корупцијом доводе до политичке нестабилности, а када се то једном догоди процес се, по аутоматизму, убрзава стварајући још озбиљније проблеме.

Закључак

Савремени безбедносни изазови ризици и претње последица су насталих друштвених, геополитичких, геостратегијских, војних, политичких и економских промена у последњих петнаест година како на микро тако и на макро плану. Иако очекиване, те промене су затекле неспремне скоро све системе безбедности па и оне најмоћније. Гломазни, неефикасни и организовани по принципима да угрожавање долази од других држава, нису у стању да одговоре опасностима које сада долазе од недржавних субјеката у виду терористичких мрежа и организованих криминалних транснацуиоалних група које не морају да брину о поштовању суверенитета других држава, међународним правним нормама поштовања људских права нити о бирократским процедурама у сарадњи и размени информација. Ако томе додамо и нови квалитет у смислу поправљене структуре криминалних организација и субјеката у техничко-технолошком и организационом смислу онда не чуди предност коју су стекле у односу на старе

системе безбедности. Као такве, носиоци су све бројнијих и деструктивнијих облика угрожавања са вишеструко опаснијим последицама. Шта више, изгледа да се приближавамо угрожавајућим сценаријима са катаклизмичним прогнозама. Деструктивност која се некада није могла ни замислити данас све више постаје предмет расправе међу експертима. Системи безбедности својом организацијом, ефикасношћу и ефективношћу уз примену софистираних средстава и мера нове генерације тек треба да дају одговор на нове изазове ризике и претње.

Ljubomir Stajic, PhD, Full profesor
Novi Sad School of Law

Postmodern Terrorism, Organized Crime and Corruption as Contemporary Security Challenge, Risk and Threat

Abstract

This paper is a theoretical reassessment of a new security concept in the light of modern global events. The origin of these new security challenges, risks and threats is linked to the end of the Cold War and the bipolar division of the world between the two superpowers.

For more than 50 years, dominant security threat was the opposite superpower's nuclear capacity. The main characteristic of the period is that it was based on a summary of security concepts of individual states or blocks, partially supported by a collective security system embodied in the UN. Another characteristic of this period is that the security of the time was jeopardized by „the enemy well-known". Then the aims were clearly defined and finally, there was a possibility of predicting the reaction of the opposite power. It is this fact that represents the main difference from today's modern security threats which mainly originate from nongovernmental sources.

In fact, a great number of significant threats nowadays do not originate from one or more states but from nongovernmental more or less uncontrolled sources. This work introduces classification of new security challenges, risks and threats according to these criteria. The work also contains three dominant forms of security threats, as selected by the author.

Today, postmodern terrorism, organized crime and corruption, although bearing the same name and pursuing the same goals as before, have completely new energy and degree of threat and with their power exceed the perils known so far.

343.22

Др Иштван Фејеш, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

ОДГОВОРНОСТ ПРИКРИВЕНОГ ИСЛЕДНИКА И ЊЕГОВЕ „ЖРТВЕ“ ЗА ИЗВРШЕНО КРИВИЧНО ДЕЛО

Сажетак: *Методе прикривеног деловања полиције показале су се врло успешним у борби против неких опасних видова криминалитета, међутим, присутни су и проблеми везани за њих. Поред других, бројних, крупних, теоретских и практичних проблема, веома је значајно питање одговорности прикривеног иследника за кривично дело учињено у току и у вези тајне акције. Исто тако је важан третман учиниоца кога прикривени иследник наводи на вршење кривичног дела. Овим питањима се бави рад.*

Кључне речи: *прикривени иследник, учинилац кривичног дела, кривична одговорност.*

1. Увод

Иако је примена нових научних достигнућа развила потенцијале криминалистике до неслућених могућности, у сузбијању неких опасних видова криминалитета оне нису донеле спектакуларне резултате. Од почетка прошлог века, баш у време велике експанзије криминалистике, постајало је све очигледније да значајан део криминалитета остаје непоз-

нат органима гоњења. Разлози су бројни али значајну улогу има раст броја тзв. „консензуалних кривичних дела“ или „кривичних дела без оштећеног“ која се извршавају уз сагласност обе стране и ником није у интересу пријављивање органима прогона, а затицање на делу или откривање на основу сазнања из других извора је сасвим изузетно. Класични примери за тај „невидљиви криминал“ су недозвољена трговина дрогом и другом забрањеном робом (алкохол, дуван, оружје), проституција, забрањене игре на срећу итд.[1] Често су невидљива и врло опасна дела организованог криминала јер их оштећени због страха од освете не жели их пријавити органима гоњења (поред тога криминалне групе предузимају и опсежне мере прикривања тих дела).

Арсенал класичних криминалистичких метода, па и модерне криминалистичке технике су се показали неефикасним у борби против ових видова криминала. Органи прогона су морали наћи ефикаснија средства. Изграђени су тзв. „проактивни методи“ засновани на тајном деловању полиције. Заснивају се на запажању да је делатност криминалних организација и појединаца који се баве радњама „невидљивог криминалитета“ проактивна а не пасивна. Уместо да чекају на купца своје илегално продаване робе, они га траже и тиме освајају нова тржишта. Тако нпр. трговац дрогама не може да послује само са познатим купцима, јер би се због високе стопе смртности наркомана, евентуалног одвикавања, пресељења у друге делова града и сл. његово тржиште стално смањивало. Ако жели добру зараду, мора ширити посао и на непозната лица. Ту се пружа могућност да се полицајци прикривајући свој идентитет појаве као наводни купци те робе и тако разоткрију читав ланац препродаваца.

Инфилтрација и друге тајне полицијске операције нису новина. Познато је да их је увелико користио већ на почетку XIX века и *Eugene F. Vidocq,* оснивач француске криминалистичке полиције. Консолидовањем демократског друштвеног уређења потиснути су у други план али никад нису потпуно нестали са палете полицијских метода. Проблем ефикасног сузбијања „невидљивог криминалитета“ наметнуо оживљавање, осавремењивање ових метода.

Прикривене операције отварају бројне крупне теоретске проблеме принципијелног значаја као и практичне проблеме.

Најчешће помињани крупни теоретски проблеми од принципијелног значаја су, опасност за људска права и могућности злоупотреба. Ове опе-

[1] Поред консензуалних дела, у невидљив криминалитет спадају и случајеви када оштећени и не сазна да је на његову штету извршено неко кривично дело. нпр. компјутерски деликти.

рације су опасне и за углед државе и поверења грађана у њене институције (последице тога су немерљиве али несагледиве).

Један од важних практичних проблема је одговорност прикривеног иследника за кривично дело учињено у вези свог задатка и третман учинилаца који изврше кривично дело на подстицај прикривеног иследника. Њима ћемо се бавити у току даљег излагања.

И поред бројних проблема институт прикривеног иследника је унет у наше кривично процесно право изменама и допунама Законика о кривичном поступку[2] 2002. године[3]. Међутим, неки аспекти овог института нису довољно разрађени. Између осталог ни питање одговорности прикривеног агента а питањем одговорност „жртве“ прикривеног агента ЗКП се уопште и не бави.

Суштина „нове“ полицијске тактике је да припадници полиције ступају у одређени однос са сумњивим лицима (потенцијални купац дроге, инфилтрација у криминалну групу) и у извесној мери и сами учествују у извршењу кривичног дела. Битно је да при томе да будући учиниоци не знају да је су у питању полицајаци. У погодном тренутку затечени на делу, лишавају се слободе. Друга могућност је да информације које сазнају прикривени иследници буду искоришћене за криминалистичку обраду одређених лица. Прикривени иследници могу бити саслушани и као сведоци у судском делу поступка.

Појам „тајне операције „обухвата различите методе са различитим степеном инфилтрације у криминалну средину и различит интензитет сарадње прикривеног агента у извршењу кривичних дела циљних особа.

2. Облици тајних полицијских операција

Прикривене полицијске операције обухватају различите методе различитог степена инфилтрације и конспиративности, различит интензитет навођење на кривично дело и сл. Заједничко им је да је прави идентитет прикривеног агента осталим лицима непознат.

Познате су операције лаке инфилтрације (*light cover operations*), када прикривени агент не борави стално у криминалној средини не уграђује се у њену структуру, већ се појављује само повремено у некој улози. Нај-

[2] У даљем тексту: ЗКП.
[3] Сл. лист СРЈ бр. 68/2002.

чешће се користе од стране локалне полиције и не захтевају нарочиту обуку и контролу.

Операције дубоке инфилтрације (*deep cover operations*) најчешће их користе централне полицијске агенције јер захтевају посебну обуку, припрему и логистичку подршку прикривеног агента. Њему се припрема потпуно нов идентитет по правилу са измишљеном криминалном прошлошћу и прекида везе са дотадашњом средином. Убацује се у криминалну средину и сарађује са њеним члановима.

Неки најчешћи облици прикривених операција су:

- Операције „мамац" (*decoy or lure operations*) у којим прикривени агент игра улогу потенцијалне жртве. У моменту напада ступају у дејство притајени полицајци и хватају учиниоца
- Операција небеске мане (*manna from heaven operations*) –прикривен агент поставља у близини циљног лица њему пожељне предмете. Варијанта ове мере се користи унутар полиције за проверу поузданости (*integrity test*).
- Привидна куповина (*pseudo buy*) полицајац се представља као потенцијални купац неке робе чији је промет забрањен или ограничен
- Привидна продаја (*pseudo sell*) полицајац се јавља као привидни продавац украдене робе или чији је промет забрањен или ограничен.
- *Flesh roll* – вид псеудо куповине – Прикривени агент даје новац потенцијалним продавцима за набавку робе чији је промет забрањен или ограничен, или је украдена роба.
- Контролисана испорука – прикривени агент игра улогу превозника или испоручиоца пошиљке робе чији је промет забрањен или ограничен.
- Инфилтрација у криминалну организацију. Најтежа, најопаснија тајна операција.
- Операција жаока (*sting oprations*) – прикривени агент се инфилтрира у криминалну организцију или ступају у везу са циљним лицем. Није само прости посматрач већ до извесних граница активни учесник противправне активности.
- операција „ћуп са медом" (*honey pot operations*) – прикривени агенти отварају такве фирме које могу постати интересантне мете за учиниоце одређених кривичних дела – нпр. изнуђиваче, рекеташе и сл.
- *buy bust*-у току инфилтрације агент прво купује мање количине робе чији је промет забрањен (по правилу дроге). Постепено сти-

че поверење осумњиченог и кад је „посао“ добро уходан наручује већу количину, и хапси продавца.

У суштини исте облике, други деле на основу садржине и степена умешаности прикривених иследника на моделе са активном провокацијом на кривично дело и пасивне провокације. Активна провокација подразумева директно учешће тајног агента у остварењу незаконитог понашања. Узимјући неку улогу ступа у однос са осумњиченим, договара се са њим у погледу места времена, начина и сл. испоруке робе. Код ове врсте прикривени иследник лако може прећи границу допуштености и изложити се кривичним или другим санкцијама.

У другом случају прикривени иследник не узима непосредно учешће у реализацији кривичног дела већ само ствара услове у одрђеном простору и времену. за извршење кривичног дела који би био реализован од стране истог осумњиченог али на другом месту или времену. [4]

Као што се види прикривени иследници могу бити ангажовани у разним формама. Треба диференцирати прихватљиве од неприхватљивих метода. и изградити систем контроле и гаранција да ће допуштени методи бити обављани у законом предвиђеним границама.

Злоупотребе могу попримити разне облике у зависности од бројних фактора. Њих није ни могуће набројати.

Могућност злоупотребе се пружа већ на самом почетку тајне операције, при избору лица према коме ће операција бити управљена. Веома је опасно да се полицији препусти избор лица по свом нахођењу. Избор се мора засновати на ваљаном чињеничном основу. Нема оправдања да полиција наступа као чувар морала, и да насумично проверава да ли се неко може нпр. подмитити. Треба да постоје основи сумње да одређено лице прима мито, па да се тајном операцијом то потврди или одбаци. Насумично проверавање је и нерационално трошење ресурса, којих ионако никад није довољно. Са друге стране велики део поштених грађана не би одолео искушењу, ако се понуди прави износ. Због тога би примене овог метода скоро увек била накнадно потврђена као оправдана и успешна. У ствари није тако, јер без полицијског деловања ти грађани би и даље остали поштени грађани. Осим реченог крупан недостатак је и могућност политички мотивисане злоупотребе.

Посебно је питање количине расположивих информација које оправдавају примену тајне операције, ко дозвољава у ком поступку итд.[5]

---

[4] О томе више, Д. Маринковић, *Прикривене операције навођења на кривично дело*, Наука-Безбедност-Полиција, бр. 2-3/2оо4. стр. 159-160

[5] Код нас ангажовање прикривеног иследника наређује истражни судија (ст. 1 чл. 504. љ. ЗКП).

Навођење на извршење дела лица која без учешћа полиције не би вршила кривично дело отвара и један проблем принципијелног значаја. Полиција уместо да сузбија криминал доприноси његовом повећању. Држава долази у амбивалентну позицију. Са једне стране забрањује извесна понашања проглашавањем за кривично дело, а са друге стране, њени агенти охрабрују на извршење таквих дела[6]. Такви поступци слабе поверење грађана у државу и њене институције. Штетне последице су несагледиве. Једна од њих може бити и опадање спремности грађана за сарадњу са органима прогона. Између осталог то може утицати и на смањење броја пријављених кривичних дела а тиме расте „тамна бројка“. То опет јача осећај угрожености и додатно слаби поверење грађана у рад органа прогона. Због неспремности на сарадњу грађана, код органа прогона се ствара неповерење према грађанима итд. Отвара се зачаран круг неповерења који је врло тешко после пробити и уклонити.

Наш ЗКП забрањује и проглашава кажњивим подстицање на кривично дело (чл. ст. чл. 504 њ.) без икаквих даљих детаља.

3. Одговорност прикривеног агента за причињено кривично делу у вршењу задатка

Важан инструмент каналисања тајних полицијских операција у законом предвиђене оквире је регулисање одговорности за извршено кривично дело како од стране прикривеног агента тако и његове „жртве“ – осумњиченог лица

Регулисање одговорности за постављање „замке“ може решити на различите начине.

Један је *административни пут*. Извршна власт разним административним методима, упутствима, смерницама и сл. забрањује истражним органима одређена понашања. Прекршиоцима следи дисциплинска казна.

Друга је могућност да се прикривени агент позива на *кривичну одговорност* као подстрекач за кривично дело које је извршио осумњичени или је такво понашање обухваћено посебним кривичним делом.

Нека законодавства проблем решавају *процесним путем*. Уз испуњење извесних услова јавни тужилац неће гонити.

Наш ЗКП садржи једну одредбу која на недовољан начин регулише

[6] Dworkin каже да то доводи до инконзистенције система, Dworkin, G, The Serpent Beguiled Me and I Did Eat:Entrapment and the Creation of Crime, Law and Philosiphy, April/1985, стр. 28.

одговорност за кривична дела која учини за време своје мисије. Одредба ст. 3. чл. 504 њ. прописује само да прикривени иследник *не сме подстрекавати на извршење кривичних дела.*

Теоретски решења одговорности прикривеног иследника могу бити веома различита.

А/ По једном екстремном схватању прикривени иследник *не би одговарао за извршена кривична дела.* Наиме природа његовог задатка је таква да неминовно долази у ситуацију да ради успешности мисије мора вршити кривична дела. Инфилтрација у криминалне средине је могућа само ако и он врши кривична дела као и сви други чланови групе. Штавише, криминална група често врши претходну „проверу способности и поузданости[7]“ на тај начин што му да у задатак извршење одређеног (или чак и више) кривичног дела. Ако не изврши та дела нема изгледа да се инфилтрира у групу а тада институт прикривеног иследника нема никаквог смисла. Ако успе са инфилтрирањем, вршење кривичних дела је доказ лојалности групи, која отвара могућност идентификовања виших нивоа руковођења. А ако одбије да их врши излаже се разоткривању са тешким последицама по свој телесни интегритет или задатак.

Чак и ако се не ради о непосредном извршењу кривичних дела прикривени иследник може активно доприносити извршењу кривичног дела других лица. Та активност је често неопходна. Без тога активног доприноса нека кривична дела би се веома тешко могла успешно сузбијати. Нпр. ако прикривени агент мора бити пасиван, и треба да чека да му продавац дроге сам приђе и понуди дрогу, таква акција би била унапред осуђена на неуспех.

Б/ Нешто *мање екстремно решење* је да надлежни *орган* ***одобрава*** прикривеном иследнику учествовање у кривичном делу или прекршају. Тада прикривени агент за та дела не одговара. Овакво решење има и добрих и лоших страна. Добра страна је да прикривеном иследнику омогућава слободу деловања и успешно окончање мисије. Решење је прагматично, жртвује се одређено добро да би се спречило наступање много веће штете. Крупан недостатак је да се дискредитује држава. Питање је да ли се у борби против криминала може ићи тако далеко да се криминалом бори против криминала, да у сузбијања криминала државни агент и сам врши кривична

[7] Примера ради за пријем у чланство опасних мотобициклистичких банди у Канади, кандидат мора извршити неко насилно кривично дело. У једном случају, кадидат је учествовао са друга два члана банде у убиству члана једне друге банде(у ствари, забуном је убијено треће лице, које није имало никакве везе ни са једном ни са другом бандом).

дела или подстиче на њих. Могло би се рећи да са са морално-етичког становишта такав полицајац није ништа бољи од криминалаца[8]. Међутим, ствар ипак није тако једноставна. Ако државни агенти и врше кривична дела, то чине са циљем *сузбијања врло опасних видова криминала* који могу угрозити веома значајна друштвена добра. Могло би се узети да се ради о некој врсти нужне одбране од стране државе. То је тешко спојиво са идејом правне државе, али је још теже спојиво да криминалне групе владају улицама и угрожавају друштво. Грађани имају право на мир, спокојство и слободан развој своје личности, а држава је дужна да им то обезбеди. Питање је коју цену је вољно друштво платити за то:каква средства и методе до којих граница је спремно толерирати.

По природи ствари, прикривеног иследника је тешко контролисати, и ако не би одговарао за дела која учини, могао бити потпуно ван контроле па су могуће тешке злоупотребе. У сваком случају са теоретског аспекта најчистије је решење да прикривеном агенту буде забрањено вршење кривичних дела. Међутим, такав став су суштитни лишава смисла институт прикривеног иследника. Неопходно је компромисно решење.

И поред свих сумњи, има таквих решења која допуштају прикривеном иследнику вршење кривичних дела под извесним условима. Одбор за вођење тајних истрага Сједињених Америчких Држава може одобрити прикривеном иследнику учествовање у кривичном делу или прекршају ако је то нужно потребно ради прибављања информација, сазнања или доказних средстава којима се остварује кривично гоњење извршилаца најтежих кривичних дела у саставу мафијашке организације, ради очувања лојалности прикривеног иследника или отклонила опасност по његов живот и тешко нарушавање његовог телесног интегритета.

Уколико после започете тајне истраге наступи ситуација да прикривени иследник не може избећи извршење кривичног дела о томе мора обавестити и добити одобрење од надлежног службеника Федералне полиције. Ако то из објективних разлога није могуће, прикривени иследник може учествовати у кривичном делу и без одобрења, али у року од 48 сати о томе мора обавестити Савезну дирекција FBI. Ако постоји опасност од примене силе и наношења повреда трећих лица одобрење даје директор FBI. [9]

---

[8] Већ је C. Beccaria писао да „држава показује слабост закона ако се ослања на оне који закон крше“.

[9] Сачић, Организирани криминал-методе сузбијања, Загреб, 2оо1, стр. 77. цит према Т. Лукић, *Посебности кривичног поступка за организовани криминал, тероризам и корупцију,* Докторска дисертација, Нови Сад, 2оо6. стр. 160

Ц/Друго *екстремно* решење је да је прикривеном иследнику *апсолутно забрањено* вршење кривичних дела, или другим речима за извршена кривична дела кривично одговара. Такав став заузима и наш ЗКП.

Према ст. 3. чл. 54о. њ ЗКП, прикривени иследник не сме подстрекавати на извршење кривичних дела. Из ове формулације би се могао извући закључак да је само подстрекавање забрањено, а извршење кривичног дела није, јер то ЗКП изричито не забрањује, и то због тога, што извршење кривичних дела одговара основном смислу овог института. Међутим такво размишљање је супротно законима логике. Подстрекавање на дело је мање зло од самог извршења (оно може остати и неуспело), па ако је забрањено подстрекавање тим пре је забрањено извршење кривичних дела.

Формално посматрано, прикривени иследник није неодговоран јер би за искључење његове одговорности била потребна изричита законска одредба које *нема.*

Из изложеног следи да ЗКП забрањује прикривеном иследнику извршење кривичних дела. Сасвим је друго питање колико то утиче на ефикасности његовог рада. [10]

Друга је могућност да се неодговорност заснива на неком од општих института кривичног законика. О томе ћемо видети даље.

Д/ Према трећем, *компромисном решењу*, прикривени иследник не би одговарао *под извесним условима* за кривична дела у току свог деловања.

У нашој теорији је изражен став да одговорност прикривеног иследника треба решавати „*једино у складу са општим правилима која се односе на крајњу нужду*“ и даље „*уколико је његов задатак од велике важности за спасавање живота или здравља људи, неће бити рутински кривично гоњен, већ се… примени правила која се односе на крајњу нужду*.“[11] Према томе, кривична дела прикривеног иследника извршена у току његовог рада треба третирати као дела извршена у крајњој нужди. Схватање настоји у извесној мери уважити чињеницу да у интересу успешног рада, прикривени иследник некад не може избећи да и сам изврши неко кривично дело. Полази од логике да је оправдано да се прикривени иследник не гони за кривично дело ако тиме спасава живот или здравље људи, јер је то у крајњој линији корисно за друштво у целини.

[10] Такав став заузима Ђ. Лазин, *Прикривени иследник у кривичном поступку*, Правни живот, бр. 9/2004. стр. 496

[11] М. Шкулић, *Организовани криминал (појам и кривичнопроцесни аспекти)*, Београд, 2003. стр. 406, 407

На први поглед на овом становишту је и ЗКП из 2006. г.

Према ст. 2. чл. 153. ако прикривени иследник у току свог рада „*учини кривично дело према члану криминалне групе или у оквиру криминалне групе, односно у вези делатности криминалне групе примениће се одредбе Кривичног законика о нужној одбрани или крајњој нужди када су испуњени законским услови за примену тих одредаба*“.

Из ове одредбе произилази да је круг кривичних дела за које не одговара прикривени иследник широк али ипак ограничен. Њиме су обухваћена

1. дела према члановима криминалне групе
2. дела у оквиру криминалне групе
3. дела у вези делатности криминалне групе.

Овим набрајањем обухваћена су дела прикривеног иследника које може учинити како у тајним операцијама лаке инфилтрације тако и у операцијама тешке инфилтрације.

Прикривени иследник не одговара за та дела само онда ако су *испуњени* ***сви*** *законски услови према Кривичном законику* за примену института

1. нужне одбране или
2. крајње нужде

Одредба је на први поглед јасна. Међутим, пре давања коначне оцене, неопходна је детаљнија анализа *услова* за примену ових института које прописује Кривични законик.

1. Кривични законик у ст. 2. чл. 19. *кумулативно* прописује следеће елементе за постојање *нужне одбране:*

1. напад
2. истовременост напада
3. противправност напада
4. одбијање напада
5. неопходност одбијања напада.

Поставља се питање да ли се *сви* ови елементи могу реализовати када прикривени иследник учини горе наведена кривична дела у току свог рада и да не одговара због тога.

Напад мора бити непосредан. То значи да је напад у току или непосредно предстоји. Отклањање напада се може вршити *само док напад траје* У овом склопу напад може бити само *будуће хипотетично* кривич-

но дело криминалне групе или њеног члана. Прикривени иследник делује и врши евентуално кривична дела да би спречио будућа тешка дела криминалне група тако што ће његове прикупљене информације полиција искористити за хапшење чланова криминалне групе, њихово процесуирање и осуду на дуге временске казне. На тај начин спречава прикривени иследник будућа кривична дела. Према томе не може бити ни говора о истовремености коју захтева Кривични законик.

Закључак је да је фактички немогуће да ће се остварити сви елементи за нужну одбрану које прописује КЗ. Због тога у крајњој линији, институт нужне одбране и не може бити примењен.

2. У односу на *крајњу нужду*, Кривични законик (ст. 2. чл. 20) захтева остварења следећих елемената

1. нескривљена опасност
2. отклањање опасности
3. истовременост отклањања
4. немогућност отклањања на други начин
5. учињено зло није веће од зла које је претило

Неопходно је кумулативно остварење свих ових елемената.

Опасност може бити проузрокована на разне начине:од стране човека, природних сила, животиња и сл. У нашем случају *опасност* би се састојала у *опасности од разоткривања* прикривеног иследника ако не изврши кривично дело. То може имати за даљу последицу да не може спречити *будућа* тешка кривична дела криминалне организације у коју се инфилтрирао или то намерава. Тиме лишава смисла сам задатак и наноси штету друштву. Друга последица разоткривања може бити *будућа* опасност за његов телесни интегритет, која може бити сасвим реална и конкретна. Ни у једном од ова два случаја у принципу *нема* истовремености.

Опасности мора бити и *нескривљена*. Када се прикривени иследник прихвата задатка свестан је да може доћи у позицију да мора извршити кривично дело ако то траже од њега чланови криминалне организације, иначе се излаже ризицима и он и његова мисија. Прихватање тог ризика доводи у питање нескривљеност, јер сам свесно прихвата и ту могућност и на неки начин је и изазива или бар има значајног удела у томе. Каузална веза између наступања опасне ситуације и његовог прихватања задатака прикривеног иследника свакако постоји.

Проблематичан је и 4. елемент: *немогућност отклањања опасности на други начин*. У принципу, увек постоји могућност да прикривени ис-

ледник одустане од задатка и на тај начин да избегне извршење кривичног дела. Биће свакако и таквих ситуација када то неће бити баш тако једноставно и безопасно али је то ризик који прихвата заједно са задатком. Какве штетне последице ће то имати са аспекта прогона, то је сасвим друго питање.

Није без проблема ни 5. елемент, *сразмерност*: Прикривени иследник треба да спречи *будућа* кривична дела криминалне групе. Која и какве би тежине оне биле да су извршене неизвесно је. То би се могло сазнати само ако би та дела била стварно извршена. Овако се оцена сразмерности може заснивати само на претпоставкама и нагађањима.

Из изложеног произилази да је примена института крајње нужде повезана са крупним тешкоћама, слично као и примена институт нужне одбране.

Резимирајући, ЗКП/2006, постављањем таквих услова за неодговорност који се не могу испунити у суштини прихвата екстреман став, да је прикривеном иследнику забрањено вршење кривичних дела[12].

Е/ Кривични законик има неке *опште институте* који би се евентуално могли применити И на прикривеног иследника када учини кривично дело као и на свако друго лице.

Прикривени иследник врши кривично дело из другачијих мотива од чланова криминалне групе. Његов мотив је управо да се разоткрије група и спречи будуће деловање тј. вршење кривичних дела. Његова воља дакле није управљена на нарушавање правног поретка, већ управо супротно, да се сачува од нарушавања. Питање је да ли би то могао бити елемент за непостојање кривице (чл. 22. КЗ). Међутим одговор је ипак негативан, јер мотив, намера циљ и други слични субјективни елементи по правилу не улазе у умишљај[13]. Према томе без обзира на позитивне намере, прикривени иследник се само на основу тога не може ослободити одговорности.

Нема сметњи да се на кривично дело прикривеног иследника примени институт *дела малог значаја* (чл. 18 КЗ) ако су испуњени услови за то. Такође и институти *стварне* (чл. 28 КЗ) и *правне заблуде* (чл. 29 КЗ) могу бити примењени ако су остварени законски услови.

Према томе, ако су испуњени законски услови неког од горе поменутих општих института Кривичног законика, прикривени иследник неће одговарати за кривично дело које изврши у вези задатка.

---

[12] Б. Бановић, изражава сумњу у могућност примене ових института кривичног права. Видети:Б. Бановић, *Специјалне истражне радње и предлог Законика о кривичном поступку*, Ревија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006, стр. 143

[13] С. Вуковић, *Коментар кривичног законика*, Београд, 2005. стр. 40

Ф/Поред решавања питања одговорности прикривеног иследника материјалноправним средствима, ради решења питања одговорности за кривично дело, могу се применити чисто *процесуална средства*. Таквих решења има у упоредном праву.

Тако према ст. 2. чл. 192. ЗКП *Мађарске* из 1998. г. , јавни тужилац ће ***обуставити истрагу*** против основано сумњивог прикривеног иследника за кривично дело извршеног у вршењу службене дужности а у интересу кривичног прогона, под условом, да је *интерес прогона **јачи** од интереса прогона прикривеног иследника*. Према томе, да ли ће бити прогона или не, зависи од оцене јавног тужиоца који је интерес претежнији. Значи, решава се од случаја до случаја, али се при томе пружа могућност пажљиве процене свих релевантних околности.

Јавни тужилац *не може* обуставити истрагу, ако је прикривени иследник основано сумњив да је извршио кривично дело при чему је неко лице *умишљајно лишено живота. (ст*. 7).

Законодавц је узео у обзир и интересе лица која претрпело штету од кривичног дела прикривеног иследника. Ако је извршењем кривичног дела од стране прикривеног иследника настала штета, јавни тужилац ће упознати оштећеног са начином остварења свог одштетног захтева према држави.

4. Кривична одговорност лица за кривично дело извршено уз навођење прикривеног иследника

„Жртва“ прикривеног иследника најчешће нема никакав посебан третман. Такав случај је и код нас[14]. Међутим, ситуација ипак заслужује посебну пажњу из више разлога.

а) Не ради се о „обичном“ учиниоцу. Он врши кривично дело на подстицај (често и наваљивање) или чак и уз сарадњу државног службеника тј. прикривеног иследника.

б) Други разлог је да посебан третман оваквих окривљених може бити ефикасно средство за *дисциплиновање полиције*. Ако, наиме, може бити ослобођен због примене таквих метода који се могу оквалификовати као злоупотреба полицијских овлашћења, полиција се *унапред лишава* мотивације да примени некоректне методе. Значи, има јако превентивно дејство

[14] Теоретски, проблем и не постоји јер је прикривеном иследнику забрањено да подстиче на кривична дела.

ство у погледу примене разних недозвољених метода које имају карактер злоупотреба овлашћења полиције.

У земљама *common law* система постоји дуга и богата пракса у специфичном третирању „жртава“ прикривених иследника. Нарочито се америчка пракса истиче у том погледу. Судови у САД се баве овом проблематиком још од друге половине XIX века. У даљем излагању осврнућемо са на америчку праксу и решења која су тамо нађена . О каквом сложеном склопу проблема се ради, види се по томе да упркос дугој пракси није изграђен јединствен став. Постоје разна решења.

Ентрапмент[15] се од стране судова третира на разне начине.

1. Основ *искључења* кажњивости
2. Процесна *сметња* кажњивости
3. Мешовита решења
4. Повреда права на поштено поступање

Суштина је да лице ухваћено у замку избегава кажњавање.

У САД се проблем *entrapmenta*, тј. проблем кривичне одговорности лица која су дело извршила уз активну сарадњу, подстицај, навођење прикривеног агента, јавио већ крајем XIX. века. У случајевима „писама – мамаца“ (*decoy – letter*), Врховни суд је још обраћао мало пажње на ову проблематику. Само је констатовао, да задатак инспектора није да подстичу на извршење кривичних дела, већ утврђивање да ли је осумњичени учествовао у противзаконитом послу (*Grimm v. US*). Нижи савезни судови и судови у федералним државама су по правилу негирали било какав значај ентрапмента. Врховни суд је 1864. г. , тврдио да ентрапмент није никад био основ за ослобађање од одговорности, и да се у „хришћанској земљи то *никад неће ни догодити*“. [16] Упркос томе, први познат случај када је окривљени ослобођен по овом основу, десио се већ 1879, пред једним апелационим судом у Тексасу[17]. Пракса Врховног суда почела је 1932. г. случајем *Sorrels v. U S* U овој пресуди је ентрапмент признат као основ за искључење кажњивости, што је очигледан пример прецедентног стварања права и један од куриозитета правног система САД.

Врховни суд САД је читавом серијом одлука расправљао питање ентрапмента. У суду су изграђена два мишљења: *субјективно* (већинско) и *објективно* (мањинско).

[15] Због тешкоћа адекватног превода, у раду је задржан енглески израз „entrapment“.
[16] Board of Comm´rs v. Backus, 29 How. Pr. 33 (1864).
[17] O´Brian v. State, 1879. 6 Tex. App. 665.

1. Субјективно схватање – ентрапмент као основ за искључење кажњивости

Према субјективном схватању да би постојао ентрапменту потребно је :

- да је полицајац подстицао на извршење кривичног дела
- да оптужени без тога не би извршио кривично дело
- да је циљ прикривеног иследника био прибављање доказа за оптужење.

Према присталицама овог схватања, (владајућем мишљењу), оптуженог треба ослободити односно осудити у зависности од његове *предиспозиције* за извршење тог дела.

Према њима, треба разликовати „неопрезне криминалце“ од „иначе невиних“ лица. Они први су предиспонирани за извршење кривичног дела, тј. код њих је постојала спремност за извршење кривичног дела тог типа и пре наступања прикривеног иследника. Предиспозиција значи извесну спремност за извршење кривичних дела одређеног типа. Због тога, подстицање од стране прикривеног иследника није у каузалној вези са извршеним кривичним делом, тј. извршили би дело и без тога, и због тога они не могу бити ослобођени од одговорности.

Насупрот томе, код „иначе невиних“ лица одлука за извршење дела је настала под дејством подстицања од стране прикривеног иследника. Да тога није било ни то лице не би извршило кривично дело. Постоји каузална веза између извршења кривичног дела и подстицања прикривеног иследника, због тога они не могу бити кажњени.

Такав основ искључења кажњивости дотад није постојао, па је Врховни суд морао добро образложити свој став. Он је заснован на томе да се важење закона који прописује дотично кривично дело, не простире на оне учиниоце који то дело изврше искључиво због подстицања од стране прикривеног иследника. У вези тога је Главни судија *Hughes* у случају *Sorrels* рекао. „Слово закона нас не може натерати да изврћемо дух и циљ закона“, а судија *Posner*: „Конгрес сигурно није хтео да Влада троши своје ресурсе за повећање броја криминалаца ентрапментом лица која иначе не би извршила кривично дело“[18]. Крајњи резултат је био да су случајеви ентрапмента *изузети* од важења закона, и с обзиром на специјалне околности кривичне одговорности, донета је ослобађајућа пресуда.

Прихватање ентрапмента као основа за искључење кажњивости довело је и до формирање неких специјалних процесних правила. Савезни

[18] Изражено у случају US v. Hollingworth, 1993.

судови су конструисали посебна правила за доказивање предиспозиције, која донекле одступају од општих правила. доказивања.

Докази који се могу употребити у том циљу могу се сврстати у следеће групе[19]:

- *Ранија слична дела*. Мисли се у првом реду на раније правноснажне осуде за дела сличног карактера и поред тога постоји и рационална временска блискост. Докази могу бити и ранија слична дела ако и није било осуде због њих, али тада тужилац мора прикупити довољно доказа ради убеђења пороте да су та дела постојала. Ранија понашања сличног карактера али не противзаконита, се не могу користити као доказ.
- Како је извршилац *реаговао* на подстицање, навођење полицајца и да ли је прихватио могућност понуђеног *одустанка.* Прихватање понуде прикривеног иследника без пуно размишљања очигледно указује на предиспозицију. Супротно, пристанак на „посао“ само на наваљивање прикривеног иследника, знак је да без подстицања дотично лице не би извршило кривично дело. Било је случајева да су прикривени агенти понудили могућност одустанка. Неприхватање те могућности, цењена је као поуздан знак предиспозиције.
- *Понашање након извршења дела и изјаве* оптуженог могу доказивати предиспозицију. Оптужени наставља са вршењем сличних кривичних дела и након престанка подстицања од стране прикривеног иследника, то је знак да ни предметно кривично дело није извршио на његов подстрек. Слично дејство имају и изјаве окривљеног у погледу спремности на вршење кривичних дела и у будуће.
- *Репутација* оптуженог и доказивање по чувењу. Раније су тужиоци често доказивали каква је репутација оптуженог у својој средини. Одступајући од општих правила доказивања судови су то по правилу дозвољавали, уз образложење да се оптужени позвао на ентрапмент, а то аутоматски доводи до утврђивање постојања предиспозиције. Тужиоцу мора бити допуштено да се користи специфичним доказима ради доказивања те специфичне околности. Новији развој праксе апелационих судова међутим иде у правцу одбијања дозволе за такво доказивање јер је скопчан са већим опасностима него што од њега има користи. Занимљиво,

[19] Према K. M. Lord, Entrapment and Due Process:Moving Toward a Dual System of Defences, Florida State University Law Review. 1998. стр. 7-13

одбацујући принцип „једнакост оружја“ у овом случају, оптуженом се и даље допушта доказивање своје добре репутације.

- *Способност или неспособност за извршење датог кривичног дела*. Ако је учинилац испољио нарочиту стручност, спретност, припремљеност у извршењу кривичног дела, то је тумачено као знак предиспозиције[20]. Исто тако је цењена и околност да је учинилац у кратком року прибавио велику количину дроге јер је то могао урадити само ко има довољно искуства [21].

Судови који следе субјективистички правац, поверавају *пороти* да реши питање да ли је било ентрапмента или није. Занимљиво је питање терета доказивања. Прво окривљени треба да учини вероватним да је дело извршио на подстицај прикривеног иследника. Дуго времена су судови то допуштали само ако је окривљени *признао* дело за које се оптужује. То је било неповољно за оптуженог јер је морао бирати да ли ће порицати дело, уздајући се да ће га порота ослободити, или ће да призна без обзира на доказе, и да доказује да се ради о ентрапменту. Судови су се позивали на то да се оптужени не може бранити на два противречна колосека одједном. Не може и порицати дело и позивати се на ентрапмент. Новија пракса већ ипак допушта и овакву одбрану на два колосека. Ако је оптужени успео да учини вероватним да је дело извршио на подстицај полицијских агената, терет доказивања прелази на јавног тужиоца, и он треба да докаже постојање предиспозиције. Одлуку доноси порота како о постојању самог ентрапмента као и у погледу предиспозиције. Ако порота утврди постојање ентрапмента, тужилац нема право жалбе због забране двоструког оптужења (double jeopardy).

Субјективно схватање је много критиковано. Може се рећи да је стручна јавност једнодушно против[22]. Приговори се могу укратко овако сажети:

- *Теоретске основа је сумњива*. Позивање на намере законодавца је чиста фикција.
- Ако је предиспозиција односно њен недостатак, основ за искључење кажњивости, зашто је она *ограничена на подстрекавање од*

[20] Тако у случајевима US v. Aikens, 8th Cir. 1995. ; US v. Hernandez, 6th Cir. 1994.

[21] Случај US v. Gunter, 7th Cir. 1984.

[22] Занимљиво је да је Kamisar 1978. г. анализирао све написе о ентрапменту у претходних 25 година и нашао свега *два* која су *подржавала* субјективну теорију. Нав. према P. E. . Johnson-M. Moskovitz, Criminal Law Cases, Materials and Text. American Casebook Series. 3rd Ed. Wes Publishing Co. St Paul, Minn. 1985, стр. 483.

стране полиције, када подстрекнути и *не зна* да је лице која га наводи на кривично дело прикривени иследник. Не би требало да буде никакве разлике између полицијског и „приватног“ ентрапмента.

- Утврђивање предиспозиције са ослонцем на раније осуде тешко вређа *једнакост пред законом*. Испада да постоје две врсте права у погледу ентрапмента. Једно важи за раније осуђиване, друго за неосуђиване. Исто полицијско понашање ће довести до осуде првог а ослобађања другог лица.
- *Предиспозиција је чиста фикција*. Заправо и не постоји, никаква теорија се не може на њу надоградити. Осим светаца, тврде критичари, свако има своју „цену“. Другим речима, ако је степен искушења довољно јако, скоро свако ће извршити забрањено дело. Неуспешно подстрекавање је само знак да искушење, подстрекавање није достигло потребан интензитет. У том смислу свако је предиспониран за вршење кривичних дела.
  Разлика је што неки подлегну већ и свакодневним искушењима док је другима потребно нешто више, несвакидашње.
- Овај основ искључења кажњивости се не може *уклопити* у систем сметњи за кажњавање. Common law признаје неку околност као разлог за искључење кажњивости ако је њено дејство на учиниоца *толико јако* (нпр. сила)да се од њега не може очекивати понашање сагласно закону. Тога у типичним случајевима ентрапмента нема. Надаље, необјашњиво је зашто се ентрапмент не признаје у случају постављања замке од стране приватног лица. Исто је питање зашто се ентрапмент не признаје ако дође до убиства или телесне повреде.

Заступници већинског мишљења били су принуђени на признање, да ови приговори нису неосновани, али су истицали да би прихватање објективистичке, мањинске теорије донело још више проблема.

2. Објективна теорија – ентрапмент као процесна сметња каж-њавању

У Врховном суду САД паралелно са субјективном, настала је и објективна теорија заступана од стране мањине судија. Присталице овог правца, критикујући субјективну теорију и наглашавајући ирелеванцију предиспозиције, узимају у обзир искључиво *понашање прикривеног иследника* и по томе цене да ли је прешао границу дозвољености или није.

Корени објективистичке теорије досежу до случаја *Casey v. US (1928)*, када је судија Brandeis у издвојеном мишљењу наглашавао да се осуде не смеју заснивати на таквој полицијској активности која није усмерена на спречавање или откривање кривичног дела, већ на провоцирање истог. Слична аргументација се може и касније видети у облику издвојеног (мањинског) мишљења судија:судија *Roberts* у случају *Sorrels*, судија *Frankfurter* у случају *Sherman* итд. док је судија *Stewart* у случају *Russell* изнео став, да суд треба да одбије осуду на основу таквих полицијских активности које угрожавају *чистоћу правосуђа*.

Према мишљењу мањине ради се о ентрапменту, као недозвољеном утицању на учиниоца, када је он подобан да изазове извршење кривичног дела и код лица која иначе још нису била донела одлуку о извршењу дела. Не испитује се деловање радње прикривеног иследника *на конкретног оптуженог, већ његова апстрактна подобност* у том правцу. Објективност теорије потиче од тога да се оцену понашања прикривеног иследника узимају у обзир реакције хипотетичног *просечног човека*. При томе се цени тежина кривичног дела, тешкоће расветљавања, начин подстицања од стране прикривеног иследника (наговор, претње, нуђење сексуалних услуга, нуђење ireално високе цене и сл.)да ли је прикривени иследник нудио помоћ или и стварно помагао у извршењу дела, да ли је злоупотребљено поверење оптуженог и сл.

Према заступницима објективне теорије, превасходни *циљ* правног института ентрапмента није да „иначе невини“ избегну кажњавање, већ да се *сузбију полицијске злоупотребе*. Због тога исправност полицијског поступања ни у ком случају не зависи од судске прошлости осумњиченог. Коначни аргумент објективиста је да принцип „*циљ оправдава срердство*“ *не може бити основа правосуђа у правној држави.*

Ентрапмент по објективистичком схватању представља тзв. *неизвињавајућу (nonexculpatory public policy defences) или процесну сметњу кажњавању*. Ове сметње кажњавања нису материјалноправне природе тј. оне делују и тада кад су иначе материјалноправни елементи кривчног дела остварени. У ову групу америчка теорија сврства још застарелост, имунитете и забрану двоструког оптужења. У овим случајевима суд не осуђује оптуженог иако су испуњени сви услови за то, јер постоји општи интерес да се он не осуди. Општи интерес у овом случају би било сузбијање полицијских злоупотреба.

Овако схваћен ентрапмент објашњава зашто приватни ентрапмент има другачији третман. Тј. зашто то *није* сметња за кажњавање. Објашњено је зашто ентрапмент није сметња за осуду ако је при томе учинилац угрозио нечији живот или телесни интегритет:некажњавање учиниоца у

таквим случајевима била би тако тешка жртва друштва, да томе не може бити довољна противтежа сузбијање полицијских злоупотреба.

Ентрапмент у функцији процесне сметње кажњавања намеће другачији терет доказивања у односу на ентрапмент по субјективном схватању. Терет доказивања је у целости на оптуженом, јер је истицање ентрапмента заправо нека врста приговора на рад државних органа (полиције) и то мора да докаже лице које се на то позива. Одлуку доноси судија а не порота, јер се то питање сматра правним питањем. Судија је дужан образложити одлуку што може бити значајан оријентир за полицију за будући законити рад.

И објективистичко схватање је изложено критици.

- За праксу је веома проблематичан *појам просечног човека*. Врховни суд Аласке је морао признати да хипотетичан просечни човек вероватно никад не би извршио тешко кривично дело. Због тога су судови принуђенида просечном човеку припишу неке особине учиниоца , иначе се тај репер неби могао примењивати у пракси. Поред тога, лица према којима је усмерено деловање прикривеног иследника често и не достижу морални ниво просечног човека.
- Заговорници већинског мишљења нглашавају да судови немају овлашћење за *општу контролу рада истражних органа* путем осуде или неосуде оптужених. Принцип раздвајања грана власти захтева супротно, да се судови не мешају у рад управних органа, већ само да реагују на конкретне повреде уставних права.
- Објективно схватање често доводи до ослобађања лица предиспонираних за вршење кривичних дела па чак и окорелих злочинаца, а то је опасно за друштво. Држава не очекује од судова да се чистоћа поступања чува по цени пуштања на улице масе опасних криминалаца[23].

3. Мешовита решења

Видели смо да судови у САД немају јединствен став по питању ентрапмента. Савезни судови следе већинско мишљење у Врховном суду и прихватају субјективну теорију, док судови у неким федералним јединицама следе објективну теорију. Јединствени су међутим пу томе да је *ентрапмент сметња кажњавања*. У земљама где је прихваћена објективна

[23] Тако J. Dressler, Undrestanding Criminal Procedure, 2nd ed. Matthew Bender &Co, 1997. стр. 505.

теорија[24], такво схватање ентрапмента је прописан законом. Наиме судови устаљену пркасу Врховног суда сматрају обавезном. У већем делу федералних земаља које следе субјективну теорију, тај институт развија судска пракса. Трећа група земаља увидевши да ни једна теорија не нуди савршена решења, прихвата мешовита решења којима настоје спојити позитивне елементе обе теорије. Мешовито решење има два вида.

а) „Обично" мешовито решење

У државама *New Jersey, Indiana i New Hampshire* прописана је таква законска дефиниција ентрапмента, која садржи *и објективне и субјективне елементе*. Учинилац може успети са истицањем ентрапмента само ако докаже постојање елемената *како субјективине тако и објективне теорије*. Треба дакле да докаже да је поступак прикривеног агента био погодан да непредиспонираног просечног човека наведе на кривично дело, као и да предипозиција код њега није постојала.

Но овим решењем су само изгубљене добре стране субјективне и објективне теорије а негативне су остале[25]. И даље је остао проблематичан *појам предиспозиције* са свим тешкоћама доказивања, а „иначе невина" лица морају додатно доказивати и неисправност поступања полицијског агента. То је довело до тога да је у Индијани, где је терет доказивања на окривљеном, практична примена ентрапмента превише сужена. А у земљама где је терет доказ на тужиоцу, доказивање да је поступак полиције био исправан, а код окривљеног постоји предиспозиција било претешко па су у многим случајевима ослобођени оптужени који нису требали бити.

б)Алтернативно мешовито решење

У једној групи федералних земаља (*Florida North Dakota, New Mexico*) начињена је таква сложена законска дефиниција од објективних и субјективних елемената, да је у суштини било који од ових елемената сам по себи довољан разлог за ослобађање. Да би постојао ентрапмент довољно је доказати да учинилац *није био предиспониран* за извршење кривичног дела **или** да је активност прикривеног иследника *прешла прихватљиве границе*, и била је погодна да *просечног човека* наведе на извршење кривичног дела. Терет доказивања је на окривљеном. Ово је *релативно нов*

[24] Alaska, Arkansas, Colorado, Hawaii, Iowa, Kansas, Michigan, New York, Pennsylvania, Texas, Utah i Vermont.

[25] Тако Lord, cit. delo стр. 17.

приступ и од њега се очекује да искористи позитивне стране објективне и субјективне теорије. Предиспонирани окривљени има право да доказује неприхватљивост примењене полицијске тактике. Лица која без провокативног наступа прикривеног агента не би извршила кривично дело ослобођени су терета даљег доказивања.

4. Уставноправно решење:ентрапмент као повреда права на поштено поступање

Општа је сагласност да ентрапмент не вређа ни једно право из Устава САД. То је и омогућило да један број федералних земаља донесе закон који се разликује од већинског става Врховног суда.

Иако је после случаја *Sorrels (*1932) превладало субјективно схватање појма ентрапмента, код неких судова у федералним државама опстала је специфична варијанта објективног схватања. Ти судови су ослобађали оптужене не зато што је ентрапмент сметња за кажњавање, већ затошто су сматрали да им је повређено *право на поштено поступање* (*due process of law*). У случајевима *Raley v. Ohio* (1959) и *Cox v. Luisiana* (1976) судови су утврдили повреду тог права, када су прикривени иследници навели оптужене на чињење таквих радњи за које су неистинито тврдили да су дозвољене. Такво схватање је постепено продирало и у ниже савезне судове од случаја *Greene v. US* (9th Cir. 1971.). Тај талас је запљуснуо Врховни суд 1973. г. случајем *US v. Russell*. Тада суд није утврдио повреду права на поштен поступак, али судија *Rahnquist* није искључио могућност будуће примене. Позивајући се на ово, све више оптужених је истицало повреду права на поштено суђење. Ту тенденцију је намеравао спречити исти судија *Rahnquist* 3 година касније у случају *Hampton v. US* када је истакао да повреда права на поштено поступање, гарантовано Уставом САД, долази у обзир само тада ако је делатношћу полиције повређено неко конкретно уставно право. А то се у погледу ентрапмента не може десити јер Устав нема одредбу која би је забрањивала. Међутим, са тим мишљењем је остао у мањини. Врховни суд је заузео став да ослобађа и предиспонираног учиниоца у случају *крајње непоштеног поступања полиције*, са позивом на повреду права на поштено суђење из 14. и 15. Уставног амандмана.

Повреда права на поштено поступање има другачију правну природу, не ради се о искључењу кажњивости материјалног кривичног права, већ о тешкој повреди поступка. сагласно томе не доводи до ослобађајуће пресуде (*acquittal*) већ до *одбацивања оптужбе* од стране суда (*dismissal of charges*). Са аспекта оптуженог то нема већи значај. У првом случају *не постоји елемент кривичног дела*, па нема ни дела, а у другом случају поступак се само *обуставља* без мериторног решења тужбе.

Истицање повреде на поштен поступак има практичан значај само пред судовима који прихватају субјективну теорију (савезни судови и поједине федералне државе). Наиме постојање предиспозиције код учиниоца искључује ентрапмент чак и тада ако полицијска тактика није беспрекорна.

У федералним јединицама чији судови прихватају објективну теорију, нема већи значај. Повреду права на поштено поступање је много теже доказивати него некоректност полицијске тактике у конкретном случају.

У суштини, истицања повреде права на поштено суђење је само *теоретска могућност*, јер у пракси такви приговори успевају изузетно ретко.

5. Завршна разматрања

Прикривене полицијске истражне технике су једно од најефикаснијих средстава у сузбијању криминала. Најчешће се користе против консензуалног криминала али су веома ефикасни и у сузбијању организованог криминала и других тешких облика криминалитета па су због тога данас неспорно, веома значајно средство сузбијања криминала. Најчешће истицана незгодна страна тајног, прикривеног деловање је могућност крупних злоупотреба које могу бити извор опасности за нека основна права грађана. То се нарочито односи на оне форме полицијског деловања које носе у себи могућност да полиција не само спречава или открива кривична дела, већ их и провоцира, односно помаже. Међутим опасности неког ефикасног метода саме по себи нису довољан разлог за његово одбацивање јер нема метода који се не може злоупотребити. Криминалистика и кривични поступак се морају стално осавремењивати, уводити нова ефикасна средства и методе да у што већој мери држе корак са савременим криминалом. Новине треба уводити уз адекватну дозу опреза, уз строге и прецизне услове, са потребним законским гаранцијама и процесним и другим санкцијама. Они треба да чине систем који ће са једне стране омогућити коришћење и опасних али ефикасних метода а са друге стране елиминисати или минимизирати могућности злоупотребе или друге опасности. Један од елемената тог система је и одговорност прикривеног иследника за кривично дело које учини у вршењу службе као и одговорност лица које је прикривени иследник навео на извршење кривичног дела.

Одговорност прикривеног иследника детерминише ефикасност његовог рада. Што је његова слобода већа рад може бити ефикаснији. И обр-

нуто. Забрана сваке активности фактички онемогућава његов рад и институт прикривеног иследника лишава сваког смисла.

Већа слобода (веома често тајне полицијске технике садрже и одређене облике навођења на кривично дело)отвара и већу могућност злоупотреба и већи степен задирања у права грађана. Могућност злоупотребе треба елиминисати строгом контролом.

Други значајан приговор порив института прикриврног иследника је задирање у права грађана. У погледу задирања у та права присутна је једна амбивалентност. Са једне стране се стално јачају, шире права грађана. Са друге стране та иста права се стално ограничавају са позивом на потребе ефикаснијег прогона опасних облика криминалитета (тероризам, организовани криминал, итд.). Изгледа да данас код људи постоји спремност да прихвате ограничавање једног дела својих права да би остатак могли на миру користити.

Са друге стране ако узмемо да је казна израз друштвено моралне осуде за кривично дело, јавни друштвени прекор онда се она може изрицати само на морално беспрекоран начин. Према томе недопустиво би било да се за осуду неког лица користе методи који су у супротности са моралом и/или правним поретком. Међутим, доследно провођење овог става доводи такође до друштвено неприхватљивих решења. То би значио одустанак од ефикасног пргона неких врло опасних видова криминала. Друштвена неприхватљивост таквог решења је очигледна. Ради се о једном аспекту старе дилеме кривичног прогона: односа заштите права човека и ефикасности прогона. Неопходна је разумна равнотежа између ова два притвстављена захтева. Где је та тачка равнотеже, мора свако друштво утврдити за себе имајући у виду друштвено-економске, моралне историјске и друге факторе. У сваком случају циљ не сме оправдавати средство, али је и извесна слобода прикривеном иследнику неопходна. Због тога су и садашње решење ст. 3. чл. 504. њ. ЗКП и решење ст 2. чл. 153 ЗКП/2006 нецелисходни и заправо доводе у сумњу ефикасност деловања прикривеног иследника а тиме и цео институт. Изгледа да је најбоље, најфлексибилније (али и најпрагматичније), решење да *јавни тужилац цени сврсисходност гоњења прикривеног иследника* за кривично дело извршеног у вези задатка. Јавни тужилац би требао да цени који је *интерес претежнији : прогон прикривеног иследника за извршено дело или прогон лица против којих је ангажован*[26] Тако би се начинио (још један) изузетак од начела легалитета.

[26] При томе се не сме заборавити упозорње „...изналажење истине у кривичном поступку као идеја водиља ја тако јако наглашена, да се због тога средства која служе утврђивању истине лако губе из видокруга“. W. J. Habscheid, Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht, Gedaechnisschrift für Hans Peters, Berlin, 1967, стр. 841.

Излагање америчке праксе о посебној одговорности учиниоца који врши кривично дело под утицајем, уз навођење прикривеног иследника, указало је на сложеност проблема. Тешко је наћи погодна мерила, али је извесно да примена крајње непоштених метода не би требало да остане без икаквих ефеката у погледу кажњавања лица које изврши кривично дело на подстицај прикривеног иследника. Чини се да је давање овлашћења судовима да цене конкретне околности при којем ће узети у обзир често противстављене захтеве ефикасног прогона и поштеног поступања представља проходан пут. Суд би требао да има могућност ослобађања од казне таквог учиниоца имајући у виду кривично дело и личне околности учиница, а са друге стране природу полицијске мере, законске и друге прописе, тешкоће доказивања и сл.

Било би неопходно да се регулише то питање и код нас, одговарајућом допуном законодавства. Без тога, законска регулација института прикривеног иследника је непотпуна.

Ištvan Feješ, Ph. D. Associate Professor
Novi Sad School of Law

The Responsibility of the Undercovered and his „Victim“ for the Commited Crime

Abstract

The paper is divided into five parts.

In the fist, introductory part the author explains why secret investigative police methods are used in practice and points onto some problems connected to the issue.

The second part deals with different forms of secret investigative police methods.

The third part is devoted to discussion on the responsibility of the Undercovered Agent for crimes he commits in connection with his secret mission.

The forth part elaborates on responsibility of a person who committed crimes induced by the Undercovered Agent who was acting in connection with his secret mission pointing onto practice of the USA.

The fifth part contains concluding remarks, in which the author advocates: the problem of the responsibility of the Undercovered Agent for crimes he commits during his secret mission should be resolved using procedural tools. Namely, the Public Prosecutor should have power to not to prosecute those persons, provided certain conditions are satisfied.

The author also advocates, reasonability of persons induced by the Undercovered Agent to commit crimes deserves a separate statutory regulation.

343.143-053.6

Др Снежана Бркић, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОСЕБНА ЗАШТИТА ДЕЦЕ И МАЛОЛЕТНИКА КАО ОШТЕЋЕНИХ И СВЕДОКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ (упоредноправни приступ)

Сажетак: *У раду се даје упоредно-правна анализа положаја деце и малолетника као оштећених и сведока у кривичном поступку. При томе, нису обрађене специфичности у погледу појединих права и дужности сведока, већ само у погледу поступка са доказима. Праћени су следећи параметри: изузетност наступања доказа, потреба обазривог поступања, саслушање уз помоћ педагога или другог стручног лица, непосредно саслушање сведока од стране председника већа, изузеци од начела јавности и непосредности, саслушање путем интерне телевизије, присуство саслушању пуномоћника или лица од поверења, место саслушања деце, посебна оспособљеност испитивача, хитност и ограничен број саслушања.*

Кључне речи: *деца, малолетници, сведок, оштећени*

Међународни и уставни документи говоре о нарочитој заштити деце и малолетника и о потреби да им се пруже прилика и олакшице, законом или другим средствима, да се развије физички, ментално, морално и друштвено на здрав и нормалан начин и у условима слободе и достојанства. У доношењу закона који су усмерени томе циљу, највеће користи за децу

треба да буду главна побуда.[1] Проблематика деце и малолетника[2] као оштећених и сведока у кривичном поступку, која ће овде бити разматрана, показаће колико су владајући теоријски ставови и законска решења у овој области израз поменутих настојања.

1) Изузетност наступања доказа

Не би била на одмет изричита законска одредба по којој би се саслушању детета прибегавало само изузетно, у крајњем случају, тј. у недостатку других доказа. Тако се према мађарском праву дете може саслушати у својству сведока само ако се у његовом исказу може наћи доказ који се вероватно друкчије не може прибавити.[3] Ово утолико више важи за децу оштећене, чије је саслушање нужно свести на најмању неопходну меру, због могућих накнадних траума.[4] У немачком праву у случају сексуалних кривичних дела учињених на штету деце, ако је окривљени дао веродостојно судско признање, у интересу детета треба ценити да ли је његово саслушање још неопходно.[5]

Не само да сведочење деце треба избећи ако има других доказа, него га се некад треба одрећи и кад других доказа нема. Суд би се при одлучивању о томе хоће ли у конкретном случају дете сведочити морао руководити не само интересом кривичног поступка, већ најбољим интересом детета из чл. 3. Конвенције о правима детета. По том критеријуму, све одлуке у вези с дететом морају следити добробит детета. То значи да процена потребе за сведочењем детета треба да почива на одмеравању користи и штете за дете у поређењу са заштитом општег добра и потребе да учиниоци кривичних дела буду кажњени. У том контексту треба имати у виду и право детета на опстанак и развој, прокламовано у чл. 6. ст. 2. Конвенције о правима детета. Сведочење детета жртве кривичног дела може представљати стресну ситуацију са краткорочним и дугорочним последицама и даљим негативним импликацијама, као што је нпр. suicid. Стрес

[1] Вид. начело 2. Декларације о правима детета, усвојене резолуцијом 1386 GS UN od 20. 11.1959; чл. 64. Устава РС из 2006.

[2] Конвенција о правима детета дефинише дете као свако људско биће млађе од осамнаест година, осим ако се по националном праву пунолетство стиче раније. Ми ћемо децом сматрати кривичноправно неодговорна лица тј. лица до четрнаест година, а малолетницима лица од четрнаест до осамнаест година.

[3] Чл. 63. ст. 3. мађарског ЗКП.

[4] Вид. ВСС Кж. 829/74 од 19.11.1974.

[5] Чл. 222. ст. 2. Richtlinien für das Strafverfahren und das Bussgeldverfahren (RiStBV).

означава велики притисак, напрезање, напор. То је процес у којем одређени догађај или ситуација виђени кроз призму субјективне процене, доводе до измена у психолошком и физиолошком функционисању особе.[6] Ако се не препозна и не савлада на време, може да доведе до сложених биолошких, психолошких и социолошких поремећаја, па и болести. Психијатрија познаје следећа реактивна стања на стресне ситуације: акутну реакцију, посттрауматски стресни поремећај, поремећај прилагођавања, трајне промене личности, реактивне психозе.[7] Психолошку трауму изазивају изненадни, интензивни догађаји, изван граница уобичајеног људског искуства, које дата особа не може да савлада. Реактивација доживљене трауме може да доведе до повећане осетљивости у каснијем животу.

Дакле, трауматично искуство детета жртве, о коме још мора сведочити, може непосредно угрозити његово право на опстанак и развој. Право на развој детета подразумева обезбеђење оптималних услова за дете, а не само стварање услова за његово одрастање. Холистички приступ развоју детета као варијабилном и многоструко условљеном процесу значи да свака процена о детету, па и она да ли ће и како сведочити, мора уважити односна дететова права и међусобно их одвагнути те уважити добробит детета.[8] Такво одмеравање би могло водити и закључку да од сведочења детета треба одустати макар и по цену ослобођења окривљеног на основу принципа *in dubio pro reo.* Ипак, сасвим су изузетна законодавства која то изричито предвиђају. Као пример можемо навести швајцарско право које омогућава да надлежни орган изузетно обустави поступак, ако то захтева очигледни и претежни интерес детета и ако је дете дало своју сагласност.[9]

2) Потреба обазривог поступања

Приликом саслушања малолетног лица, нарочито ако је оно оштећено кривичним делом, поступиће се обазриво да саслушање не би штетно утицало на психичко стање малолетника[10] односно на његову личност и

[6] Хигијена (Приручник за здравствене раднике и родитеље), с. 40 www.unicef.org/scg/zivotne4pdf, доступно 12.03.2005.

[7] Марић Ј. (1998) „Психички поремећаји у затворским условима“, *Правни живот* бр. 9, с. 488.

[8] Тако Храбар Д, Коцијан-Херцигоња Д. (2000) „Дијете – жртва и свједок у казненом поступку«, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 1, с. 224.

[9] Čl. 10d La loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l' aide aux victimes d' infraction (LAVI Швајцарске).

[10] Тако чл. 102. ст. 4. ЗКП Србије; чл. 223. ст. 4. ЗКП Македоније; чл. 100. ст. 4. ЗКП ФбиХ; чл. 86. ст. 4. ЗКП БиХ; чл. 150. ст. 4. ЗКП Републике Српске (ЗКП РС); чл. 248. ст. 4.

развој. Нека законодавства истичу да се води рачуна о узрасту, својствима личности, образовању и приликама у којима живи,[11] те да то није само дужност суда, већ и јавног тужиоца.[12] Мислимо да би се обазривост морала тражити и од браниоца и пуномоћника оштећеног.[13]

3) Саслушање уз помоћ педагога или другог стручног лица

Највећи број законодавстава оставља могућност суду да, ако је то неопходно, саслушава малолетнике уз помоћ педагога, психолога или другог стручног лица.[14] Неки у том погледу праве разлику између деце и малолетника, тако да се код првих саслушање обавезно врши у присуству педагога, а код других само ако то надлежни орган сматра потребним.[15] Лица која присуствују саслушању деце и малолетника моћи ће постављати питања сведоку, са дозволом органа који води испитивање.[16] Један број законодавстава обавезује на то ако су у питању малолетни сведоци оштећени било којим кривичним делом,[17] а други ако су у питању лица испод четрнаест година оштећена сексуалним кривичним делима.[18] Обавезно присуство педагога тражи се и у случају малолетних сведока који имају физичке или психичке недостатке.[19] Присуство стручних лица треба да допринесе осећају заштићености детета и њиховом једноставнијем, слободнијем и отворенијем казивању.

ЗКП Хрватске; чл. 240. ст. 4. ЗКП Словеније; чл. 164. ст. 6. ЗКП Косова; чл. 101. ст. 4. ЗКП ЦГ;

[11] Слично и чл. 119. ст. 1. Закона о судовима за младеж Хрватске.

[12] Чл. 152. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника (ЗМ).

[13] Тако и Petö-Kujundžić L., (2004), »Дијете као свједок«, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* бр. 1, с. 113.

[14] Чл. 223. ст. 4. ЗКП Македоније; чл. 100. ст. 4. ЗКП ФбиХ; чл. 86. ст. 4. ЗКП БиХ; чл. 150. ст. 4. ЗКП РС; чл. 240. ст. 4. ЗКП Словеније; чл. 164. ст. 6. ЗКП Косова; чл. 101. ст. 4. ЗКП ЦГ;

[15] Чл. 99. ст. 1-2. ЗКП Бугарске; чл. 280. ст. 1. ЗКП Русије.

[16] Чл. 99. ст. 3. ЗКП Бугарске.

[17] Чл. 248. ст. 5. ЗКП Хрватске; чл. 152. ст. 1. ЗМ.

[18] Чл. 239. ст. 1. ЗКП Норвешке. О корисности присуства поменутих лица саслушању малолетних сведока – жртава сексуалних деликата говоре и Seelig E. (1959), *Уџбеник криминологије II* (интерни превод), Београд; Сингер М. и др. (1985), *Криминалитет на штету малољетника*, Загреб, с. 183.

[19] Чл. 280. ст. 1. ЗКП Русије.

Помоћ стручних лица приликом саслушања малолетника је могућа у свим фазама кривичног поступка.[20] Она може бити потребна при планирању технике и тактике саслушања, самом спровођењу саслушања, као и провери и оцени исказа. Начин пружања стручне помоћи судији је ствар њиховог договора: са дететом може стварно разговарати стручно лице, док судија поставља само одређена питања која стручно лице приближава детету, или обрнуто, с дететом разговара судија, а стручно лице само пази да је детету све јасно и да се питања не постављају на начин неприкладан детету. Међутим, потенцирање улоге стручних лица, ма колико она била значајна, не би смело водити истискивању судије из поступка и преузимању у њихове руке процесне радње саслушања малолетних сведока.[21] По некима, стручно лице треба заједно са судијом да припреми саслушање а да га прати иза транспарентног огледала.[22]

4) Непосредно саслушање сведока од стране председника већа

Унакрсно испитивање може стресогено да делује на дете. Зато многа законодавства, па и она која познају режим унакрсног испитивања, када су у питању деца и малолетници праве изузетак од правила да сведоке испитују странке. Њих, дакле, непосредно испитује председник већа, а лица која иначе имају право испитивања сведока, могу захтевати да председник већа постави допунска питања сведоцима. Изузетно, председник већа им може допустити и непосредно испитивање ових сведока, ако процени да нема бојазни да ће то бити на штету сведока.[23] Разлика је само у томе која је горња старосна граница предвиђена. Тако се ово правило односи или на све малолетнике[24] или на сведоке испод шеснаест година.[25]

[20] Начелни став XIII заједничке седнице.

[21] То потврђује и један пример из судске праксе: „Ни одредба чл. 231. ст. 4. ЗКП не допушта да социјални радник сам, без истражног суца, саслушава малољетну оштећену особу; стога је ријеч о непостојећој процесној радњи, па се судска одлука не може темељити на таквом исказу.“ (пресуда Вишег суда у Копру Кп 389/82 од 24.11.1982, ЗСО 1982, књига 7, свеска IV, одлука бр. 236, с. 43).

[22] Грузинов-Миловановић Н. (1988), “Неки процесни аспекти сведочења деце и малолетника«, *Наша законитост* бр. 6, с. 777.

[23] Чл. 241а. ст. 2. ЗКП Немачке; чл. 361. ст. 5. ЗКП Албаније; чл. 165. ст. 4. ЗКП Косова;

[24] Чл. 361. ст. 5. ЗКП Албаније; чл. 378. ст. 7. Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern, Juni 2001 (Vorent. Švajcarske).

[25] Чл. 241а. ст. 1. ЗКП Немачке; чл. 165. ст. 4. ЗКП Косова;

5) Изузеци од начела јавности

Начелна јавност главног претреса се изузетно може искључити ако је то потребно ради заштите интереса малолетника.[26] Поред тога, веће може одлучити да се искључи јавност за време саслушања као сведока лица млађег од четрнаест[27], петнаест,[28] шеснаест[29] година или малолетника.[30]

Страначка јавност не може никад бити искључена на главном претресу. Међутим, кад се као сведок саслушава дете оштећено кривичним делом, има основа за примену одредбе о привременом удаљењу окривљеног из суднице. То треба учинити пре доласка детета, јер и сам сусрет може негативно утицати. По повратку оптуженог у заседање, прочитаће му се исказ сведока, на који он може ставити примедбе односно постављати питања. Одредбе о привременом удаљењу окривљеног из суднице су најчешће општег карактера. Изузетак су нека законодавства која ову установу специјално везују за саслушање малолетних сведока. Тако се у немачком праву ова установа примењује ако постоји бојазан да би саслушање лица испод шеснаест година у присуству оптуженог довело до знатне штете по добробит сведока.[31] У руском праву та могућност се везује за лица млађа од осамнаест година.[32] Један корак даље иду законодавства која прописују да оптужени не сме бити присутан саслушању сведока млађег од петнаест година, који је жртва неког од таксативно набројаних кривичних дела.[33]

Отклањању негативног утицаја на психичко стање малолетника које може имати његово учешће у кривичном поступку, намењена је и одредба о удаљавању из суднице малолетног сведока или оштећеног чим његово присуство није више потребно.[34] То је у складу са одредбом по којој глав-

[26] Чл. 292. ЗКП Србије; чл. 280. ЗКП Македоније; чл. 250. ЗКП ФбиХ;

[27] Чл. 328. ст. 3. ЗКП Србије; чл. 336. ст. 3. ЗКП ЦГ; чл. 37. Закона о деци и малолетницима Енглеске; чл. 361. ст. 2. ЗКП Косова.

[28] Чл. 1. ст. 3. главе 5. шведског закона о судском поступку (ЗСП).

[29] Чл. 331. ст. 3. ЗКП Словеније; чл. 172. тачка 4 немачког Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).

[30] Чл. 340. ст. 1. ЗКП Албаније.

[31] Чл. 247. ЗКП Немачке.

[32] Чл. 280. ст. 6. руског ЗКП.

[33] Према словеначком праву то су углавном кривична дела против полног интегритета (чл. 178. ст. 4. у вези са чл. 65. ст. 3. ЗКП Словеније).

[34] Чл. 328. ст. 4. ЗКП Србије; чл. 36. Закона о заштити деце Белгије; чл. 135 RiStBV Немачке; чл. 336. ст. 4. ЗКП ЦГ; чл. 316. ст. 4. ЗКП Македоније; чл. 340. ст. 3. ЗКП Хрватске; чл. 361. ст. 3. ЗКП Косова. То произилази и из одредбе чл. 36. Закона о деци и малолетницима Енглеске, који предвиђа да деци уопште није дозвољено да буду у суду осим као сведоцима.

ном претресу могу присуствовати само пунолетна лица. И одрасли сведоци се након саслушања могу отпустити из суднице, док овде у том погледу постоји обавезност. Старијем малолетнику мора се, међутим, дозволити да заступа тужбу коју је он поднео.

Нека законодавства познају још једно ограничење начела јавности: забрану објављивања личних података и фотографија малолетног сведока оштећеног кривичним делом. Суд може допустити објављивање само ако је то у интересу малолетника или ако је малолетник навршио шеснаест година.[35] Ако повреда забране објављивања извршена од стране државних службеника или јавних органа није кривично дело, представља дисциплинску повреду. У том случају тужилац обавештава орган који је овлашћен на дисциплинске мере.[36] У другим правима поменута забрана се везује за поступке за кривична дела против достојанства личности и морала.[37] Декларација о медијској дистрибуцији информација у вези са кривичним поступцима позива медије и новинаре да узму у обзир интересе малолетних лица и осталих рањивих лица укључених у кривичне поступке. Према чл. 8. Факултативног протокола о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији уз Конвенцију о правима детета,[38] државе уговорнице ће усвојити одговарајуће мере за заштиту права и интереса деце жртава поступака забрањених Протоколом у свим фазама кривичног поступка, између осталог, заштитом када је то одговарајуће, приватности и идентитета деце жртава и предузимањем мера у складу са националним правом како би се избегло неподесно ширење информација које би могле довести до идентификовања деце жртава. Ускраћивање заштите приватности детета и обзнањивање да је дете жртва кривичног дела могло би произвести стигматизирајуће ефекте по дете, и у крајњој линији водити повреди забране свих облика дискриминације деце из чл. 2. ст. 2. Конвенције о правима детета.

6) Саслушање путем интерне телевизије

Саслушање путем интерне телевизије ради спречавања секундарне виктимизације најчешће се практикује код оштећене деце и малолетника. Истраживања су показала да такав начин саслушања има пет предности:

[35] Чл. 103. ст. 4. ЗКП Албаније.

[36] Чл. 104. ЗКП Албаније.

[37] Чл. 39. Закона о деци и малолетницима Енглеске.

[38] Усвојен резолуцијом Генералне скупштине УН 25.05.2000, ратификован (Сл. лист СРЈ – Међународни уговори 7/2002).

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.[39] 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,[40] негде као обавеза суда,[41] а негде као право детета сведока.[42] Тамо где је то само могућност суда, суд се руководи интересима сведока или интересом утврђивања истине.[43] У нашем праву суд прибегава овој мери кад оцени да је то потребно, с обзиром на особености кривичног дела и својства личности малолетног лица.[44] 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.[45] У Енглеској је коришћење интерне телевизије могуће само код сексуалних и деликата насиља и код одређених врста судова.[46] 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.[47]

7) Изузеци од начела непосредности

1. Законодавства која немају изричите одредбе о изузецима од начела непосредности у случају саслушања малолетних сведока, принуђена су да у ту сврху користе опште одредбе о могућности читања на главном претресу записника са ранијим исказима сведока. Тако се та могућност користи ако су саслушана лица умрла, душевно оболела или се не могу пронаћи, или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан због

[39] Davis/ Noon, An evaluation of the live link for child witnesses, 1991, навед. према Bohlander M. (1995), „Der Einsatz von Videotechnologie bei der Vernehmung kindlicher Zeugen im Strafverfahren“, *ZStW* br. 1, s. 93.

[40] Чл. 162а. ст. 2. ЗКП Аустрије.

[41] Чл. 248. ст. 5. ЗКП Хрватске.

[42] Чл. 101. ст. 5. ЗКП ЦГ.

[43] Чл. 162а. ст. 2. ЗКП Аустрије.

[44] Чл. 152. ст. 3. ЗМ.

[45] Чл. 162а. ст. 3. ЗКП Аустрије.

[46] За Енглеску вид. код Bohlander M., op. cit., с. 90.

[47] Чл. 346. ст. 3. ЗКП Хрватске.

старости, болести или других важних узрока.[48] Наша судска пракса познаје примере подвођења нарочито трауматизоване деце – сведока и жртава тешких сексуалних кривичних дела, под случај немогућег или знатно отежаног доласка пред суд због болести.[49] У недостатку основа болести, могли би смо се позвати на „друге важне разлоге“, уз истовремено упућивање на одредбу о потреби обазривог поступања са оштећеним малолетним сведоцима.

Неке земље изричито забрањују непосредно саслушање лица млађих од петнаест година које су биле жртве кривичних дела против сексуалног интегритета. Суд мора у тим случајевима одлучити да се прочита записник о претходном саслушању тих лица.[50] У неким правима је старосна граница нешто нижа (лица млађа од четрнаест година) а забрана непосредног саслушања на главном претресу је релативизована условом да судско веће утврди да ново саслушање није неопходно.[51] Странке у том случају могу постављати посредна питања. Ако веће сматра да су питања основана и потребна за разјашњење стварног стања, примењује се одредба о захтевању судећег суда на главном претресу да ради разјашњења појединих чињеница истражни судија предузме одређене радње, чије вршење на главном претресу би било скопчано са претераним одуговлачењем поступка или са претераним другим тешкоћама.[52] Ми данас имамо одредбу о томе да ће се на главном претресу увек прочитати записник о исказу малолетног сведока оштећеног неким од таксативно наведених кривичних дела.[53]

2. Други вид одступања од начела непосредности везан је за могућност репродукције звучно-оптичког снимка раније датог исказа сведока уместо његовог непосредног саслушања на главном претресу.[54] Снимак је изједначен са записником о саслушању и на њега се сходно примењују

[48] Чл. 337. ст. 1. ЗКП.

[49] У том смислу је и одлука да се на главном претресу не саслушава непосредно малолетна оштећена силована од стране више лица уз наношење телесних повреда, због тога што је по налазу лекара специјалисте поред тешких телесних повреда задобила и тешку психичку трауму, а поновним позивањем да сведочи о догађају, њено стање би се још више погоршало (ВСС Кж 829/74 од 19.02.1974). Упор. и ВСХ Кж. 591/70-3 од 10.06.1970; Симић И., »Збирка судских одлука из кривичноправне материје«, књига трећа, одлука бр. 432, с. 249.

[50] Чл. 331. ст. 5. ЗКП Словеније.

[51] Чл. 361. ст. 2. ЗКП Косова.

[52] Чл. 331. ст. 6. у вези са чл. 338. ЗКП Словеније.

[53] Чл. 152. ст. 5. у вези са чл. 150. ЗМ. Упор. чл. 119. ст. 2. и 4. Закона о судовима за младеж Хрватске.

[54] Чл. 152. ст. 5. ЗМ; чл. 119. ст. 2. и 4. Закона о судовима за младеж Хрватске; чл. 32А Criminal Justice Act Engleske.

одредбе о читању записника.[55] У том случају допуштено је допунско саслушање сведока. Корист је несумњива: верно и комплетно забележени први дечји исказ је, због искључења аудиторијума, утолико веродостојнији, а избегава се и поновно трауматизовање детета његовим извођењем на главни претрес, као и накнадно „удешавање" приче (верност исказа опада са бројем саслушања). У немачком праву, то се везује за сведоке млађе од шеснаест година у поступцима због кривичних дела против сексуалног самоодређења, живота, личне слободе и због злоупотребе штићеника.[56] У норвешком праву, то се односи на сведоке млађе од четрнаест година оштећене сексуалним кривичним делима, осим ако суд из посебних разлога сматра да сведок треба да да исказ на главном претресу.[57] У енглеском праву то се односи на лица испод четрнаест година код деликата насиља и лица испод седамнаест година код сексуалних деликата.[58]

3. Специфично решење постоји у Израелу. Иследник за децу саслушава малолетног сведока у једној одвојеној просторији и тако долази до података, које после износи он уместо детета на главном претресу. Овде су изостале одредбе о аудио снимању, па ипак је поступак показао добре резултате.[59]

Вредна је помена и пракса започета крајем 1960. године на подручју Љубљане, а на основу закључка донетог на једном састанку у Окружном суду у Љубљани. Наиме, социјални радници – референти СУП-а су саслушавали децу као сведоке у присуству њихових родитеља а исказе бележили на магнетофонској траци са које је после преписиван записник. Исти референти су касније сведочили пред судом, а понекад је на главном претресу репродукован и звучни снимак.[60]

---

[55] Тако изричито чл. 255а. ст. 1. ЗКП Немачке.

[56] Према чл. 255а. ст. 2. ЗКП Немачке, то су дела из чл. 174 до 184ф, 211 до 222, 225 и 232 до 233а КЗ.

[57] Чл. 298. ст. 1. норвешког ЗКП.

[58] Чл. 32А Criminal Justice Act.

[59] Овај пример наводи још Glenville W. (1963), *The proof of guilt,* Stevens and Sons, London, с. 338.а код нас га међу првима апострофира Алексић Ж. (1982), *Криминалистика*, Београд, с. 217;

[60] Навед. према Алексић Ж, op. cit., с. 217.

8) Присуство саслушању пуномоћника или лица од поверења

Субјективно право сведока на заштиту, између осталог, обухвата и право да његовом саслушању присуствује пуномоћник. За разлику од пунолетних сведока, којима ово овлашћење није увек признато, оно је у многим земљама наглашено код малолетних сведока. Даље, разлика се може огледати и у томе да је код пунолетних сведока присуство наведених лица право сведока, док је то код малолетних сведока обавеза. Тако према неким правима, малолетни оштећени мора имати пуномоћника, а ако га сам не узме, поставиће га суд по службеној дужности на терет буџетских средстава.[61] У неким правима пуномоћник се мора имати од почетка кривичног поступка, а у другим од првог саслушања окривљеног.[62] Док се нека права не изјашњавају о томе ко може да се појави у својству пуномоћника,[63] друга истичу да се та лица постављају из реда адвоката,[64] а трећа захтевају да су то адвокати који су стекли посебна знања из области права детета и кривичноправне заштите малолетних лица.[65] У неким земљама обавезан пуномоћник се мора имати само у поступцима који се воде због кривичних дела против полног интегритета, као и једног броја таксативно наведених других кривичних дела., малолетни оштећени мора имати пуномоћника већ од момента покретања кривичног поступка, који ће се старати о његовим правима, нарочито у вези са заштитом његовог интегритета за време саслушања и признавања имовинскоправног захтева. Малолетном оштећеном који нема пуномоћника, суд ће поставити пуномоћника по службеној дужности из реда адвоката. У неким правима, међутим, малолетни оштећени не мора, али може имати пуномоћника. Тако у хрватском праву, председник суда на предлог истражног судије односно судије за малолетнике, поставља пуномоћника из реда адвоката, кад просуди да је ради осигурања законитих интереса оштећеника или оштећеника као тужитеља то оправдано.[66] Постављање пуномоћника би било нарочито оправдано када је један родитељ малолетног оштећеног окривљени, а други родитељ није у могућности да обезбеди правну помоћ детету.

[61] Чл. 82. ст. 1. ЗКП Косова.
[62] Чл. 65. ст. 3. ЗКП Словеније; чл. 82. ст. 1. ЗКП Косова; чл. 154. ЗМ.
[63] Чл. 82. ст. 2. ЗКП Косова.
[64] Чл. 65. ст. 3. ЗКП Словеније.
[65] Чл. 154. ст. 2. ЗМ.
[66] Чл. 120. Закона о судовима за младеж Хрватске.

У неким правима приликом саслушања малолетног сведока суду могу помагати чланови породице малолетника[67] или друга лица од поверења.[68] Друга права предвиђају да законски заступник[69] односно лице од поверења[70] у сваком случају присуствује саслушању лица млађег од петнаест година. Негде се предвиђа да ће приликом саслушања лица испод петнаест година бити присутан њихов старалац, ако то не би штетило истрази.[71] Другде је предвиђено да ће се родитељима или другим лицима одговорним за дете допустити да присуствују саслушању сведока испод шеснаест година, осим ако је то лице пријављено у вези са тим случајем или постоје други разлози за супротно. Неки у том погледу праве разлику између деце и малолетника, тако да се код првих саслушање обавезно врши у присуству законског заступника, а код других само ако то надлежни орган сматра потребним.[72] Нека права таквим пратиоцима детета изричито признају право на накнаду трошкова предвиђених за сведоке.[73]

Сматра се да присуство родитеља може вршити позитиван утицај на слободније и спокојније иступање посебно интровертног детета. Они могу бити од значаја и при испуњавању процесних формалности у име неспособног детета (провера тачности и потписивање записника о саслушању). С друге стране, некад може бити сврсисходније саслушање без присуства родитеља, нарочито ако се ради о жртвама сексуалних деликата. У тим случајевима, родитеље по правилу треба удаљити чак и кад се саслушање обавља у стану, јер дете не исказује неометано у њиховом присуству. Постоје две опасности по истинитост исказа: страх од прекора, грдње и батина због евентуалног некоректног понашања у вези са самим деликтом, као и намерни сугестивни утицај родитеља.

[67] Чл. 361. ст. 5. ЗКП Албаније. Према Препоруци Р (85) 11, деца ће кад год је могуће и адекватно, бити испитивана у присуству њихових родитеља или старатеља или других лица квалификованих да им помажу.

[68] Чл. 164. ст. 2. Vorent. Švajcarske.

[69] Чл. 280. ст. 4. руског ЗКП.

[70] Чл. 162. ст. 3. ЗКП Аустрије.

[71] Чл. 10. ст. 4. главе 23. шведског ЗСП.

[72] Чл. 99. ст. 1-2. ЗКП Бугарске; чл. 280. ст. 4. ЗКП Русије.

[73] Чл. 128. ст. 2. ЗКП Норвешке.

9) Место саслушања деце

О питању места саслушања деце у својству сведока није постигнута сагласност. По некима, саслушање деце треба обавити у родитељској кући, школи или средини на коју је дете навикло. Међутим, тиме би се могло отежати успостављање правилног контакта са дететом, које би се осећало сувише комотно и неозбиљно под утицајем и заштитом родитеља. С друге стране, непогодне су и службене просторије као извор тајанствености, страха и нелагодности, које својом опремом редовно доводе до одвраћања дечје пажње. Због тога преовладава став да саслушање деце треба обављати у посебно опремљеној просторији из које је уклоњено све оно што неповољно утиче на дечју психу. У сваком случају, недопустиво је да дете чека у судском ходнику у коме се могу наћи сви заинтересовани учесници кривичног поступка, и намерно или ненамерно сугестивно деловати на њега.[74] У неким земљама (Немачка, Белгија) за то постоје посебне чекаонице и канцеларије за саслушање деце. Светлих боја, пуне фреско-слика и фигура из бајки, изгледом на Дизниленд, оне помажу опуштању детета и пребројавању страха. Најзад, има и мишљења да је место извршења кривичног дела најпогодније за саслушање детета, јер олакшава контролу искрености његовог исказа.

Процесна законодавства обично не регулишу питање места саслушања деце сведока. Изузетак чине нека права која предвиђају да се малолетна лица као сведоци – оштећени могу саслушати и у свом стану или другој просторији, односно овлашћеној установи-организацији, стручно оспособљеној за испитивање малолетних лица.[75] Том приликом, суд може наредити примену мере саслушања путем техничких уређаја за пренос слике и звука. Друга права само истичу да се саслушање таквих сведока мора обавити у адекватној просторији.[76]

9) Посебна оспособљеност испитивача

Било би пожељно када би децу и малолетне сведоке саслушавала лица која располажу посебним знањима. Па ипак, савремена процесна законодавства ретко када постављају посебне захтеве пред судије у погледу

[74] Тако чл. 135. RiStBV Немачке изричито предвиђа да ће деца и малолетници позвани у својству сведока бити под надзором у чекаоницама.

[75] Чл. 152. ст. 4. ЗМ; чл. 117. Закона о судовима за младеж Хрватске.

[76] Чл. 10ц швајцарског LAVI.

њихове стручне оспособљености приликом саслушавања малолетних сведока. Изузетак чине швајцарско, хрватско и наше право, инсистирајући на посебној оспособљености испитивача.[77] Наше право предвиђа да председник већа мора имати посебна знања из области права детета и кривичноправне заштите малолетних лица кад суди пунолетним учиниоцима одређених кривичних дела. Таква посебна знања морају имати и јавни тужилац, истражни судија, као и специјализовани службеници органа унутрашњих послова, кад су им поверене поједине радње.[78]

10) Хитност и ограничен број саслушања

Важно је што пре приступити саслушању детета, нарочито ако је жртва кривичног дела и ако је јако мало.[79] То је потребно због могућих утицаја родитеља и средине и због процеса заборављања при коме се празнине у опаженом и запамћеном материјалу неретко попуњавају фантазијом и сугестијама других. Код сексуалних деликата то је потребно ради што бржег опуштања и потискивања из свести непријатног догађаја.[80]

Дете не сме дуго чекати на саслушање, треба му дати предност над осталим сведоцима,[81] а позивати га што мањи број пута. Један од најчешћих стресогених фактора повезаних са сведочењем су одлагања и вишеструка сведочења. Тако према немачком праву, вишеструко саслушање деце и малолетника пре главног претреса треба, по могућности, избећи због психичког оптерећења које је са тим скопчано.[82] Према швајцарском праву, малолетни сведок оштећен кривичним делом не може се саслушати више од два пута у току целог поступка. Друго саслушање се може одржати само ако у првом странке нису могле вршити своја права и ако је неопходно ради доброг одвијања истраге или заштите интереса детета. Прво и друго саслушање по могућности води исто лице.[83] И према хрват-

[77] Чл. 10ц LAVI Швајцарске; чл. 150. и 151. ЗМ. У Хрватској се набрајају кривична дела учињена на штету малолетника, која ће судити веће за малолетнике и судија за малолетнике (чл. 117. Закона о судовима за младеж).

[78] И у Хрватској се ангажују специјализовани службеници редарствене власти (чл. 118. ст. 2. Закона о судовима за младеж).

[79] Према швајцарском праву, прво саслушање малолетног оштећеног треба да се одржи што је пре могуће (чл. 10с LAVI).

[80] Тако чл. 221. ст. 1. RiStBV Немачке.

[81] Тако изричито чл. 135 RiStBV Немачке.

[82] Чл. 19. ст. 1. RiStBV. Слично и чл. 164. Vorent. Švajcarske у погледу саслушања деце испод 15 година.

[83] Чл. 10с LAVI Швајцарске.

ском праву, дете и млађи малолетник који су оштећени кривичним делом могу се саслушавати највише два пута.[84] Повреда те одредбе, међутим, не представља битну повреду одредаба кривичног поступка. Према нашем праву, ако се као сведок саслушава малолетно лице оштећено кривичним делом наведеним у чл. 150, саслушање се може спровести највише два пута, а изузетно и више пута ако је то неопходно ради остварења сврхе кривичног поступка. У случају да се саслушава више од два пута, судија је дужан да посебно води рачуна о заштити личности и развоја малолетног лица.[85]

Савремена права познају установу задржавања грађана на месту извршења кривичног до доласка истражног судије, а најдуже шест сати. Нека права, међутим, имају посебне одредбе у том смислу, ако се ради о малолетним лицима. Тако према шведском праву, лица млађа од петнаест година нису обавезна да на лицу места остану дуже од три сата.[86]

[84] Чл. 119. Закона о судовима за младеж Хрватске.
[85] Чл. 152. ст. 2. ЗМ.
[86] Чл. 9. ст. 2. главе 23. шведског ЗСП.

Snežana Brkić, Ph.D. Associate Professor
Novi Sad School of Law

Special Protection of Children and Juvenile as Injured Party and Witness in Criminal Procedure (Comparative Approach)

Abstract

This article is concerned with the comparative approach of children and juvenile position as injured party and witness in criminal procedure.

There are not analysed especially rights and duties such witnesses. There are specialitu in regard the procedure of evidence.

There are followed such parameter: exceptionality, consideration, hearing by pedagogue, direct ehamination by judge-president, exceptions of proceedings in open court, hearing by one-circuit television…

323.28:061.1EU

Др Татјана Лукић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

БОРБА ПРОТИВ ТЕРОРИЗМА НА НИВОУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ОСНОВНА ЉУДСКА ПРАВА И СЛОБОДЕ

Сажетак: *Повећање ефикасности борбе држава Европске Уније против тероризма нужно је довело до ограничавања основних људских права и слобода, а у појединим случајевима и до дерогације извесних права због чега се у теорији води обимна расправа о оправданости таквих законских мера којима се угрожавају основна људска права и слободе. У раду је обрађено питање људских права у контексту борбе против тероризма, као и питање нових законских решења у појединим земљама којима се нужно права и слободе грађана ограничавају и питање њихове оправданости.*

Кључне речи: *тероризам, људска права, овлашћења полиције, Европска Унија.*

а) Уводна разматрања

Права човека у односу према држави представљају негацију апсолутне власти државе над њеним поданицима.[1] Признато и заштићено право човека подразумева обавезу и других људи и државе да га уважавају. Ово признавање слобода човеку се не изискује само од државе и других људи да се уздржавају од задирања у приватну сферу слобода човека већ

[1] К. Томашевски, *Изазов тероризма*, Београд 1983, стр. 268.

представља шири концепт. Наиме, слобода се не састоји само од непостојања принуде и ограничења, нити нужно постоји ако њих нема, већ слобода укључује елеменат избора који представља њен позитиван аспект. Поред тога, постојање идентичних слобода за људе неминовно доводи до злоупотребе слобода од стране појединаца, па се због тога улога државе састоји и у довођењу у хармонију често супротстављених права и слобода људи ради одржавања просперитета заједнице.

У данашње време људска права представљају значајно цивилизацијско достигнуће и директно су укључена у унутрашњи правни систем држава у виду императивних норми или обавеза које су преузете потписивањем и ратификовањем одређених међународних докумената. Однос према људским правима је постало једно од кључних мерила за вредновање усаглашености правног поретка једне земље са темељним цивилизацијским тековинама и стремљењима савремене међународне заједнице.[2]

Термин људска права је дефинисан у оквиру Уједињених нација још 1978. године као: „Слобода од призвољног лишавања слободе и притварања, тортуре, неправичног суђења, суровог и неуобичајеног кажњавања, инвазије на приватност.“[3] Овај концепт људских права се развија из дана у дан у складу са свакодневном праксом и потребом за индивидуалном заштитом.

Све модерне демократске државе, засноване на начелима владавине права и људским правима и слободама имају великих потешкоћа у настојању да што потпуније обезбеде људска права у пракси. Иако постоји преовладајући став да је у погледу људских права стање нарочито тешко у бившим социјалистичким земљама и државама у транзицији, за које се тврди да су изразито склоне кршењу грађанских и људских права, у најновије време све је више релевантних показатеља да управо државе које се сматају правим демократским државама, највише крше ова права и слободе када је у питању борба против организованог криминала, а нарочито тероризма.

Поштовање права човека је једна од особина добре стратегије контроле криминалитета.[4] Она је израз тежњи за владавином права у којој државни органи сами себе ограничавају предузимајући искључиво оне мере које су истовремено и легалне и легитимне. Дакле, то самоограничавање и

[2] Р. Марковић, У*ставно право и политичке институције*, Београд 1997, стр. 559.

[3] M. Montoya, *Police and Human Rights: two essential goals – efficacy in the fight against crime and reliability of society*, Policing in Central and Eastern Europe – editor M. Pagon, Ljubljana 2004, стр.123.

[4] Као особине добре стратегије супротстављења криминалитету наводе се: осмишљеност, плурализам, еластичност, одговорност и поштовање права човека. О овоме више видети: Ђ. Игњатовић, Криминалитет и реаговање државе, Безбедност бр. 4/03.

свест да се у процесу супротстављања најтежим угрожавањима фундаменталних вредности на којима заједница почива не могу користити сва средства, па чак и када би се тиме подигла ефикасност борбе против криминалитета, представља једну од битних карактеристика правне државе.

б) Ограничавање основних људских права и слобода ради вођења кривичногпоступка

Велики напредак природних и техничких наука ставио је на располагање савременом кривичном поступку нове методе, односно средства за прибављање доказа. Али, то носи за собом и одређене опасности. Па тако то за последицу има појаву једног специфичног односа у коме човек, уместо да буде субјекат у коме активно и смишљено делује задржава инферioран положај.[5] У циљу поштовања основних права човека, увођење нових метода и средстава мора, поред мера научног опреза, бити праћено строгим везивањем за законске норме, дух закона и етичка правила. На тај начин се може обезбедити достојанство човека и одговарајући положај окривљеног у кривичном поступку. У супротном, поједина научна достигнућа прете да угрозе човека и његова елементарна права.[6] Због тога се мере које задиру у осетљиву област права човека као што су нпр. електронски надзор комуникација, употреба прикривених иследника, притвор и сл. мере, морају правно уредити на начин да се сведу на изузетак, и примењују само у складу са јасним ограничењима, док се неке друге као што су нпр. примена тортуре у циљу изнуђивања признања, морају изричито забранити. Ово је део правичног суђења у коме се појединцу, коме насупрот стоје државни органи и службе, треба омогућити да своја права и интересе заштити у правичном поступку.

Постоје мишљења да је заштита људских права илузорна и бесмислена, уколико она иде на штету чувања људских живота и њихових материјалних добара којима прети опасност од тероризма на првом месту, али и од организованог криминала. Наћи праведну и хуману сразмеру између ова два процеса на међународном и унутрашњем плану није ни мало лако, поготово ако се у циљу заштите људских права посеже за тероризмом.[7] Поборници оваквог мишљења истичу да управо очување

[5] Ж.Алексић – З.Миловановић, *Криминалистика*, Београд 1994, стр. 227.

[6] Р. Данић, *Прибављање доказа у кривичном поступку*, ЈРКК бр. 2-3/01, стр. 205.

[7] В. Кривокапић, *Тероризам као облик организованог криминалитета и мере супротстављања*, Безбедност бр. 5/02, стр. 683.

основних слобода и права грађана захтева да не толеришемо слободу и права оних који њиховом злоупотребом, ношени незајажљивом похлепом за новцем и моћи, злочином угрожавају права и слободе других и демократске основе друштва.[8]

Ни масовна кршења људских права искоришћавањем и злоупотребом државних структура,[9] ни организовани криминал, ни тероризам не могу оправдати увођење решења која угрожавају основна људска права и слободе. Када је реч о тероризму постоје мишљења да се у његовом сузбијању треба служити свим расположивим средствима онда када он доведе у опасност саму државу и друштво. Али, веома је тешко сложити се са оваквим ставом јер би у том случају, када држава не би бирала средства у борби са тероризмом, и сама постала организована криминална група. Други, на известан начин исто екстреман став је да прављење изузетака у области кривичног процесног права у циљу сузбијања организованог криминала, па самим тим и тероризма, може водити не само далекосежним променама кривичног процесног права у негативном смислу, већ и угрожавању самих етичких темеља државе.[10]

в) Основна људска права у контексту борбе против тероризма

У оквиру борбе против тероризма, познато је да у неким земљама постоје значајна ограничавања основних права и слобода. Без обзира колико зло представљао тероризам, није оправдана борба против истог по сваку цену. Веома је опасно и за људске слободе и права у целини, кршити норме и начела домаћег или међународног права легитимирајући то сузбијањем тероризма. Терористи верују да је све оправдано што иде у правцу остварења њиховог циља. Међутим, борба против тероризма се не сме водити том логиком, напротив, она треба да реафирмише принципе основних људских права на живот и слободу. Али за велики број држава антитерористичка мантра ствара нове разлоге за игнорисање људских

[8] М. Сингер, *Организирани криминал*, ХЉКПП бр.2/98, стр.568.

[9] Криминалитет оних који имају политичку или економску моћ у нашем друштву, коју врше коришћењем државних, парадржавних или других организација значајно је допринео томе да је доведено у питање остваривање и самог права на егзистенцију одређених слојева у нашем друштву. О овоме више видети: З. Стојановић, Организовани криминалитет и питање заштите и остваривања људских права, Београд 1989.

[10] H. Schneider, *Bellum Justum gegen den Feind in Inneren*, ZStW 3/2001.

права.[11] Мишљење јавног мњења у многим демократским државама се састоји у томе да терористи не заслужују никакву заштиту од стране државних демократских органа. У таквим ситуацијама кршење људских права доводи до пораста несигурности код грађана. Тероризам озбиљно нарушава људска права, представља претњу демократији и има за циљ да наруши плуралистичко грађанско друштво и дестабилизује демократске владе. Међутим, државе су обавезне да у борби против тероризма поштују међународне инструменте за заштиту људских права. Судови за људска права су заузели став да државе не смеју да крше међународно право и међународно хуманитарно право.

Два посебно осетљива питања везана за усвајање Оквирне одлуке Савета Европе у борби против тероризма из 2001. године[12] су се односила на успостављање равотеже између легислативе из домена Одлуке са једне стране и људских права и међународног хуманитарног права са друге стране. Озбиљне примедбе упућене предлогу Комисије, пре свега када је о поштовању људских права реч, навеле су творце нацрта да у Преамбули одлуке нагласе опредељење Европске Уније да штити и поштује основна људска права, али и да утврде да се ни једна одредба Оквирне одлуке не може тумачити тако да умањује или ограничава основна људска права и слободе као што је право на штрајк, слобода окупљања, удруживања или изражавања, укључујући и право појединца да заједно са другима оснива или се удружују у синдикате за заштиту његових интерерса и са тим повезано право на демонстрације. У складу са тим, ставом 2 члана 1. утврђује се да Оквирна одлука не утиче на обавезу поштовања основних права и основних принципа Европске Уније. Ван њеног домена остају и акције оружаних снага током оружаних сукоба, а што је регулисано хуманитарним правом и другим одедбама међународног права.

Системска борба против тероризма захтева значајна ограничења основних људских права и слобода, понекад у знатним размерама. Међутим, кључно питање је која се граница задирања у основна људска права не сме прећи ни у једном случају. Иако је борба против тероризма често оправдање и за драстична ограничења људских права, немогуће је оправдати методе изнуђивања исказа ни ради прикупљања информација корисних за разоткривање терористичких група, под условом да те методе представљају тортуру. [13]

[11] D. J. Whittaker, Terrorists and terrorism in the contemporary world, London 2004, 142.

[12] Proposal for a Council Framework Decision on combating terrorism, COM (2001)521, tp://europa.eu.int/comm/justice.home/unit/terrorism/terrorismsg.en.pdf??

[13] Крајем 2002. године у Washington Post-у је објављен чланак новинара Dane Priest и Bartona□□ Gellmana, под насловом: U.S. Decries Abuse but Defends Interrogations – „Stress

Закони о људским правима покушавају да успоставе „праведну равнотежу“ између легитимне националне безбедности и заштите основних људских права и слобода.

Дерогирање извесних права је могуће у случају ванредног стања у држави (члан 4. Међународни пакт о грађанским и политичким правима[14]; чл. 15. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода[15]). Међутим, извесна права се не могу суспендовати ни у једним условима, а то су: право на живот; слобода мисли, савести и вероисповести; забрана тортуре и нечовечног понашања, нехуманог или понижавајућег поступања или кажњавања; забрана ретроактивног дејства кривичног зако-

and Duress" Tactics Used on Terrorism Suspects Held in Secret Overseas Facilities (овај чланак је иначе обрађен у многим научним радовима). Чланак је изазвао бурне реакције и бројне коментаре у америчкој јавности, јер детаљно извештава о наводним поступцима оперативаца америчке тајне службе и војне полиције према заробљеницима al-Quaede и Талибана у тајном CIA-ином истражном центру у америчкој ваздушној бази Баграм у Авганистану. Тај истражни центар је описан као систем металних бродских контејнера у којима су смештени заробљени осумњичени припадници al-Quaede и талибански заповедници. У чланку се наводи да амерички оперативци према заробљеницима у том кампу практикују методе изнуђивања исказа како би дошли до информација које би могле послужити за разоткривање терористичке мреже al-Quaede и њених припадника. Заробљеници који пристају на сарадњу најчешће бивају награђени храном и пићем, а понекад и новцем. Они који одбијају сарадњу са америчким истражитељима подвргавају се методама изнуђивања исказа које, с обзиром на описану бруталност и могући степен интензитета психичких и физичких патњи заробљеника, представљају тортуру у кривичноправном смислу. Уздржавање од тортуре до недавно је било саставни део америчке политике, која је због примене тортуре осуђивала режиме у Ираку и Северној Кореји, у Јордану и Саудијској Арабији. Бушова администрација данас упорно пориче постојање заробљеничких логора у којима се заробљеници држе неограничено време без подизања оптужнице и суђења, као и примену метода добијања исказа које попримају обележје тортуре. Међутим, проблем је и у томе што САД заробљеним или предатим Талибанима и осумњиченим припадницима al-Qaede заправо уопште не признају статус ратних заробљеника, па је самим тим под знаком питања и примена правила међународног права које се односи на заробљенике. С обзиром да је независним међународним хуманитарним организацијама онемогућен приступ спорним центрима или присутност описаним изручењима заробљеника, чији је чак и идентитет тајан, тешко је доказати оптужбе које терете америчку владу, али исто тако и проверити веродостојност тврдњи те исте владе. Истовремено, чињеница је да информације о третирању заробљеника у америчким центрима и њиховој предаји земљама познатим по суровим методама изнуђивања исказа, потичу од неколицине очевидаца, припадника америчке службе безбедности, као и од неколико бивших радника америчке обавештајне службе, који су додуше анонимно, изнели своја подударна сведочења. Ако су изнети наводи о америчком третирању страних заробљеника тачни, извесно је да САД под плаштом борбе против тероризма, крше нека од основних начела хуманитарног права чију заштиту формално и гарантују.

[14] Службени лист СФРЈ бр. 7/71, Службени лист СРЈ – Међународни уговори 4/2001.

[15] Службени лист СЦГ – Међународни уговори 9/2003.

на (осим у случају да каснији закон предвиђа блажу казну). Дерогација других права је дозвољена само у специјалним случајевима који су одређени у поменутим конвенцијама. Било која мера којом би се суспендовала основна права и слободе грађана мора бити изузетна, строго временски ограничена и може се примењивати само у случајевима крајње нужде, морају бити проверене и у складу са обавезама предвиђеним међународним правом и те мере не смеју бити дискриминаторске.

Комитет за људска права Уједињених Нација (General Comment No. 29 in Annex II)[16] је саставио листу права који представљају допуну људских права одређених у чл. 4 Међународне пакта о грађанским и политичким правима и који не могу бити предмет законите дерогације. Ова права, односно обавезе укључују следеће: према лицима којима је одузета слобода мора се опходити на начин којим се поштује њихово достојанство; забрањено је држање талаца, отмице; забрањено је притварање лица мимо прописа; припадници националних мањина треба да буду заштићени; незаконите депортације и трансфери грађана су забрањени.

г) Ефикасност кривичног поступка и заштита људских права

Главни задатак приликом правног регулисања кривичног поступка у свакој демократској и правној држави јесте ***успостављање равнотеже између два супротстављена интереса*** у кривичном поступку. Док један од њих тежи ефикасности кривичног поступка, други настоји да онемогући прекомерно и неоправдано ограничење људских права и слобода окривљеног у кривичном поступку. После вишевековне тежње за ефикасношћу кривичног поступка, у другој половини XX века предност је добила тежња за заштитом људских права. Међутим, развој тог тренда последње деценије успоравају два велика изазова савременој демократској држави, а то су организовани криминал и тероризам. Наиме, савремени кривични поступци са класичним гаранцијама права окривљеног не дају одговарајуће резултате у сузбијању ових врста тешког криминала. Једно од основних питања које се у вези са кривичноправном реакцијом на организовани криминал и тероризам данас јавља јесте, да ли су потребне посебне мере којима се чак битно одступа од основних кривичноправних принципа и

[16] Digest of jurisprudence of the United Nations and regional organizations on the protection of human rights while countering terrorism, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva 2003, 2.

процесних гаранција. Другим речима, питање је да ли борба против ових облика криминала оправдава одступање од неких основних принципа правне државе, а тиме и сужавање основних права и слобода човека. О овом питању се у теорији воде различите дискусије. Има мишљења која, истичући изузетну опасност организованог криминала и тероризма, у смислу да они чак угрожавају темеље друштва и државе, предлажу ванредне мере и одступања од редовних кривичноправних принципа и гаранција, што је са становишта правне државе и људских права неприхватљиво. Прихватљивије је становиште оних који су одлучно против таквих ванредних мера, са образложењем да одређене интересне групе настоје да дају слику капитулирања друштва пред организованим криминалом и тероризмом, те да треба предузимати бескомпромисно кривично гоњење и у том циљу се служити свим расположивим средствима.[17]

Чињеница је да се основна људска права и слободе знатно ограничавају када је у питању примена посебних истражних мера карактеристичних за откривање и доказивање кривичних дела тероризма и то нарочито у случају надзора и снимања телефонских и других разговора и комуникација другим техничким средствима, тајног праћења и оптичког снимања лица, ангажовања прикривеног иследника, увида у личне и пословне рачуне код банака и других финансијских институција и замрзавања трансакција.

Одступања од неповредивости права на приватност у кривичном поступку се везују управо за примену посебних мера као што су надзор и снимање телефонских и других разговора и комуникација другим техничким средствима, тајна праћења и оптичка (и акустичка) снимања лица, употреба информатора, прикривених иследника, симуловано склапање правних послова и пружање услуга и др. Иако се овим мерама дубоко задире у зону приватности, њима се не нарушава право на приватност, уколико се оне примењују под строго законом утврђеним условима, од стране овлашћених лица и под надзором надлежних органа.

У сваком случају, у циљу поштовања основних права човека, увођење нових метода и средстава мора, поред мера научног опреза, бити праћено строгим везивањем за законске норме, дух закона и етичка правила. На тај начин се може обезбедити достојанство човека и одговарајући положај окривљеног у кривичном поступку. У супротном, поједина научна достигнућа прете да угрозе човека и његова елементарна права.[18] То се пре свега односи на бројне техничке уређаје за акустичку и оптичку опсервацију и регистрацију.

---

[17] P. A. Albrecht, *Spezialpravention angesichts neuer Tatergprupen*, ZStW 4/1985, 859-861.

[18] Р. Данић, *Прибављање доказа у кривичном поступку*, ЈРКК бр. 2-3/01, стр. 205.

д) Превентивне и репресивне мере у борби против тероризма (упоредно-правна решења)

Борба против организованог криминала и тероризма на пољу превенције и репресије у погледу људских права је по правилу тројака. Прво, постојећа права се ограничавају формалним законодавством (допуњавају се закони, доносе се нови закони којима се ограничавају права и слободе носилаца организованих криминалних и терористичких активности, а органима репресије се дају све шира овлашћења (и то нарочито полицијским органима)). Друго, постојећи закони се тумаче рестриктивно, на уштрб људских права, дискриминаторно. Треће, општа атмосфера безвлашћа, страха и панике (нарочито код терористичких аката) утиче на органе који спроводе законе, њихову моћ расуђивања и понашање у ситуацијама у којима користе своја дискрециона права.

У ***упоредном законодавству*** у борби против тероризма и организованог криминала се уочава тренд давања широких овлашћења полицији када су у питању **лишавање слободе и полицијско задржавање**. Тако је у ***Немачкој*** дозвољено у случајевима тероризма превентивно полицијско задржавање када се основано претпоставља да је окривљено лице извршило забрањене радње у оквиру терористичке организације, чак и у случајевима када се опасност од поврата или бекства не показује.[19] У ***Италији***, у случајевима тероризма је Законским декретом бр. 625, познатијим као Законом о антитероризму предвиђена могућност лишења слободе од стране органа јавне безбедности. Наиме, када у току операција полиције јавне безбедности, усмерених на превенцију кривичних дела, постане евидентна апсолутна неопходност и хитност, старешине и службеници полиције јавне безбедности могу лишити слободе лица за која се, због њиховог понашања и у односу на временске и месне околности, намеће потреба проверавања понашања и чињења који, иако не укључују елементе покушаног дела, ипак могу бити усмерени ка извршењу кривичних дела у вези са тероризмом. Лица лишена слободе од стране старешине јавне безбедности могу бити подвргнута личном претресу и од тих лица могу бити прикупљена потребна обавештења. Такво лице може бити задржано онолико времена колико захтевају околности због којих је лишено слободе, али не више од 48 сати. Уколико се утврди да је сумња неоснована, лице се одмах пушта на слободу, а у супротном се оно приводи јав-

[19] E. J. H. Moons, *Политички и правни приступ тероризму и анархистичком криминалитету у СР Немачкој*, Избор бр.1-2/1979, стр. 125.

ном тужиоцу. У сваком случају лишења слободе или извршеног претреса, старешине и службеници јавне безбедности су дужни да поднесу извештај јавном тужиоцу. У случају да су сумње основане, јавни тужилац потврђује лишење слободе или претрес.

Овим се уводи тзв. полицијско хапшење (превентивно хапшење, хапшење због јавне безбедности). Овим се проширује превентивна делатност органа јавне безбедности и пружа одговарајућим органима инструмент који је до тада био резервисан само за органе судске полиције.

Уведено је и поједностављење механизма међусобних односа полицијских и судских власти приликом лишења слободе лица. Измене су претежно формалне природе и то су: лице лишено слободе се може задржати за време које је потребно за прве провере али не више од 48 сати; јавни тужилац мора бити обавештен о лишењу слободе без одлагања (раније-одмах), а најкасније у року од 48 сати; обавезно извештавање о резултатима извршених претходних истраживања (раније је било обавезно извештавање разлога због којих је издат налог за лишење слободе).

Нови Антитерористички закон у Италији који је донет 22. јула 2005. године (ступио на снагу 01. августа 2005. године) као одговор на терористички напад у Лондону 7. јула 2005. године, садржи читав низ нових антитерористичких мера које су у стручној јавности изазвале веома бурне реакције да ли се ради о ванредним мерама или не. Новине које се односе на кривичнопроцесно законодавство су следеће: временски период током кога се осумњичено лице може саслушавати без адвоката је повећан са 12 на 24 сата.[20] Извршној власти је дато право да саслушава осумњичено лице без присуства адвоката чиме се дерогирају извесне гаранције осумњиченом лицу чиме му се одузима право на правично суђење. Надзор над спровођењем ових мера је постао више политички него судски. Право прикупљања обавештења од задржаног лица која је првенствено имала DIA, сада је проширено и на локалне полицијске власти, карабињере ради истраживања кривичних дела тероризма, као и на судску полицију и царинске службенике када су у питању кривична дела финансирања тероризма, и то како у превентивне, тако и у репресивне сврхе. Тајним службама овај нови закон даје право да меру надзора и снимања телефонских и других разговора и комуникација другим техничким средствима спроводе без икаквих временских ограничења. Такође, нови закон омогућава прогон

[20] Време саслушавања осумњиченог лица без присуства адвоката је ограничено у Италији на 12 сати после смрти Pinelli-а, анархисте који је био осумњичен за умешаност у подметање бомбе на Piazza Fontani. Касније се установило да су за тај терористички напад били одговорни припадници тзв. десног крила. Pinelli је умро након пада кроз прозор током саслушања 1969. године.

странаца од стране Префекта (извршне власти) ако се сматра да њихово присуство у земљи на било који начин доприноси тероризму и то само на основу посредних доказа до којих је дошла тајна служба.[21]

У ***Канади*** Антитерористичким актом[22] су предвиђена нова полицијска овлашћења. Акт допушта изузетну слободу полицајцима приликом привођења осумњичених лица. Наиме, полицајац може лишити слободе лице без налога уколико сматра да постоји опасност од спровођења терористичке акције и да ће се иста спречити притвором управо тог лица. Како се таква лишења слободе ипак не би могла спроводити без даљег образложења, полицајац је дужан да у року од 24 сата изађе пред судију и да објасни разумност – оправданост својих сумњи и основа на којима се оне темеље. Уколико до судије није могуће доћи у том року, притвор се може продужити до прве могућности изласка пред судију. Уколико полицајац који је извршио превентивно лишење слободе, и пре изласка пред судију утврди, да нема разлога за продужавање притвора, осумњичено лице може пустити на слободу и пре истека 24 сата.

У ***Енглеској*** је Антитерористичким актом[23] из 2001. године полицији дата могућност привођења сумњивих лица без налога за хапшење, уколико постоји основана сумња да је појединац терориста. Лице лишено слободе на овај начин мора бити пуштено на слободу у року од 48 сати уколико се против њега не подигне оптужница. Ако полицајац који је извршио хапшење без налога накнадно поднесе захтев за издавање тог налога, тада се притвор по одобрењу захтева, продужава за време наведено у налогу.

Према становишту Врховног суда Велике Британије овај закон је у супротности са Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода (чл. 5.) због тога што омогућава неограничен притвор осумњичених лица без суђења.[24] Такође, закон је у супротности и са чланом 14. Конвенције јер омогућава притвор осумњичених за међународни тероризам, који је дискриминаторски по националној основи и у односу на њихов имигрантски статус.[25]

---

[21] О новом Антитерористичком закону Италије видети: Statewatch analysis: Italy Tough new anti-terrorist laws adopted,

[22] Anti-terrorism Act, http://canada.justice.gc.ca/en/news/nr/2001/doc_27787.html

[23] Anti-terrorism Act, http://www.publications.parlament.uk/pa/cm200102/cmbills/049/en/02049x--.htm

[24] http://www.bbc.co.uk/serbian.

[25] Р. Сепи, *Нове мере у борби против тероризма у Великој Британији,* Правни живот бр.9/2005, стр.112.

Британска влада је 2005. године предложила нова законска решења којима би требало појачати мере за борбу против тероризма у земљи, која у ствари представљају дуго најављиване измене Закона из 2001. године.[26] Извесне измене су предвиђене и у области процесног законодавства којима се полицији омогућава да лица осумњичена за тероризам држе у затвору до три месеца без оптужнице. Осим тога, нова решења предвиђају да се без суђења може наредити кућни притвор, уведе полицијски час и електронски надзор лица која су осумњичена за кривично дело тероризма.[27] Од свих нових решења најспорнија су она која Државном секретару дају овлашћење за доношење контролних наређења против сваког лица за кога се основано сумања да је, или је био укључен у активности у вези са тероризмом, а ради заштите друштва од тероризма. Ове наредбе укључују нарочито забрану или ограничено поседовање или употребу специјалних роба или материјала, забрану или ограничено коришћење специјалних услуга или вештина везана за рад, посао или слободно време, ограничења у погледу комуникације или контаката са одређеним или са свим особама уопште, ограничења у погледу боравка на одређеним местима, ограничење или забрана напуштања територије Велике Британије итд. Све ове мере имају за циљ спечавање терористичког деловања.

Такође, у упоредном законодавству постоји тренд ширења овлашћења полицијских органа када је у питању **претрес лица и стана и привремено одузимање предмета** у вези са откривањем и доказивањем кривичних дела организованог криминала и тероризма, којим се знатно задире у сферу приватности. Тако је у ***Италији*** у случајевима тероризма дозвољено полицији да изврши претрес целих зграда и блокова зграда. У ***Енглеској*** овлашћења полиције су проширена приликом заплене терористичких средстава на државној граници тако да овлашћени полицајац може одузети и запленити новац за који се према овој одредби може основано сумњати да је намењен подршци терористичких активности уколико представља у целини или делом финансијске ресурсе описаних терористичких организација. Ова се одредба односи на новац који се уноси у Велику Британију да би се проследио даље. Осим тога, полиција задржава овлашћења заустављања и претреса сумњивих лица и предузимање других активности да би се сузбио тероризам као што су спречавање финансирања тероризма и заплена средстава којима се користе терористи.

[26] http://www.bbc.co.uk/serbian.
[27] http://www.freerepublic.com/focus/f-news/1361169/posts.

Још једна новина у борби против тероризма значајно доводи у питање права и слободе грађана, а то је издавање спискова са лицима за која се сумња да су терористи. Тако се у ***Енглеској*** издају потврде о осумњиченим међународним терористима. Сертификат или потврда се могу издати уколико државни тужилац верује да присутност појединца у Великој Британији представља претњу националној безбедности, и сумња да је појединац међународни терориста. Државни тужилац има право да сумња да је лице међународни терориста уколико је лице повезано са спровођењем, припремом или помагањем међународног тероризма , уколико је члан или припада међународној терористичкој групи или је повезан са лицем које је члан или припада међународној терористичкој групи. Осумњичени терориста се може жалити Специјалној имиграцијској жалбеној комисији о издавању сертификата којим се потврђује да је он осумњичени међународни терориста. Комисија има право да укине сертификат уколико се не слаже са одлуком државног службеника да осумњичено лице испуњава услове потребне за издавање сертификата или мисли да се због нечег другог сертификат није требао издати. Жалбу на издавање сертификата је могуће поднети у року од три месеца од дана издавања сертификата. Осим тога, Специјална имиграциска жалбена комисија има дужност да размотри сваки издати сертификат у року од 6 месеци од дана издавања сертификата. Одлука комисије о жалби сматра се коначном чиме се могућност жалбе на један сертификат омогућује само један пут пред једном комисијом. Истовремено, одлука комисије о поништењу сертификата не спречава државног тужиоца да изда други сертификат на основу промењених околности. Одредбе које се тичу сертификата о осумњиченим међународним терористима сматрају се важећим 15 месеци од дана доношења Антитерористичког акта. Државни тужилац има право да продужи употребу ових одредби до годину дана након истека рока.

ђ) Закључна разматрања

Опасност по права и слободе грађана није у самим законима и њиховим неприхватљивим одредбама, већ у извитопереним схватањима о улози права у модерној држави.[28] До доношења судске пресуде, људска права се могу ограничавати само у оној мери која је допуштена према прецизно утврђеним међународним стандардима.

[28] М. Грубач, *Кривично процесно право и ванредно стање*, Зборник радова: Стратегија државног реаговања против криминала, Београд 2003, стр. 399.

Иако је на декларативном нивоу евидентна инфлација људских права, са друге стране се уочава масовно кршење тих истих права која су постала део система било на међународном, било на унутрашњем плану појединих држава. У појединим земљама се на унутрашњем плану свакодневно (некада грубо, а некада рафинирано) крше људска права појединаца и то по правилу оних, који припадају маргиналним друштвеним слојевима, или оних који су етикетирани као политички непријатељи. Приликом кривичноправне интервенције се мора водити рачуна о људским правима, а њихово ограничавање, односно повреда се мора свести на минимум. У том погледу су начело легалитета и легитимитета од нарочитог значаја. Борба против организованог криминала и тероризма не може оправдати увођење решења која су на линији слабљења правнодржавног кривичног права. Веома је тешко ускладити употребу кривичног права са начелом сразмерности, и у том погледу је тешко избећи одређену арбитрерност. И у примени кривичног права је ограничење слобода и права грађана дозвољено само онда када је изван сваке сумње да је то безусловно неопходно.[29]

Озбиљна опасност за људска права од самог кривичног права, па самим тим и кривичног процесног права прети због неефикасности које оно показује нарочито на подручју организованог криминала и тероризма. Та неефикасност за последицу има јачање тенденција ка изразито репресивном кривичном праву које би само по себи представљало већу опасност по слободе и права грађана, него оно што би се њиме желело сузбити. Ни масовна кршења људских права од стране моћних група или појединаца, или чак целог режима, и уопште, систематско неправо, не могу бити повод за одустанак од основних начела кривичног и кривичног процесног права. За једну озбиљнију и ефикаснију заштиту основних људских права потребно је претходно створи реалне оквире за креирање једног кривичног законодавства коме ће то бити основни циљ, и који ће и у примени обезбедити ефикасну заштиту тих основних права и слобода човека.

Постоје мишљења да је заштита људских права илузорна и бесмислена, уколико она иде на штету чувања људских живота и њихових материјалних добара којима прети опасност од тероризма на првом месту, али и од организованог криминала. Наћи праведну и хуману сразмеру између ова два процеса на међународном и унутрашњем плану није ни мало лако, поготово ако се у циљу заштите људских права посеже за те-

[29] J. Wolter, *Menschenrechte und Rechtsguterschutz in einem europaischen Strafrechtssystem*, Munchen 1995, стр.15-16, цитиран код З.Стојановић, Стање и тенденције у кривичном законодавству у области заштите људских права, Права човека бр.1-2/2002, стр. 89.

роризмом.[30] Поборници оваквог мишљења истичу да управо очување основних слобода и права грађана захтева да не толеришемо слободу и права оних који њиховом злоупотребом и злочином, ношени незајажљивом похлепом за новцем и моћи, угрожавају права и слободе других и демократске основе друштва.[31]

[30] В. Кривокапић, *Тероризам као облик организованог криминалитета и мере супротстављања*, Безбедност бр. 5/02, стр. 683.

[31] М. Сингер, *Организирани криминал*, ХЉКПП бр.2/98, стр. 568.

Tatjana Lukić, Ph.D., Assistent
Novi Sad School of Law

Combat Against Terrorism and Human Rights

Abstract

One of the consecvences in efficient combat against terrorism in many countries in European Union has led to restrain human rights and in some cases even to derogation some of them. This fact caused a serious theoretical argument about justifiyng those legal measures which jeopardise human rights. In this article the author deals with human rights and their connection with combat against terrorism, also the author deals with new measures which are implemented in legislations in many countries which referes to restraining some human rights like arrest, search and seisure, surveillance etc.

343.352(094.2)

Милена Павловић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

КОНВЕНЦИЈА УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА ПРОТИВ КОРУПЦИЈЕ И ЊЕНА ПРИМЕНА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

Сажетак: *Усвајање Конвенције Уједињених нација против корупције крајем 2003. године, означило је стварање новог глобалног и јединственог приступа у борби против ње. Конвенција синтетизује многобројне и разноврсне методе спречавања и сузбијања корупције и због тога представља једини такав документ донет у оквиру једне међународне организације. У раду се, након кратког излагања осталих обавезујућих међународних аката који су донети пре поменуте Конвенције, анализира њена садржина, а затим и импликације на домаће право. Након тога, обрађује се усклађеност домаћег права са овом Конвенцијом.*

Кључне речи: *Корупција, Конвенција Уједињених нација против корупције, Међународни инструменти за борбу против корупције*

Борба против корупције на међународном нивоу

Коришћење инструмента државне принуде, изражене кроз примену санкција кривичног закона, у случајевима коруптивних понашања, одавно је престало да се сматра ефикасним методом сузбијања корупције. Ово нарочито важи за државе у којима је степен корупције висок и које имају изражену корупциону „културу“, односно у којима јавност корупцију не посматра као кривичноправни, већ морални или етички проблем. Ради се, дакле, о државама у којима се они који корумпирају и они који су корумпирани не сматрају криминалцима, већ просечним грађанима. У њима је корупција, у правом смислу те речи, темељни друштвени проблем. Искорењивање корупције у таквим земљама се не своди само на опрезност и прецизност при креирању одговарајућих одредаба кривичног права, већ, може се слободно рећи, обухвата и преваспитавање грађана. Због тога је борба против корупције временом измештена са поља кривичног права (иако је оно, нажалост, и даље основно и незамењиво средство сузбијања ове појаве) на поље других грана права. Наиме, уочило се да је могуће, доношењем већег броја закона и предузимањем других мера, превентивно деловати на коруптивна понашања и тиме од кривичног права, у погледу решавања овог проблема, заиста направити *ultima ratio.*

Иако је теорија спознала могућности које у вези са овом појавом нуде превенција и друге методе, те идеје дуго времена нису могле да се примене једнообразно, а државе су биле препуштене сопственој иницијативи у спречавању и сузбијању корупције. Упркос активностима бројних међународних организација и њиховом напору да понуде нормативне смернице које ће државама олакшати пут ка смањивању степена корупције, све до скора није постојао међународни инструмент који би се на свеобухватан начин позабавио овим проблемом. Конвенције и „меко право“ Савета Европе, OECD-а и Европске уније[1] били су недовољни, како због свог необавезујућег карактера за оне државе које нису чланице ових организација, тако и због специјалног карактера конвенција (оне се, ипак, баве само по-

[1] Поред аката донетих у оквиру ових организација, који ће бити укратко изложени, на овом месту се могу поменути две конвенције које нису од значаја за европске државе, јер су донете у оквиру ваневропских организација, али које обрађују слична питања као европске. То су Конвенција о спречавању и сузбијању корупције Уније афричких земаља (из 2003. године) и Интер-америчка конвенција против корупције Организације америчких држава (из 1996. године). О Интер-америчкој конвенцији и борби појединих државних органа САД против корупције видети у Landmeier, Lisa M. et al, *Anti-Corruption International Legal Developments,* The International Lawyer, број 36, 2002. година, стр. 589-606.

јединим питањима везаним за корупцију). Јасно је да је одговарајући инструмент могао да се донесе само у оквиру Уједињених нација, имајући у виду универзални карактер ове организације. На основу иницијативе Генералне скупштине Уједињених нација изражене у Резолуцији број 55/61 од 4. децембра 2000. године, три године касније, 31. октобра 2003, донета је Конвенција против корупције.[2] Она се сматра првим свеобухватним међународним инструментом у борби против корупције.[3]

Доношење ове Конвенције било је условљено практичним разлозима. Наиме, иако је корупција стара колико и друштво и иако се на њу на различите начине реагује од настанка уређене људске заједнице, њене основне карактеристике су се у једном релативно кратком року коренито измениле. То заправо значи да се корупција на неки начин отргла од своје традиционалне форме и почела да поприма сасвим нове манифестације. Од најчешћих видова ситне и крупне корупције која се вршила у оквирима једне државе и то по правилу у јавном сектору, корупција почиње да се шири на приватни сектор и да се јавља у раније непознатим процесима (приватизација, јавне набавке), новоформираним органима (међународни судови, органи међународних организација) и да, једноставно речено, и сама сасвим успешно прати процес глобализације и повезивања држава. Један број међународних организација је у последњих десетак година уочио ове проблеме и покушао да их реши доношењем појединих аката. Најзначајнијим актима се, у том смислу, сматрају:

- Конвенција за борбу против подмићивања страних јавних функционера у међународним пословним трансакцијама, која је донета у оквиру Организације за економску сарадњу и развој (OECD) из 1997. године;
- Конвенција о борби против корупције која укључује функционере ЕЗ или функционере држава чланица, коју је усвојио Савет Европске уније 1997. године;
- Кривичноправна конвенција о корупцији Савета Европе, која је донета 1999. године; и
- Грађанскоправна конвенција о корупцији Савета Европе, која је донета 1999. године.[4]

[2] Конвенција је усвојена Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација број 58/4. Текст Конвенције на енглеском и другим језицима Уједињених нација може се пронаћи на адреси http://www.unodc.org/unodc/en/crime_convention_corruption.html.

[3] Конвенцију је до сада потписало 140 држава, а ратификовало 78. Подаци се могу пронаћи на адреси: http://www.unodc.org/unodc/crime_signatures_corruption.html.

[4] Веома добар преглед важећих међународних инструмената представља приручник *Corruption – Compendium of International Legal Instruments on Corruption (second edition)*, из 2005. године који је сачинио *United Nations Office on Drugs and Crime*, а који се може пронаћи на адреси www.unodc.org.

Наведене конвенције су све до доношења конвенције УН биле једини правни документи међународног карактера који су се бавили овим питањем.[5] Иако имају одређену вредност, они су у много чему били мањкави. Да би било јасно шта су недостаци ових аката, укратко ће бити изложена њихова садржина.[6]

Иако Конвенција OECD-а за борбу против подмићивања страних јавних функционера у међународним пословним трансакцијама има, као што је из назива јасно, веома ограничено поље примене, она се бави једним од највећих проблема данашњице у вези са корупцијом. Ова Конвенција има само 17 чланова и предвиђа да дело подмићивања страног јавног функционера може бити учињено од стране физичког и правног лица. Поред ових одредаба, које чине суштину Конвенције, она се бави и питањима надлежности, екстрадиције, сарадње држава, итд.[7]

Конвенција о борби против корупције која укључује функционере ЕЗ или функционере држава чланица, која је донета у оквиру Европске уније, настала је из потребе да се казне коруптивна понашања поменутих лица која нису могла да буду санкционисана кривичним нормама појединих држава чланица ЕУ. Ова веома кратка Конвенција најпре даје дефиниције кривичних дела давања и примања мита, а затим обавезује државе да функционере појединих органа ЕУ третирају, у смислу кривичног гоњења и примене материјалног кривичног права, као функционере одговарајућих органа у сопственим државама. Остатак Конвенције је посвећен кажњавању, надлежности, гоњењу, екстрадицији и другим питањима.[8]

Кривичноправна конвенција Савета Европе се у највећем делу бави одређивањем понашања која спадају у појам корупције. Тако се корупцијом сматрају давање, односно примање мита, које може укључивати (у смислу примаоца мита) јавног службеника (домаћег или страног) и припадника скупштинског тела (домаћег или страног) које поседује законодавна или административна овлашћења. Поред овога, инкриминише се и

[5] Поред поменутих конвенција, постоји заиста велики број правно необавезујућих аката, као што су препоруке, правилници и закључци појединих тела, али с обзиром на њихов карактер, они у овом раду неће бити обрађивани. Такође, неће бити узета у обзир ни Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала („Службени лист СРЈ – Међународни уговори“, број 6/2001.), јер се она само супсидијарно бави корупцијом, односно регулише корупцију само у вези са организованим криминалитетом.

[6] Наша држава је потписница обе конвенције Савета Европе, док, због тога што нисмо чланови OECD-а и Европске уније, конвенције ових организација код нас не важе. Међутим, Конвенција OECD-а се може потписати, без обзира на чланство у овој организацији.

[7] *Corruption – Compendium of International Legal Instruments on Corruption (second edition)*, стране 243-249.

[8] *Ibidem,* стране 183-190.

примање и давање мита у приватном сектору, корупција функционера међународних организација, међународних скупштинских тела, као и судија, односно службеника међународних судова. Такође, од држава се захтева инкриминисање прања новца, а установљава се кривична одговорност правних лица за поједине облике корупције. Последњих неколико чланова је посвећено мерама процесног карактера, које се односе на сарадњу између различитих државних органа, заштиту оних који пријаве акте корупције и оних који се појављују као сведоци у кривичном поступку, као и прописивању посебних мера којима се олакшава откривање случајева корупције и заплена средстава прибављених корупцијом.[9]

У преамбули Грађанскоправне конвенције Савета Европе, изражава се став да се и мерама грађанског, а не само кривичног права, може допринети борби против корупције, нарочито тако што ће се особама које су претрпеле штету услед аката корупције омогућити правична надокнада. Ово је истовремено и сврха поменуте Конвенције и она се управо по свом предмету регулисања разликује од осталих конвенција. У њој се најпре прописују мере које треба предузети на државном нивоу, а које се састоје у стварању могућности за додељивање правичне надокнаде особама које су услед аката корупције претрпеле штету. Поменута надокнада може бити додељена за обичну штету, изгубљену добит и нематеријалну штету. Конвенција установљава и обавезу државе да надокнади штету коју су, актима корупције, проузроковали њени службеници. Даље, Конвенција сматра да су уговори настали као последица корупције ништави. Осим тога, предвиђена је заштита оних који у доброј вери пријаве корупцију („дување у звиждаљку“), као и стварање механизама којима ће се омогућити исправна контрола финансијског пословања фирми.[10]

Ова кратка анализа указује на то да су све поменуте конвенције крајње специјалног карактера, односно да свака од њих обрађује само један аспекат корупције. Кривичноправна конвенција Савета Европе се бави нормирањем кривичних дела корупције, што је готово једина област коју су државе већ покриле, тако да у том смислу не даје велики допринос.[11] Грађанскоправна конвенција у суштини полази од једне нове идеје и има шири приступ проблему корупције, али такође обрађује питање према коме су државе и иначе имале позитиван став. Две остале конвенције

[9] *Ibidem,* стране 139-154.

[10] *Ibidem,* стране 131-138.

[11] Наравно, веома је значајно то што она предвиђа одговорност страних службеника, службеника међународних органа и корупцију у приватном сектору, што су или нови субјекти или нове форме корупције, тј. нетрадиционална коруптивна понашања, која уобичајено нису регулисана у унутрашњим правима.

(OECD-а и Европске уније) су крајње прагматичне, јер им је циљ да ефикасно реше нека уочена, сасвим конкретна негативна понашања. Међутим, оне су ограниченог домета и сврха им свакако није да државама понуде нове методе за борбу против корупције, већ да искључиво реше постојеће проблеме. Уколико се постави питање шта треба променити у законодавствима појединих држава да би се она ускладила са овим конвенцијама, видљиво је да те измене нису корените. Велико је питање да ли би уопште нешто требало изменити, а ако би то и био случај, измене би се скоро искључиво тицале кривичног материјалног и процесног права. Дакле, иако ови акти решавају неке новоуочене проблеме (корупција у међународним пословним трансакцијама или корупција функционера међународних организација), оне немају општи карактер и не помажу земљама да унапреде постојеће методе супротстављања корупцији.

Све наведено је представљало подстицај за доношење Конвенције Уједињених нација против корупције (у даљем тексту Конвенција УН). Партикуларност у регулисању корупције и понуђена решења дотадашњих конвенција нису допринели њеном значајнијем сузбијању. Било је неопходно државама понудити начине да се против корупције боре и ван домена кривичног права. Такође, требало је осмислити начине како да само кривично право буде ефикасније. Напослетку, било је пожељно да се донесе јединствен правни инструмент који би могао да „униформише“ борбу против корупције у целом свету. Такав је био и став Генералног секретара УН, који је приметио да „мандат дат од стране Генералне скупштине резолуцијом 55/61 и 55/188, представља јединствену прилику да се развије глобални правни инструмент против корупције који ће у потпуности одсликати забринутост целе међународне заједнице и који може у себи да сажме одредбе и механизме који су примењиви на светском нивоу.“[12] У прилог чињенице да су сазрели услови за доношење једног оваквог акта, говорила је и све већа заинтересованост јавности за овај проблем, у чему су нарочиту улогу играле поједине невладине организације, а нарочито *Transparency International.* Сматра се да је новонасталој свести о постојању проблема такође допринело реално повећање стопе корупције у свету, као и пуно отворенији приступ у анализи проблема од стране медија.[13] Коруп-

[12] Део закључка Генералног секретара УН који је презентован у извештају *Existing International Legal Instruments, Recommendations and other Documents addressing corruption,* из 2001. године. У Извештају је, ради спровођења поменуте резолуције УН број 55/61, којом је одлучено да се донесе јединствен акт за борбу против корупције, извршена детаљна анализа свих међународних правних инструмената који се баве корупцијом. Извештај је преузет са www.unodc.org.

[13] Wang, Hongying; Rosenau, James N, *Transparency International and Corruption as an Issue of Global Governance,* Global Governance, број 7, 2001. година, стране 29-31.

цијом су чак почеле да се баве и организације које, по својој основној активности, немају толико додирних тачака са њом, као што су Светска трговинска организација (WTO), Међународни монетарни фонд (IMF) и многе друге. У сваком случају, преовладало је схватање да је и корупција, као и велики број других криминалних понашања (нарочито многобројни и разноврсни облици организованог криминалитета) превазишла могућности за сузбијање које имају појединачне државе и да је постала светски проблем. Због тога и не чуди да се данас ангажовање у борби против ње схвата као активност од међународног значаја, сасвим подобна да креира једну нову грану међународног права.[14]

Конвенција Уједињених нација против корупције

Конвенцију Уједињених нација против корупције, Србија и Црна Гора је потписала 11. децембра 2003. године, а ратификовала 20. децембра 2005. године.[15] Тиме је наша држава, уз претходно ратификовану Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, прихватила да домаће право обогати свим нормативно обавезујућим актима УН за сузбијање и спречавање корупције. Иако се ради само о две конвенције, може се слободно рећи да тренутно не постоје бољи акти којима се регулише борба против корупције на начин који превазилази оквире кривичног права. Усвајање и правилно имплементирање Конвенције о корупцији би требало да гарантује искорењивање, или барем смањивање степена корупције.[16] Да се ради о свеобухватном приступу, може се закључити већ и на основу прегледа садржаја Конвенције. Она, поред преамбуле у којој су истакнути разлози за њено доношење и основни циљеви, има осам поглавља. Осим општих (поглавље I) и завршних (поглавље VIII) одредаба, обрађује превентивне мере (поглавље II), криминализацију коруптивних понашања и улогу субјеката кривичног гоњења (поглавље III), међународну сарадњу (поглавље IV), повраћај добара (поглавље V), техничку сарадњу и размену информација (поглавље VI), као и механизме за имплементацију (поглавље VII).

[14] Carver, Jeremy P, *Combating Corruption: the Emergence of New International Law,* International Law Forum du droit International, број 5, 2003. година, стране 119-123.

[15] Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација против корупције, „Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, број 12/2005.

[16] Ова тврдња је оправдана нарочито уколико се узме у обзир да смо већ раније потписали две поменуте конвенције Савета Европе.

На самом почетку поглавља I (чланови 1-4), наводе се три основна циља ове Конвенције. То су: (1) увођење и јачање мера за ефикасније и успешније спречавање и сузбијање корупције; (2) омогућавање и олакшавање међународне сарадње и техничке помоћи; и (3) промовисање јединствености, одговорности и ваљаног руковођења јавним пословима и јавном имовином. Такође, као поље примене ове Конвенције (члан 3) наводе се превенција, спровођење истраге и кривично гоњење учинилаца аката корупције, као и замрзавање, заплена, конфискација и повраћај средстава која су настала као последица кривичног дела. Већ из ових одредаба се може видети да Конвенција против корупције претендује на свеобухватан приступ овом проблему, јер садржи низ мера које су у криминалнополитичком смислу изузетно разноврсне.

Поглавље II (чланови 5-14) се бави питањем превенције. Поред генералних одредаба о потребама за превентивним деловањем у односу на ову појаву, Конвенција у члану 6 предлаже оснивање посебног тела или више тела, која ће се бавити спречавањем корупције и која треба да буду независна од спољних утицаја, материјално обезбеђена и стручно оспособљена. Такође, од држава се захтева да се приликом запошљавања чиновника и осталих неизабраних јавних службеника руководе принципима објективности, ефикасности и транспарентности (члан 7). Даље, од држава се тражи да поклоне нарочиту пажњу питањима поступка избора и обуке оних појединаца који конкуришу за места која су нарочито подложна корупцији и да се запослени на тим местима ротирају. Посебну пажњу треба посветити новчаном вредновању рада ових лица. Затим, препоручује се организовање едукације и тренинга како би запослени на ризичним позицијама могли да одговоре захтевима које пред њих поставља обављање јавних функција и како би се појачала њихова свест о опасностима које вребају од корупције на тим позицијама. То се нарочито може постићи састављањем правилника о понашању службеника у вршењу службе. Члан 7 од држава још тражи да пропишу критеријуме које треба да испуњавају кандидати за места у државној служби, затим да повећају транспарентност у финансирању кандидатура за изборна места у државној служби, као и да обезбеде транспарентност у финансирању политичких партија. Као нарочито битан, поставља се захтев да се успоставе системи који омогућавају транспарентност и спречавају сукоб интереса. Члан 8 ове Конвенције регулише питање правилника о понашању јавних службеника. Од држава потписница се најпре тражи да креирају овакав правилник. Поред тога, од службеника се захтева да пријављују све што оно може довести до сукоба интереса (спољне активности, имовину, поклоне). Овим чланом се регулише и питање олакшавања процедуре пријављивања аката корупције од

стране јавног службеника, уколико у свом раду наиђе на овакав случај. Даље мере спречавања корупције су у вези са поступком јавних набавки и управљањем јавним финансијама. У погледу поступка јавних набавки, тражи се да он буде транспарентан, заснован на објективним критеријумима и конкуренцији. Да би се ово остварило, неопходно је да се информације о потребама субјеката који покрећу поступак јавних набавки што више рашире, да се критеријуми за учествовање и за доношење одлуке одреде што прецизније, као и да се установи одговарајући жалбени поступак. Што се тиче управљања јавним финансијама, захтева се транспарентност у поступку доношења буџета, правовремено информисање о јавним приходима и расходима, постављање рачуноводствених и ревизионих стандарда, као и вршење ефективне и ефикасне интерне контроле и контроле ризика. Члан 10 се бави питањем доступности информација од јавног значаја. У погледу судства и тужилаштва (члан 11) говори се генерално о потреби да се ојача интегритет судства и да се отклоне прилике за коруптивна понашања, што може бити учињено и путем прописивања правила о понашању судија. То се такође односи и на тужиоце. Када се ради о приватном сектору (члан 12), постављају се исти захтеви као за јавни сектор. Неке од мера које треба применити су: успостављање сарадње између органа гоњења и релевантних приватних ентитета, развој стандарда и поступака који треба да заштите интегритет приватних ентитета, повећање транспарентности у односима приватних ентитета, спречавање сукоба интереса када се ради о лицима која су обављала одговарајућу јавну функцију, као и обезбеђивање интерне ревизорске контроле. Такође, нарочито треба водити рачуна да се предупреде понашања која су оријентисана на рачуноводствене и ревизионе злоупотребе. Члан 13 се бави учешћем друштва, као једном од потенцијално најбољих мера за сузбијање корупције. У том смислу се највише очекује од грађана, невладиних организација и локалних заједница. Ове мере укључују могућност да грађани приступе информацијама од јавног значаја, а поред тога се инсистира и на промовисању нетолеранције према корупцији путем средстава јавног информисања и установа за образовање. У Конвенцији је такође изражено становиште да је неопходно упознати јавност са постојећим телима за борбу против корупције и омогућити грађанима да са таквим телима лако ступе у контакт. Напослетку, последњом мером за спречавање корупције се сматрају активности везане за сузбијање прања новца. Најпре, тражи се установљавање регулаторног и надзорног режима контроле свих институција које могу да буду подложне прању новца, затим да се успостави режим контроле кретања готовог новца и да се води рачуна о субјектима електронског трансфера новчаних средстава.

Поглавље III (чланови 15-29) најпре наводи понашања која се сматрају актима корупције. Очигледно је да се ради о делима примања и давања мита која могу бити учињена од стране, односно према, домаћем или страном јавном функционеру или према функционеру јавне међународне организације. Ова дела могу бити учињена само са намером (односно умишљајем), а корист може бити намењена учиниоцу или неком другом лицу. Поред ових основних облика, Конвенција инкриминише и дела проневере, злоупотребе службеног положаја (односно утицаја) и незаконитог богаћења. Поред јавног, Конвенција се бави корупцијом и у приватном сектору. У том смислу се као кривична дела могу јавити примање мита, давање мита и проневера. Такође се регулише прање средстава стечених извршењем кривичног дела и то чак ако је дело којим су средства стечена, извршено у другој држави. Кривичним делом се сматра и прикривање средстава која су њиме настала, уколико код лица које ово чини постоји свест о томе како се до ових средстава дошло. Интересантно је да Конвенција чини имплементирање појединих кривичних дела облигаторним, док код других оставља државама да саме одлуче да ли ће их унети у домаће право. Предвиђена је, даље, и одговорност саучесника, а Конвенција оставља државама да, уколико то желе, санкционишу и покушај, односно припремање ових дела. У Конвенцији се тражи да буде установљена одговорност правних лица, без обзира на то да ли се ради о кривичноправној, грађанскоправној или административној одговорности. У погледу застаревања, од држава се захтева да предвиде адекватан рок застарелости (односно незастаревања) који ће омогућити да учиниоцима заиста буде суђено. Преостали чланови овог поглавља (30-42) баве се процесним питањима и санкцијама. Поред начелних одредаба, Конвенција у члану 31 предвиђа поступање са средствима која су настала овим делима. Најпре, регулише се одузимање средстава стечених извршењем ових дела, као и средстава која су коришћена за извршење дела. Затим се решавају ситуације када је стечена имовина помешана са неком другом имовином или трансформисана у другу имовину, а након тога се предвиђа обавеза свих финансијских установа да сарађују у откривању постојања оваквих средстава. Надаље, Конвенција тражи (члан 32) да државе предвиде мере којима ће се заштити сведоци и вештаци, који у вези са овим делима дају исказе у кривичном поступку, као и њима блиска лица. Ове мере могу бити разноврсне – помињу се физичка заштита, пресељење и омогућавање сведочења путем телекомуникационих средстава. У члану 33, предвиђа се заштита лица која пријаве дела корупције („дување у звиждаљку“). Интересантне су и одредбе које се баве грађанскоправном страном корупције. Конвенција полази од тога да се акти корупције могу сматрати

релевантним чиниоцем за поништење одређених правних послова, као и да лица која су претрпела штету услед аката корупције могу остварити право на надокнаду у судском поступку. Такође, Конвенција подстиче државе да приликом конструисања инкриминација мотивишу учиниоце ових дела да се сами пријаве предвиђањем блажег кажњавања или одустанком од кривичног гоњења у тим случајевима. Даље, од држава се захтева да предвиде начине сарадње између државних органа и органа гоњења, нарочито у смислу прибављања података о извршеним делима (пријављивање дела). Слична сарадња се захтева и у случају државних органа и приватних тела, а такође се предлаже државама да размотре увођење мера којима ће се грађани мотивисати да пријављују дела корупције. На крају овог поглавља, Конвенција се бави питањима надлежности судова за кривично поступање.

Поглавље IV (чланови 43-50) посвећено је питањима међународне сарадње. Уводе се прецизна правила о поступку изручења (члан 44), а државама се такође оставља да закључе одговарајуће уговоре (члан 45), уколико то желе, којима ће омогућити да се осуђена лица пребаце на територију друге државе, како би тамо до краја издржала казну. У члану 47 државе се обавезују да размотре могућност договора о преношењу кривичног поступка у другу државу . Затим се, такође веома детаљно, регулишу питања међусобне правне помоћи (члан 46). Чланови 48 и 49 се баве сарадњом у примени закона и заједничким истрагама. Веома битан је члан 50, у коме се регулишу посебне технике и истраге. Овај члан сугерише државама да користе посебна средства истраживања, као што су контролисана испорука, електронски облици праћења и друге тајне операције које ће омогућити прибављање доказа за судски поступак.

Поглавље V (чланови 51-59) почиње општом одредбом (члан 51), која гласи: „Враћање добара у складу са овим поглављем једно је од основних начела ове Конвенције, а државе уговорнице у том погледу међусобно сарађују и пружају помоћ једна другој у највећој могућој мери“. Повраћај добара која представљају резултат корупције једно је од данас најважнијих и најпроблематичнијих питања у овој области и због тога му је и овом начелном, а и другим посебним одредбама дат такав значај. У смислу спречавања и откривања трансфера средстава стечених корупцијом поставља се неколико захтева. Најпре (члан 52), тражи се од финансијских институција једне државе да контролишу идентитет својих клијената и да врше надзор над рачунима које поседују бивши или садашњи носиоци јавних функција. Даље, тражи се од држава да спречавају оснивање „фантомских“ банака, тј. оних које нису физички присутне на територији односне државе. Такође се предвиђају мере контроле јавних функ-

ционера, а нарочито ако они имају финансијске рачуне у страној земљи. У случају да је до стицања добара корупцијом дошло, члановима 53-59 се предвиђа обавеза држава да сарађују уколико се последице корупције, у смислу стечених добара, распростиру на територију више држава.

У поглављу VI (чланови 60-62) разматрају се питања конкретних техничких мера које треба предузети како би се остале одредбе Конвенције могле применити. Те мере, између осталог, обухватају изградњу капацитета неопходних за сузбијање корупције, јачање установа, сузбијање трансфера средстава која потичу од инкриминисаних понашања и њихов повраћај, замрзавање, откривање, праћење, итд. Неколико одредаба се односи на обавезу земаља да са другим земљама успостављају односе сарадње и помоћи. Ова обавеза се састоји у кооперацији у погледу оперативних активности, обуке, израде студија, одржавања конференција и давања финансијских средстава земљама у транзицији. Такође, државе треба да анализирају сопствено стање корупције и да заједно са другим државама развијају заједничке стандарде, дефиниције и методологију, као и да размењују мишљења о најбољој пракси у борби против корупције.

Два члана (63-64) која чине поглавље VII баве се механизмима примене Конвенције. Најпре, чланом 63, формира се Конференција држава уговорница Конвенције, чија је сврха побољшање капацитета и сарадње држава уговорница ради остварења циљева Конвенције и унапређења и ревизије њене примене. Ова Конференција се састаје по утврђеном распореду, има свој пословник и правила, а бави се свим оним питањима која се логично могу очекивати са обзиром на разлог њеног оснивања.

Спречавање и сузбијање корупције у домаћем праву

Анализа домаћег права, како би се утврдило колико оно у овом тренутку одговара на захтеве које смо прихватили да испунимо потписивањем Конвенције, представља веома тежак задатак. То, пре свега, произилази из садржине Конвенције, која, као што је поменуто, амбициозно претендује да понуди одговоре на сва питања која се постављају у вези са корупцијом. Са обзиром на опширност мера које се предлажу, требало би детаљно преиспитати велики део домаћег права и извршити детаљну анализу свих одредаба које би могле да имају везе са овом облашћу. Због тога ће анализом бити обухваћено само оно што се се начелно односи на питања превенције, криминализације коруптивних понашања и улоге субјеката кривичног гоњења (поглавља II и III) и то из два разлога: прво, није могуће обрадити толико велики део домаћег законодавства који би у овом

случају морао да буде обухваћен (то се нарочито односи на билатералне и мултилатералне уговоре из области међународне сарадње и помоћи, као и питање техничке сарадње и помоћи, које делом и не мора да буде регулисано правним актима, већ интерним договорима); и друго, питања која неће бити обрађена заправо нису једнако значајна као она којима ћемо се посветити, те нема сметње да се на њих стави мањи акценат.

Поредећи оно што Конвенција од националних законодавстава очекује, са мерама које се код нас предузимају, реакција наше државе се може посматрати кроз три врсте мера (односно аката):

1. Мере од општег, фундаменталног значаја,
2. Закони којима се спречава корупција и
3. Закони из области кривичног (материјалног и процесног) права.

Јасно је да мере кривичног права по свом дејству (а нарочито у смислу генералне превенције) могу донекле да се сврстају и под мере спречавања корупције, али превенција није њихов основни циљ. Издвајање ових мера треба да нагласи њихов значај и оне ће због тога бити детаљније размотрене од закона који спадају у неке друге правне области. Ово не значи да су оне теоријски значајније, али ће у пракси свакако бити, све док остале мере не почну да производе пуно дејство.

Мере од општег значаја

Полазни основ за борбу против корупције, како то и сама Конвенција УН истиче, јесте успостављање смерница и јасне слике о корацима које у будућности треба предузети. Како би се конкретне мере могле спроводити, потребно је да се отклони хаотичност у приступу и успостави јединствено и синхоронизовано деловање. У том смислу, у Србији су учињена два значајна корака: донета је Национална стратегија за борбу против корупције[17] и оформљен Савет за борбу против корупције.[18]

Првом мером, држава је изразила своју одлуку да овом проблему приступи на систематичан начин, што је у складу са чланом 5 Конвенције, који утврђује политику и праксу спречавања корупције. Основни циљ ове Стратегије дат је у три тачке. Она треба да обезбеди:

„а. Ефикасну примену антикорупцијских прописа;

[17] Стратегију је Народна скупштина Републике Србије усвојила 8. децембра 2005. године.

[18] Савет је формиран одлуком Владе Републике Србије, 2. октобра 2001. године. Видети "Службени гласник Републике Србије", број 59/2001 (измене 8/2002, 42/2003 и 64/2003).

б. превенцију, која подразумева отклањање могућности за корупцију, и
в. подизање свести и образовање јавности, ради јавне подршке за спровођење антикорупцијске стратегије.“[19]

Поред одредаба Стратегије које се односе на дефинисање корупције и набрајања међународних активности наше државе на овом пољу, интересантне су и оне које се односе на њене циљеве. Циљеви нам посредно указују на конкретне мере које треба предузети, па се може уочити да су то, између осталог: успостављање кривичне и моралне одговорности, примена међународних стандарда, транспарентно финансирање политичких странака, избора и изборних кампања, спречавање сукоба интереса у јавном сектору, повећање ефикасности органа надлежних за спровођење закона, реформа државне управе, отворени и транспарентни поступци планирања и коришћења буџетских средстава, дефинисање улоге медија, стимулисање грађана да се укључе у борбу против корупције, укључивање у регионалну и међународну борбу против корупције, итд. Површно побројане мере су очигледно (иако неке недостају) веома сличне оним мерама које предлаже Конвенција УН, што не треба да чуди, јер се већ неко време, у јавним расправама на ову тему, помиње један број аката који су основни стубови спречавања корупције. Међутим, преглед осталих делова Стратегије (односе се на конкретне мере у политичком, правосудном систему и полицији, систему државне управе, територијалне аутономије, локалних самоуправа и локалних служби, систему јавних финансија, привредном систему, медијима и учешћу грађана) указује на специфичности корупције код нас, које су условљене заосталим проблемима из социјалистичког периода. Наиме, Конвенција УН полази од тога, иако се то нигде изричито не помиње, да су државе већ остварилe један ниво функционисања институција, на који само треба надоградити антикоруптивне мере, а то код нас није случај. Број и разноврсност мера које, управо због овога, Стратегија и предлаже, заиста делује застрашујуће. Међутим, Стратегија и треба да буде свеобухватна и да до танчина предвиди све што треба предузети. Осим тога, од овог акта се ни не очекује да буде реализован краткорочно (већ у складу са Акционим планом за њено спровођење). У сваком случају, Стратегија је веома детаљна, па чак у неким сегментима, на пример по предлозима које нуди, и пуно маштовитија од Конвенције УН.

Друга мера од генералног значаја је оснивање Савета за борбу против корупције. Овај Савет је формиран као стучно-саветодавно тело Владе

[19] Национална стратегија за борбу против корупције, увод, страна 3.

са овлашћењима да сагледа активности и мере које треба предузети у борби против корупције, да их предлаже Влади и прати њихово спровођење, као и да даје иницијативе за доношење прописа. Оснивање оваквог тела прелаже се у члану 6 Конвенције УН, мада је неизвесно да ли се Савет може сматрати независним, са обзиром на његов положај у односу на Владу. Активности које ове тело у пракси предузима су заиста различите и обухватају: давање мишљења о релевантним законским и подзаконским актима, састављање извештаја о појединим компанијама које се из неког разлога помињу у контексту корупције, учешће у изради докумената који су битни за сузбијање корупције, итд. Овај Савет је, између осталог, тело коме грађани могу да пријаве случај корупције и то чак путем интернета, чиме се овај поступак знатно олакшава, а што је један од захтева Конвенције УН (члан 13, став 2 Конвенције).[20]

Закони којима се спречава корупција

Већина закона из ове области се номинално уопште не бави корупцијом нити њеним спречавањем и није тако лако утврдити да они имају ту функцију. Ради се о законима који су донети да би се регулисале различите области, али сви они имају једну заједничку карактеристику – њихова примена отвара могућност за појаву корупције. Дакле, сврха закона може, на пример, бити да се уреди поступак јавних набавки или поступак избора судија, међутим, са аспекта сузбијања корупције, од њих се тражи да установе таква правила којима ће у овим поступцима, који су подложни корупцији, та могућност бити отклоњена. Због тога, у овом смислу, постоје две врсте закона:

1. Закони који начелно немају везе са спречавањем корупције, као такви постоје дуго времена и за које се тек накнадно спознало да могу дати одређени допринос њеном сузбијању; и
2. Закони који су, као последица демократизације друштва донети у скорије време и који се стално помињу као основни стубови борбе против корупције, односно „антикорупциони закони“ (иако ни њима није основни циљ спречавање корупције).

Пре него што, веома кратко, укажемо на сврху и садржину ових закона, неопходно је напоменути да закони који ће бити размотрени ни у

[20] Савету се у току 2005. године, да би пријавило случај корупције, обратило 353 грађанина (из Извештаја о раду Савета за борбу против корупције за 2005. годину, http://www.antikorupcija-savet.sr.gov.yu/view.jsp?articleId=51).

ком смислу не представљају сво нормативно оружје које наша држава поседује, већ да се ради о најбитнијим и најефикаснијим актима.

1. Основни захтев који се поставља у сузбијању крупне корупције је да носиоци најважнијих државних функција буду изабрани на начин који одсликава стварну вољу грађана, чиме се спречава да се до тих функција дође корумпирањем, што је не само по себи лоше, већ изазива оправдану сумњу у даље понашање тако изабраних лица (сличан захтев је постављен у члановима 7 и 8 Конвенције УН). То се, барем донекле, може постићи прецизним прописивањем поступка њиховог избора, па се у овој области најбитним (због самог значаја функција) сматрају Закон о избору председника Републике[21] и Закон о избору народних посланика.[22] Од идеје да је корупцију могуће спречити пажљивим избором одређених лица која се налазе на позицијама иначе подложним овој појави, полазе и Закон о судијама[23] и Закон о јавном тужилаштву.[24] Ова два закона предвиђају стриктан поступак избора, критеријуме за избор и забрањују да ова лица буду чланови законодавних или извршних тела, чланови политичких партија, да се баве било којим другим јавним или приватним плаћеним послом, итд. Такође су предвиђене и могућности за разрешење уколико се докаже да су учинили неко од коруптивних дела. Овим одредбама су задовољени захтеви из члана 11 Конвенције УН и барем нормативно је омогућено да вршиоци правосудних фукција буду независни, односно самостални у свом раду. Што се тиче осталих државних органа, њихов статус је регулисан посебним Законом о државним службеницима.[25] Овај закон садржи одредбе које се односе на избор, напредовање и оцењивање рада државних служеника, стручно усавршавање и додатно образовање, одговорност, итд. Посебне доредбе о сречавању сукоба интереса налазе се у члановима 25-31. Закон је заснован на начелима законитости рада службеника, непристрасности, политичке неутралности, одговорности за рад, забрани повлашћавања и ускраћивања, доступности информација, једнакој доступности радних места, пружању једнаких могућности, као и напредовању и стручном усавршавању службеника.

[21] „Службени гласник РС", број 1/1990, 79/1992, 73/ 2002, 93/2003 и 18/2004.

[22] „Службени гласник РС", број 35/2000, 57/2003. (УС РС), 18/2004 и 101/2005.

[23] „Службени гласник РС", број 63/2001, 42/2002, 17/2003, 27/2003, 29/2004, 44/2004, 61/2005, 101/2005.

[24] „Службени гласник РС", број 63/2001, 42/2002, 39/2003, 44 /2004 и 61/2005.

[25] „Службени гласник РС", број 79/2005, 81/2005.(Испр.), 83/2005.

2. Другу групу „превентивних“ закона, чине акти који су донети у последњих неколико година (тачније од 2002. до 2005. године) и који у одређеној мери представљају симбол демократизације друштва. О томе сведочи и убрзана законодавна активност на доношењу ових закона и у другим државама које се налазе у процесу транзиције. Постојање ових закона се сматра неопходним у борби против корупције, јер, иако начелно њихова основна сврха није спречавање корупције, последице примене могу имати снажно антикорупционо дејство. Ради се о следећим законима:

- Закон о спречавању сукоба интереса при вршењу јавних функција,[26]
- Закон о финансирању политичких странака,[27]
- Закон о спречавању прања новца,[28]
- Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја[29] и
- Закон о јавним набавкама.[30]

Сви поменути закони су, као што се може уочити, први пут донети у последње 3-4 године и то јасно говори о опредељењу наше државе да примени решења која се сматрају највећим достигнућима савремене борбе против корупције.

Закон о спречавању сукоба интереса при вршењу јавних функција у члану 1 каже да је функционер дужан да јавну функцију врши тако да јавни интерес не подреди приватном, нити да међу њима изазове сукоб, а након тога објашњава да сукоб јавног и приватног интереса постоји кад функционер има приватни интерес који утиче или може утицати на вршење његове јавне функције. Поента закона је јасна – он би требало да отклони ситуације које могу изазвати сумњу у непристрасно обављање државног посла од стране функционера, односно да фукционеру онемогући да свој јавни положај или утицај искористи за приватне намене. Закон даље детаљно прописује које послове функционери не смеју да обављају, а које могу, а затим установљава обавезу пријављивања имовине и забрану примања одређених поклона. Законом је, ради његовог спровођења, формиран Републички одбор за решавање о сукобу интереса, као самосталан и

[26] „Службени гласник РС”, број 43/2004.
[27] „Службени гласник РС”, број 72/2003, 75/2003. (Испр.).
[28] „Службени гласник РС”, број 107/2005, 117/2005. (Испр.).
[29] „Службени гласник РС”, број 120/2004.
[30] „Службени гласник РС”, број 39/2002, 43/2003, 55/2004, 101/2005.

независан орган. Закон о спречавању сукоба интереса, на основу изложеног, следи идеју о спречавању сукоба интереса изражену у члану 7, став 4, Конвенције УН.

Доношење Закона о финансирању политичких странака би требало да онемогући један од најчешћих облика крупне корупције. Овај Закон прописује из којих извора се политичке странке могу финансирати и колики ти приходи могу бити. Стицање једног броја прихода је забрањено и ту спадају: помоћ од страних држава, страних правних и физичких лица, анонимних дародаваца, јавних установа и јавних предузећа, установа и предузећа са учешћем државног капитала, приватних предузећа која обављају јавне услуге по основу уговора са државним органима и јавним службама за време док постоји такав уговорни однос, предузећа и других организација која врше јавна овлашћења, синдиката, хуманитарних организација, верских заједница, приређивача игара на срећу, увозника, извозника, продаваца и произвођача акцизних производа, као и правних лица и предузетника који имају доспеле, а неизмирене обавезе по основу јавних прихода.[31] Очигледно је да ова одредба, као и одредба која ограничава износ доприноса тежи да онемогући касније „наплаћивање“ подршке, уколико финансирана партија освоји власт. Све поменуто се може сматрати разрадом члана 7, став 3, Конвенције УН.

Закон о спречавању прања новца се бави превенцијом појаве која најчешће настаје као последица корупције. Овај облик реакције се, дакле, не може сматрати превенцијом корупције, али служи да би се спречило пребацивање средстава стечених корупцијом у легалне новчане токове. На тај начин се онемогућава да настану последице које превазилазе штету до које је дошло самим актом корупције. У вези са овим је основана Управа за спречавање прања новца, као орган управе у саставу министарства надлежног за послове финансија. Законом су предвиђене мере које се предузимају од стране разних субјеката у спречавању прања новца (банака и других финансијских институција, берзи, мењача, осигуравајућих друштава, инвестиционих фондова, а такође и адвоката, предузећа за ревизију, овлашћених ревизора, књиговодствених агенција, итд.). Члан 14 Конвенције УН се на сличан начин бави питањем спречавања прања новца.

Могућност да општа јавност буде упозната са вршењем послова од јавног значаја, што се тражи чланом 13 Конвенције УН, конкретизована је доношењем Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја. Овај закон представља једно од најмоћнијих средстава за борбу против корупције и због тога се иначе инсистира на његовом доношењу. Члан 2, став 1 овог закона одређује да је информација од јавног значаја она ко-

[31] Члан 6, став 1. Закона о финансирању политичких странака.

јом располаже орган јавне власти, настала у раду или у вези са радом органа јавне власти, садржана у одређеном документу, а односи се на све оно о чему јавност има оправдан интерес да зна. Закон детаљно регулише услове у којима се ово право може остварити, ситуације у којима се оно може ограничити, као и поступак остваривања овог права. Као орган надлежан за поступање у одређеној фази поступка и за обављање других послова одређених законом, јавља се Повереник за информације од јавног значаја, самостално и независно лице које поставља Народна скупштина.

Напослетку, наша држава је још 2002, као први од поменутих „превентивних“ закона, усвојила Закон о јавним набавкама. Садржина члана 9 Конвенције УН упућује државе да у поступку јавних набавки поштују одређена правила. Домаћи закон, који регулише ову област је веома обиман и њиме се „уређују услови, начин и поступак набавке добара и услуга и уступања извођења радова у случајевима када је наручилац тих набавки државни орган, организација, установа или друго правно лице одређено овим законом; одређује начин евидентирања уговора и других података о јавним набавкама, као и начин заштите права понуђача; образује Управа за јавне набавке, као организација надлежна за обављање стручних послова у области јавних набавки; уређују и друга питања од значаја за јавне набавке.“[32] Јавне набавке пре доношења овог закона нису биле регулисане на овакав начин, те се непостојање јасних правила у вези са овим питањем сматрало једним од основних узрока корупције. Четири основна начела овог закона, која одражавају његову суштину, су: начело економичности и ефикасности употребе јавних средстава, начело обезбеђивање конкуренције међу понуђачима, начело транспарентности употребе јавних средстава и начело једнакости понуђача. Ова начела су разрађена кроз прегршт правила о јавним набавкама. У вези са корупцијом, нарочито је значајан члан 17 под називом „Антикорупцијска правила“, који непосредно штити процес јавне набавке од ове појаве. Он овлашћује наручиоца да одбије понуду ако „има на располагању веродостојан доказ да је понуђач садашњем или бившем запосленом код наручиоца дао или обећао поклон у новчаном или неновчаном облику, понудио запослење или било какву другу корист, ствар или услугу чије се вредности могу изразити у новцу, као покушај утицања на деловање, одлучивање или на даљи ток поступка јавне набавке.“ Поред ове одредбе, која је изричито антикорупциона, и остали чланови имају исти циљ. Законом је такође образована Управа за јавне набавке, која обавља стручне, консултативне и организационе послове.

[32] Члан 1, став1, Закона о јавним набавкама.

Кривичноправни инструменти у борби против корупције

Кривичноправна реакција на корупцију би требало да буде супсидијарног карактера, што значи да је примена ових норми оправдана тек уколико се превентивне мере покажу као безуспешне. За разлику од превентивних мера, код којих је бројност потенцијални гарант успешности, код мера кривичног права је неупоредиво битнији сам њихов карактер. Корупција као криминолошки термин, свој кривичноправни одраз већ традиционално има у кривичним делима примања и давања мита (односно пасивног и активног подмићивања). Такав је случај и у домаћем праву. Наиме, доношењем новог Кривичног законика 29. септембра 2005. године,[33] укинута је глава XXIa под називом „Кривична дела корупције“, која је постојала у Кривичном закону РС (унета изменама закона 2002. године), а која је заправо разрађивала дела примања и давања мита у појединим областима. Ова, наизглед, добра идеја није нашла примену у пракси, а поред тога је и од стране стручњака била оцењена као непотребна, те је законодавац исправно поступио када је изоставио из новог Законика. Глава XXXIII новог КЗ-а, „Кривична дела против службене дужности“, садржи дела која, по својим карактеристикама, представљају акте корупције, јер свако од њих, у суштини, обједињава два конститутивна елемента ове појаве - злоупотребу положаја и остваривање користи за себе или другог. Ради се о следећим делима: злоупотреба службеног положаја (члан 359), кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика (члан 360), несавестан рад у служби (члан 361), противзаконита наплата и исплата (члан 362), превара у служби (члан 363), проневера (члан 364), послуга (члан 365), противзаконито посредовање (366), примање мита (члан 367), давање мита (368) и одавање службене тајне (члан 369). Сва дела из ове главе, било у својим основним или квалификованим облицима, могу представљати акте корупције, па би ова глава и сама могла носити назив „кривична дела корупције“. Уколико се упореди оно што Конвенција УН у погледу инкриминација захтева, са главом XXXIII КЗ, долази се до следећих закључака:

- Број инкриминација и њихова садржина сасвим задовољавају. Нехатни облици нису предвиђени, осим у случају одавања службене тајне.
- Кривична дела примања и давања мита, као и противзаконитог посредовања, односе се и на страна службена лица, којима се сматрају: чланови законодавног, извршног или судског органа стране државе, јавни функционер или службеник међународне организације и њених органа, судија и други функционер међународног суда (члан 112, став 4 КЗ).

[33] „Службени гласник РС“ број 85/05. Закон је ступио на снагу 1. јануара 2006. године.

- Код кривичног дела давања мита, предвиђена је могућност ослобођења од казне у случају да се извршилац, пре него што је сазнао да је дело откривено, сам пријавио (члан 368, став 4). Таквом лицу се чак може, у зависности од конкретних околности, вратити поклон односно друга корист коју је дао (члан 368, став 6).
- Саучесништво (подстрекавање и помагање) кажњава се по општим правилима кривичног права.
- Кажњавање за покушај је предвиђено код већине кривичних дела и то по општим правилима која прописују да се за покушај може казнити уколико се ради о кривичном делу за које се може изрећи казна затвора од пет година или тежа (члан 30, став 1). Кажњавање за покушај није ни начелно могуће у случају основног облика несавесног рада у служби, противзаконите наплате и исплате и појединих облика противзаконитог посредовања. Ипак, треба напоменути да код већине основних облика ових дела посебни максимум износи тачно пет година, тако да, иако могућност постоји, у реалности не треба очекивати кажњавање за покушај у великом броју дела. Припремне радње нису кажњиве.
- Напослетку, мера безбедности одузимања предмета који су били намењени извршењу дела или су настали самим делом може се применити када суд нађе за сходно, а поред тога ова мера може бити законом прописана као обавезна (члан 87 КЗ), што је предвиђено у случајевима кривичних дела противзаконитог посредовања и примања мита. Што се тиче одузимања имовинске користи, оно је предвиђено као општи институт кривичног права у члановима 91-93, а посебно је прописано код кривичних дела противзаконитог посредовања и примања мита.

У погледу процесних питања, као нарочито значајне се јављају сугестије за коришћење посебних истражних метода и заштиту сведока, вештака и њима блиских лица у поступку. У вези са овим, може се констатовати следеће:

- Нови Законик о кривичном поступку,[34] у члану 146, став 1, тачка 4, изричито предвиђа да се, између осталог, у случаје-

[34] „Службени гласник РС", број 46/2006. Иако је законик већ ступио на снагу, он ће почети да се примењује (изузев у неким одредбама) од 1. јуна 2007. године, тако да се неке од наведених истражних мера тренутно не могу применити, јер је стари законик још увек на снази, али ће убрзо моћи. У том смислу, нови законик је обрађен јер је усклађен са Конвенцијом.

вима примања и давања мита, злоупотребе службеног положаја и прања новца, може, у законом предвиђеном поступку, користити *надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичко снимање односно лоцирање у простору и праћење помоћу електронских уређаја* уколико постоји сумња да је одређено лице учинило неко од ових кривичних дела. Такође, у случајевима свих наведених дела се изузетно, уколико су испуњени одређени услови, могу применити посебне доказне радње *пружања симулованих пословних услуга и склапање симулованих правних послова* (члан 148. став 2) На основу члана 151, став 2, тачка 4, могуће је за расветљавање већине дела корупције користити и *прикривеног иследника*.[35] Законик, осим тога, предвиђа и коришћење *контролисане испоруке* (члан 154) у свим случајевима корупције. Напослетку, предвиђена је могућност да се у случају примања и давања мита, злоупотребе службеног положаја и прања новца може предузети *аутоматско рачунарско претраживање личних и других са њима повезаних података и њихова електронска обрада* (члан 155, став 1, тачка 5). Све наведене радње су посебно регулисане и за њих је предвиђен стриктан поступак спровођења јер ограничавају људска права. Ипак, њихово коришћење је оправдано, јер омогућава органима гоњења и суду да у случају тешких или дела која се тешко откривају не буду у неравноправном положају у односу на извршиоце дела којима на располагању стоје напредна техничка и друга средства.

- Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку[36] предвиђа да се учесницима у кривичном поступку и њима бли-ским лицима, који су услед давања исказа или обавештења значајних за доказивање у кривичном поступку изложени опасности по живот, здравље, физички интегритет, слободу или имовину, може пружити посебна заштита и помоћ (члан 1, став 1). У круг ових лица спадају и сведок и вештак и њима блиска лица (члан 3). Међутим, Закон у члану 5, у ком се наводе дела у вези са којима се може применити ова мера, не помиње дела корупције, већ само дела против уставног уређења и безбедности, човечности и других добара заштићених

[35] На основу овог члана, прикривени иследник се може, уз испуњење посебних услова, ангажовати у случају свих дела за које је прописана казна затвора преко 4 године.

[36] „Службени гласник РС", број 85/2005.

међународним правом и организованог криминлитета.[37] Најшире могуће гледано, акти корупције имају везе са организованим криминалитетом, али то се не може узети као основ за примену члана 5, јер ЗКП сасвим прецизно одређује услове који морају бити испуњени да би дело организованог криминала постојало (види члан 21 ЗКП). То практично значи да овај Закон не може да се примени у случају аката корупције и ово је једна од већих замерки које се могу упутити домаћем праву, нарочито уколико се узме у обзир да члан 32 Конвенције УН изричито налаже посебну заштиту сведока, вештака и њима блиских лица (ова одредба је облигаторна).

Закључак

Према реалним показатељима, Србија већ годинама спада у високо корумпиране земље.[38] Узроци за овакво стање се могу пронаћи не само у специфичностима наше земље, већ и у проблемима који су карактеристични за земље транзиције уопште, о чему сведочи чињеница да се и друге државе у региону суочавају са високим степеном корупције. Постојање свести о томе да је корупција нужна последица урушавања старог система и недовољне изграђености новог, условило је доношење закона који би требало да отклоне ову појаву. Очито је да је већина антикорупционих закона донета пре ратификације Конвенције УН у Србији и Црној Гори (крајем 2005. године), што значи да измена домаћег права није настала као последица међународне обавезе, већ практичне потребе. У прилог томе говори чињеница да је чак и Национална стратегија за борбу против корупције усвојена пре ратификације Конвенције.

[37] Члан 5 гласи „Програм заштите се спроводи ако су учесници у кривичном поступку и блиска лица услед давања исказа или обавештења значајних за доказивање у кривичном поступку изложена опасности по живот, здравље, физички интегритет, слободу или имовину, а без тог исказа или обавештења било би знатно отежано или немогуће доказивање у кривичним поступцима за кривична дела: 1) против уставног уређења и безбедности; 2) против човечности и других добара заштићених међународним правом; 3) организованог криминала.“

[38] Према последњем CPI *(Corruption Perceptions Index)* извештају организације *Transparency International* из 2005. године, Србија се по индексу корупције налази на 97 месту (од укупно 158 земаља), са индексом корупције од 2.8 (сматра се да је земља потпуно „чиста“ од корупције уколико има индекс 10). У односу на 2004. годину, стање се није битније променило: Србија се такође налазила на 97 месту, са индексом 2.7. Извор: http://www.transparency.org/

Према томе, став да је Србија очигледно имала жељу да озбиљно приступи смањивању корупције и пре него што је то постало њена међународна обавеза, не може се доводити у питање. Ипак, донети акти се морају нужно посматрати у светлу накнадно донете Конвенције, управо због њеног обавезујућег карактера. При томе, поређење домаћег права са Конвенцијом Уједињених нација против корупције има за циљ не само да утврди усклађеност ова два акта, већ и да провери да ли смо и пре ратификације Конвенције били на добром путу, када се ради о методама за сузбијање корупције.

У погледу наведених закона и постојећих субјеката за сузбијање корупције у домаћем праву, може се констатовати да у великој мери испуњавамо захтеве Конвенције. Са изузетком Закона о програму заштите учесника у кривичном поступку, који не пружа заштиту сведоцима, вештацима и њима блиским лицима у случајевима корупције, што Конвенција изричито захтева, остали закони наизглед пружају добру основу за практичну примену. Позитивним се нарочито сматра то што је основано више различитих тела која су надлежна за поступање у оним областима у којима се корупција најчешће јавља (Републички одбор за решавање о сукобу интереса, Управа за спречавање прања новца, Повереник за информације од јавног значаја и Управа за јавне набавке). Дакле, имплементацији норми Конвенције у домаће право не може се пуно тога замерити, али, наравно, увек остаје отворено питање да ли се и како закони примењују. У сваком случају, пре пет година, када је започео рад на писању Конвенције, једино оружје у борби против корупције које је Србија имала, биле су норме кривичног права, а то сасвим довољно говори о оствареном напретку.

Интересантно је, на крају, представити и неке недостатке саме Конвенције, који могу бити кочница за њену успешну примену. Најпре, читање текста Конвенције, чак и на српском језику је, у најмању руку, напорно, јер је она у неким деловима конфузна и несистематична. Дешава се да се поједини делови понављају, да су одређене мере сврстане у погрешна поглавља, или да је иста мера нашла место у више поглавља, док за поједине одредбе уопште није јасно која им је сврха. Наравно, језик међународних аката је донекле другачији од језика домаћих прописа, али ово ипак не би требало да утиче на могућност њиховог разумевања. Такође, овом акту се замера недостатак прецизности (изузев у делу који се односи на инкриминације).[39] Наиме, сматра се да је пропуштена могућност да се

[39] Low, Lucinda A, *The United Nations Convention against Corruption: the Globalization of Anticorruption Standards*, рад презентован на конференцији *The Awakening Giant of Anticorruption Enforcement*, одржаној у Лондону у мају 2006, страна 5. Рад је доступан на адреси http://www.transparency.org/global_priorities/international_conventions/readings_conventions

државама кокретно сугерише шта треба да ураде, односно које мере да предузму. Ово ће највероватније довести до неједнаке имплементације норми у различитим земљама и касније онемогућити међународну сарадњу, а јасно је да успешност примене ове Конвенције управо зависи од међународне сарадње.[40] Напослетку, Конвенцији се замера и то што у појединим питањима није довољно захтевна, већ користи термине „државама се предлаже“, „државе се охрабрују да размотре“ и слично, који указују на то да такве одредбе нису облигаторне, а морале би да буду. Ово је, на пример, случај са уређивањем области финансирања политичких партија.[41]

Без обзира на недостатке домаћег права и Конвенције УН, може се тврдити да данас постоји добра нормативна основа за сузбијање корупције. Без обзира на мање замерке, законодавство је испунило свој задатак, па остаје да се види како ће се норме примењивати у пракси.

[40] Shehu, Abdullahi Y, *International Initiatives against Corruption and Money Laundering: an Overview,* Journal of Financial Crime, vol. 12, број 3, 2004. године, страна 242.

[41] Low, Lucinda A, страна 6.

Milena Pavlović, Assistant
Novi Sad School of Law

United Nations Convention against Corruption and its Repercussions on Domestic law

Abstract

Until recently, corruption was not considered to be a global issue. Particular states dealt with it in a way they thought was appropriate, which usually came down to repressive methods of criminal law. But, after a while, it became obvious that corruption was not downsizing, but was actually increasing, especially in former communist countries. Soon, a new movement emerged, that tried to deal with this phenomenon in a manner similar to international fight against organized crime (with which corruption is tightly bonded). Today, we have a global instrument that is supposed to help us improve our national legal systems and fight corruption in every possible field. The United Nations Convention against corruption, which was signed in 2003, was a product of a practical necessity to invent new methods to deal with corruption, since the existing ones were not fruitful. It demands that we make changes from the root and start to prevent corruption, rather than send the perpetrators to prison. The article examines the mechanisms proposed by the Convention and its implications on domestic law, as well as a general overview of Serbian law and its potential to combat corruption.

347.776:061.1EU

Др Родољуб Етински, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ДОПРИНОС СУДОВА ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА ИЗГРАДЊИ ЗАБРАНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕВРОПСКИХ ЗАЈЕДНИЦА

Сажетак: *Развијање поштене конкуренције на јединственом тржишту је један од примарних циљева ЕЗ. Члановима 81 и 82 Уговора о ЕЗ су установљена основна правила којима су одређена понашања предузећа која су неспојива са конкренцијом. Међу ова спада и дискриминаторно понашање предузећа које се налази у доминантном положају или више предузећа која су повезана недозвољеним споразумима. Суд Европских заједница и Суд Прве Инстанце су одредили значење дискриминације у контексту ове економске материје. Њихова примена забране дискриминације је у неким случајевима наишла на критику у економској доктрини.*

Кључне речи: *право конкуренције, дискриминаторне цене*

У овом тексту су изложена извесна разматрања о томе како Суд Европских заједница, односно Суд Прве Инстанце тумачи и примењује забрану дискриминације у области права конкуренције Европских заједница. Основна правила о праву конкуренције Европске заједнице (даље: ЕЗ) изложена су у првој глави наслова VI Уговора о оснивању Економске заједнице (даље: Уговор о ЕЗ), односно у члановима 81 до 87 Уговора. Основна правила одређују понашања привредних субјеката која су неспојива

са заједничким тржиштем и, нарочито, предузећа која се налазе у доминантном положају, јавних предузећа или предузећа на која су пренета нека специјална или искључива права као и предузећа којима је поверено вршење услуга од општег економског интереса или која имају карактер финансијског монопола. Прва глава наслова VI укључује и овлашћење Комисије ЕЗ да предузима мере за поштовање и остваривање правила о конкуренцији као и овлашћење органа ЕЗ за даљу легислацију у овој области.[1]

У поменутим члановима се не користи термин дискриминација. Став 1 члана 86 Уговора о ЕЗ упућује на члан 12 истог Уговора који садржи општу забрану дискриминације по основу држављанства. Овај члан се односи на јавна предузећа и предузећа на која су пренета специјална или искључива права, те став 1 забрањује држави чланици да у случају ових предузећа донесе или одржи на снази било коју меру која је, између осталог, супротна члану 12 Уговора о ЕЗ. Међутим, у два члана, члановима 81 и 82 Уговора о ЕЗ садржана је идентична формулација о примењивању неједнаких услова на исте послове са различитим партнерима, што их доводи у лошији конкурентски положај. Чланом 81 Уговора о ЕЗ забрањени су сви споразуми између предузећа, одлуке удружења предузећа и договорена пракса удружења, која може да нанесе штету трговини између држава чланица и чији су циљ или последица спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције унутар заједничког тржишта и који норичито, између осталог, примењују различите услове на исте послове са другим пословним партнерима, стављајући их на тај начин у лошији конкурентски положај. Чланом 82 Уговора о ЕЗ забрањена је свака злоупотреба у коришћењу доминантног положаја на заједничком тржишту, или на његовом битном делу, од стране једног или више предузећа, уколико би то могло штетно утуцати на трговину између држава чланица и нарочито је забрањено, између осталог, примењивање различитих услова на исте послове са другим партнерима, стављајући их на тај начин у лошији конкурентски положај. Став 1 члан 86 Уговора о ЕЗ протеже ове забране и на јавна предузећа и предузећа којима је држава чланица дала специјална или искључива права. Став 2 истог члана предвиђа примену прописа о конкуренцији и на предузећа којима је поверено вршење услуга од општег економског интереса или која имају карактер финансијског монопола ако се применом тих правила не спречава извршавање задатака који су им поверени.

[1] Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, Official Journal C 325 of 24 December 2002

Поменута формулација која је истим речима изложена у члановима 81 и 82 Уговора о ЕЗ о примени различитих услова на исте послове са другим партнерима упућује својим садржајем на дискриминацију. Суштина појма дискриминације је различито поступање у истим ситуацијама и, обрнуто, исто поступање у различитим ситуацијама без оправданог разлога. Питање је зашто творци Уговора не користе овде термин дискриминација. У Уговору о ЕЗ овај термин се користи на више места. Члан 12 Уговора садржи општу забрану дискриминације по основу држављанства. Члан 13 Уговора органи ЕЗ су овлашћени да предузму акцију ради борбе против дискриминације засноване на полу, раси или етничком пореклу, религији, уверењу, хендикепираности, доби или сексуалној оријентацији. Ограничења увоза и извоза, која су дозвољена, чланом 30 Уговора не смеју да чине, између осталог, „арбитрерну дискриминацију". Ставом 1 члана 31 Уговора државама чланицама је наложено да подесе државне монополе комерцијалног карактера тако да обезбеде да нема дискриминације у погледу услова набавке и пласмана између државњана држава чланица. Ставом 2 члана 34 Уговора је предвиђено да заједничка организација пољопривредног тржишта треба да онемогући сваку дискриминацију између произвођача и потрошача унутар ЕЗ. Ставом 2 члана 39 Уговора је предвиђено да слобода кретања радника обухвата укидање сваке дискриминације између радника држава чланица по основу држављанства у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада. Ставом 3 члана 58 Уговора је предвиђено да мере и поступци држава чланица којима се различито фискално поступа према пореским обвезницима који нису у једнаком положају не смеју да буду средство арбитрерне дискриминације. Ставом 1 члана 75 Уговора забрањена је дискриминација која се врши тако што један превозилац на истим саобраћајним релацијама и за исту робу примењује различите возарине и услове превоза, зависно од земље порекла или одредишта робе. Параграфом (а) другог става члана 87 дозвољена је помоћ социјалног карактера дата индивидуалним потрошачима, ако се при томе не прави дискриминација заснована на пореклу робе. Ставом 6 члана 95 Комисија ЕЗ је овлашћена да контролише да ли неки национални прописи чине арбитрерну дискриминацију. Ставом 2 члана 141 је предвиђено једнако плаћање радника без дискриминације засноване на полу. Ставом 5 члана 183 Уговора је предвиђено да је у односима држава чланица и придружених прекоморских земаља и тероторија право оснивања предузећа уређено у складу са одредбама и поступцима предвиђеним у поглављу које се односи на право оснивања предузећа и на основу недискриминације. И ставом 5 члана 184 Уговора је предвиђено да увођење или измена царина на робу која је увезена у придружене прекоморске земље и територије не сме правно или фактички довести до непосредне или посредне дис-

криминације увоза из различитих држава чланица. Да није става 1 члана 75 као и става 2 члана 141 Уговора могли би смо да закључимо да творци уговора под дискриминацијом разумеју неки акт органа државе или органа ЕЗ, дакле акт јавне власти. Међутим, то није случај јер уговор користи термин дискриминација и за акте превозилаца и послодаваца, дакле приатноправних субјеката. Дакле, чињеница да се правила конкуренције примењују на углавном на привредна предузећа, дакле приватноправне субјекте није разлог што се не користи термин дискриминација. Други разлог може да буде што творци уговора и нису желели да примене начело недискриминације у праву конкуренције. Примена различитих услова на исте послове са другим партнерима чини дискриминацију ако се ово чини без оправданог разлога. Ако, међутим, постоји оправадње за примену различитих услова на исте пословне трансакције са различитим партнерима, дискриминације нема. Можда су творци Уговора желели да се увек примењују једнаки услови на једнаке трансакције без обзира да ли постоје објективни разлози за примену других услова. Можда су, дакле, желели да обезбеде апсолутно једнако поступање трговачких партенра у истим трансакцијама. Суд Европских заједница је одговорио да то није случај и да одредба о примени различитих услова на исте послове са другим партнерима значи забрану дискриминације. У жалби Суду Европских заједница јавна корпорација која је управљала Париским аеродромима је навела, између осталог, да је Комисија ЕЗ тражила да се примене једнаке таксе на две групе компанија које су пружале земаљске услуге на париским аеродрумима ваздухопловним компанијама. Јавна компанија која је управљала париским аеродрумима је примењивала мање таксе на услуге које је компанија за земаљске услуге у саставу неке ваздухопловне компаније пружала тој компанији у чијем је саставу била. Она је примењивала веће таксе на услуге које је земаљска компанија пружала другим ваздухопловним компанијама. Тако је она за исте своје услуге, обезбеђивања простора и услова за рад, наплаћивала различите таксе различитим компанијама од којих су неке пружале само услуге другим ваздухопловним компанијама а неке су пружале услуге својој ваздухопловној компанији али и другим компанијама. Суд Прве Инстанце је, међутим, нашао да је Комисија ЕЗ тражила једино да таксе не буду дискриминаторне. У својој пресуди он каже да ове две групе компанија добијају исте услуге од стране Париских аеродрома те да њихов различити третман у смислу наметања различитих такси није оправдан. У вези са овим жалбеним наводом, Суд Европских заједница је, даље, објаснио да изјава да таксе не смеју да буду дискриминаторне не имплицира да оне нужно морају да буду једнаке за две категорије снабдевача већ да свака разлика мора да буде објективно

оправдана.[2] Дакле, Комисија ЕЗ, Суд Прве Инстанце и Суд Европских заједница тумаче наведену формулацију о забрани примене различитих услова на исте трансакције других партнера као забрану дискриминације. Забрана примене различитих услова није, дакле, апсолутна и она не важи ако постоји објективно оправдање за одступање. Треба поменути да ово нису једине одредбе Уговора о ЕЗ које забрањују дискриминацију иако се дискриминација изричито не помиње. Такав је случај, на пример, са одредбама које се односе на слободу пословања или пружања услуга које, такође, укључују забрану дискриминације, мада се ова изричито не помиње у њима. На крају у вези са овим питањем, треба још рећи да чл. 4 Уговора о установљавању Европске заједнице за угаљ и челик из 1952. користи термин дискриминација у овом контексту и каже да су мере и пракса које дискриминишу између произвођача, између купаца или потошача, нарочито у погледу цена или услова испоруке или цена и услова транспорта неспојиве са заједничким тржиштем за угаљ и челик и биће укинуте и забрањене у Заједници.

Осврнућемо се сада на поједине елементе одредби које су предмет наше анализе, односно на то како их зумачи Суде Европских заједница и Суд Прве Инстанце. Шта се разуме под различитим условима? Суд Европских заједница тумачи ово веома широко. Овде спадају свакако дискриминатроне цене. У случају Чикита банана Суд Европских заједница је нашао да је компанија United Brands спроводила политику дискриминаторских цена у неким земљама ЕЗ.[3] Разлике у ценама су достизале 30% до 50% у појединим недељама иако је у питању била иста роба – „chiquita“ бренд банане. Купци у Данској су, на пример, плаћали 2,38 пута скупље банане него купци у Ирској.

У случају Тетрапак, Суд Прве Инстанце је потврдио одлуку Комисије ЕЗ којом је ова нашла да је Тетрапак злоупотребио своју доминанту позицију, продавајући по дискриминаторним ценама картон у различитим државама чланицама са циљем да елиминише конкуренте. [4] Она је, такође, нашла да је Тетрапак продавао машине по дискриминаторним ценама купцима који су пословали у различитим државама чланицама ЕЗ, односно да

[2] Aéroports de Paris, Appeal against the judgment of the Court of First Instance of the European Communities (Third Chamber) of 12 December 2000 in Case T-128/98 Aéroports de Paris v Commission, Case C-82/01 P, Judgment of the Court of Justice of the European Communities, 24 October 2002, para. 34, 43-47, 112-116.

[3] United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. Chiquita Bananas. Case 27/76. Judgment of the Court of 14 February 1978. para. 204-234.

[4] Case T-83/91, Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 6 October 1994. *European Court reports 1994 Page II-00755*, para. 160

је чинио дискриминацију и међу купцима у истој држави чланици, што се десило ако не другде оно у Италији.

У случају Хофман-Ла Рош, Суд каже да дискриминација проистиче из рабата верности.[5] Дејство рабата верности јесте примена различитих услова на еквивалентне трансакције са другим тровинским партнерима у том смислу што два купца плаћају различиту цену за исту количину истог производа у зависности од тога да ли се снабдевају искључиво од предузећа у доминантној позицији или се снабдевају из различитих извора. Комисија ЕЗ је казнила компанију Ла-Рош због тога што је ова уносила клаузуле о рабатима верности, дакле давала је рабат купцима који се обавезу да витамине купују искључиво или већим делом од ње, сматрајући да ова пракса чини злоупотребу доминантне позиције компаније Ла Рош на тржишту витамина.

У случају Хилти, Суд Прве Инстанце је нашао да је компанија Хилти спроводила селективну и дискриминаторну политику према конкурентима и њиховим купцима. Хилти је производио справе за укуцавање ексера (пиштољ за ексере), оквире који су служили за смештај ексера у пиштољ, као и саме ексере. Конкуренти су производили само ексере који су могли да се користе за укуцавање поменутим пиштољима. Међутим, они нису могли да се користе без оквира. Хилти је посебно продавао пиштоље, оквире и ексере али је одбијао да конкурентима прода оквире и забранио је својим купцима оквира да ове продају његовим конкурентима. Поред тога, смањивао је дискаунт купцима на продату робу ако ови нису куповали код њега и ексере. Суд Прве Инстанце је потврдио налаз Комисије ЕЗ да је Хилти имао доминантну позицију на тржишту те да поменута политика заједно са неким другим актима чини злоупотребу ове доминантне позиције.

У случају БПБ индустрија и Британски гипс Комисија ЕЗ је казнила ове компаније због кршења чл. 86 (сада чл. 82) Уговора о ЕЗ јер су, имајући доминантну позицију на британском тржишту, примењивале повлашћену схему плаћања за купце који су гипсане плоче куповали искључиво од њих, односно у Северној Ирској дале им серију рабата и зато што су ове компаније обезбеђивале овим купцима приоритет у снабдевању поменутом робом у време несташице ове робе на тржишту.[6]

---

[5] Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. Case 85/76. Judgment of the Court of 13 February 1979. para. 90, 106

[6] BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd v Commission of the European Communities. Case T-65/89. Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 1 April 1993. para.74, 94, 119.

У случају Париски аеродроми, Комисија ЕЗ је нашла да је јавна корпорација Париски аеродроми злоупотребила своју доминантну позицију наметањем дискриминаторних комерцијалних такси. Ова јавна корпорација одговорна за инсталације потребне за ваздушни цивилни саобраћај у париској регији, обезбеђивала је исте услуге (право да користе простор у оквиру јавног власништва аеродрома, да користе аеродромске инсталације, да ту подижу своја постројења) компанијама које су на аеродромима Орли и Роаси-Шарл де Гол пружале земаљске услуге, дакле кетеринг, утовар и истовар робе као и чишћење авиона али им је наплаћивала различите таксе у зависности да ли ове опслужују само ваздухоплове из исте компаније или ваздухоплове других компанија. Компаније које су обезбеђивале земаљске услуге ваздухопловима других компанија су плаћале више комерцијалне таксе. Суд Прве Инстанце као и Суд Европских заједница су потврдиле ову одлуку. [7]

У случају Португал п. Комисије ЕЗ, Суд је потврдио одлуку Комисије ЕЗ којом је ова нашла да су таксе за слетање ваздухоплова на неке португалке аеродроме дискриминаторне због дискаунта који је био већи за унутрашње летове. [8]

Суд је, такође, у случају Корзиканских трајеката (Corsica Ferries) нашао да је Корпорација пилота луке Ђенове различитим тарифама за пилотске услуге повредила правило о забрани дискриминације у области конкуренције. [9]

Излагање наведених случајева показује да поред дискриминаторних цена, тарифа и такса, под различитим условима примењеним на исте послове, Суд Европских заједница разуме и различите рабате, дискаунте, рокове испоруке, приоритет у испоруци и сл. Међутим, Суд иде и даље и услове пословања тумачи још шире.

Дискриминација може да буде плод кумулативног дејства различитих прописа. Суд ЕЗ је разматрао ово питање у поступку Удружења француских превозилаца робе на унутрашњим воденим путевима против Комисије ЕЗ. У јуну 1983. године удружење француских превозилаца робе на унутрашњим воденим путевима склопило је споразум са националном комором шпедитера за унутрашње водене путеве на основу кога су шпе-

[7] Aéroports de Paris, Appeal against the judgment of the Court of First Instance of the European Communities (Third Chamber) of 12 December 2000 in Case T-128/98 Aéroports de Paris v Commission, Case C-82/01 P, Judgment of the Court of Justice of the European Communities, 24 October 2002, para. 34, 43-47, 112-116.

[8] Case C-163/99, Portuguese Republic v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 29 March 2001, para. 46.

[9] Case C-18/93,Corsica Ferries Italia Srl v Corpo dei Piloti del Porto di Genova. Judgment of the Court of 17 May 1994. para. 33, 35, 36.

дитери узимали таксу од 10% на терете који су превожени у међународном саобраћају из Француске у иностранство како од домаћих тако и од страних превозника. Предвиђено је да се прикупљена средства ставе на располагање једној кооперативи речних превозника која је требало да се оснује ради унапређуивања унутрашњег речног саобраћаја те да се њих мањи део троши за потребе ове кооперативе а већи за унапређивање укупне трговине. Међутим, чланови ове кооперативе имали су право на рефундацију поменуте плаћене таксе. Чланови кооперативе су могли да буду бродари који су регистровани у француском националном регистру а тамо је могло да се региструје предизеће које је било више од 50% у француском власништву. Такође, унутрашњи транспорт на рекама био је резервисан за франуске превознике а само изузетно био је доступан страним. Комисија је нашла да су прописи поменутог споразума дискриминаторни и штете комкуренцији. Увођење таксе је било, према мишљењу Комисије, дискриминаторно према страним бродарима који, због свог ограниченог приступа француском унутрашњем речном саобраћају, не могу да уживају користи од намераваног унапређења овог саобраћаја сразмерно њиховом финасијском доприносу те је њихова конкурентска позиција погоршана. Могућност селективне рефундације ове таксе је, такође, била дискриминаторна за стране бродаре јер они нису могли да постану чланови кооперативе те да поврате плаћену таксу. Удружење француских превозилаца робе на унутрашњим воденим путевима у поступку пред Судом ЕЗ у коме је тражило да овај поништи одлуку Комисије о дискриминаторној природи поменуте таксе је тврдило да такса није дискриминаторна јер сви превозиоци који се баве експортним саобраћајем без обзира да ли су француског држављанства или држављани друге државе чланице једнако плаћају ову таксу. Удружење се сложило да страни бродари извлаче мање користи из плаћања ове таксе него домаћи али је Удружење тврдило да то није због самог споразума већ због франуског закона који ограничава приступ страних бродара унутрашњем речном саобраћају. Поред тога, Удружење је тврдило да страни бродари и домаћи бродари не конкуришу једни другима на тржишту унутрашњег речног саобраћаја те да отуда и конкурентска позицијс страних бродара на овом тржишту не може да буде погођена поменутом таксом. Суд Европских заједница је, међутим, нашао да узрок дискриминације не лежи у француском закону којим је ограничен приступ унутрашњем речном транспорту бродарима из других држава чланица већ у чињеници да су две француске асоцијације својим споразумом предвиделе да се таксе које су наплаћиване само у експортном речном саобраћају намењене унапређењу укупног речног саобраћаја, дакле и унутрашњег речног саобраћаја, иако су знале да страни бродари имају веома ограничен

приступ овом саобраћају и да отуда не могу да уживају предности овог унапређења као домаћи бродари. Што се тиче рефундирања таксе члановима кооперативе, Удружење је навело да у време склапања споразума између две асоцијације, оно није знало да кооператива неће бити отворена за стране бродаре јер је француски закон којим је то одређено донет после склапања споразума. Суд је, међутим, одговорио да се у то време постојао нацрт закона о трговачким кооперативима за чије постојање је Удружење морало да зна те да је могло да предвиди да кооперативе неће бити отворене за стране бродаре.[10] Дакле, под различитим условима примењеним на исте послове, Суд Европских заједница разуме услове пословања у ширем смислу. Он сматра забрањеним не само акте који су по себи непосредно дискриминаторни већ и акте који нису непосредно дискриминаторни али то постају у одговарајућем правном контексту, односно у садејству са другим актима.

Дискриминација је обично разуме као прављене неоправданих разлика између припадника одређених група или класа. Појединац је погођен зато што има неку карактеристику групе којој припада, неки „групни“ статус. Тако је забрањено чињење неоправданих разлика по основу пола, дакле појединац је погођен разликом као припадник пола или је забрањено прављење разлике по основу старосне доби када је појединац погођен разликом зато што има одређену старосну доб итд. Овај „статус“ жртве дискриминације назива се и „основом“ дискриминације. Тако, члан 12 Уговора о ЕЗ садржи општу забрану дискриминације по основу држављанства. У случају Португал п. Комисије, Португал је навео да су и унутрашњи летови доступни ваздухопловима из других држава чланица те да не може бити речи о дискриминације по основу држављанства ваздухополова. Суд је, међутим, одговорио да параграф 2(ц) члана 82 Уговора о ЕЗ забрањује сваку дискриминацију од стране предузећа у доминантној позицији која се састоји у примени различитих услова на еквивалентне трансакције са другим трговачким партнерима без обзира да ли је таква дискриминација повезана са држављанством.[11] Суд Европских заједница је, дакле, дозволио да сваки критеријум разликовања може бити основ дискриминације у праву конкуренције ЕЗ. Тако је Суд прихватио разликовање између купаца из једне државе и купаца из друге државе. Или, разликовање између купаца који пристају да одређену робу купују

[10] Case 272/85, Association nationale des travailleurs indépendants de la batellerie (ANTIB) v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 20 May 1987, *European Court reports 1987 Page 02201*, para. 16-27

[11] Case C-163/99, Portuguese Republic v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 29 March 2001, para. 46

само од једног продавца и купаца који на то не пристају. Итд. Међутим, некада није могуће разлучити групну припадност погођених компанија. Тако, у случају Тетрапак, Суд Европских заједница је нашао да је ова компанија продавала машине за паковање и картон купцима у Италији по различитим ценама те је нашао да је то случај дискриминације, иако није одредио критеријум разликовања купаца који су куповали по мањим, односно већим ценама.[12]

Забраном дискриминације у праву конкренције ЕЗ штите се појединачни интереси дискриминисаних предузећа као и интереси потенцијалних конкурената, односно општи економски интерес: неометано функционисање конкуренције. Према класичном схватању дискриминација постоји ако је онај, који је различито третиран, погођен тим различитим третманом, дакле трпи штету. У области права конкуренције не штите се само непосредни учесници у трговачком послу већ и они који тиме могу да буду посредно погођени. Понекад, непосредни учесник и није погођен, ако се посматрају његови тренутни или краткорочни интереси. У случају Хофман-Ла Рош, ова компанија је награђивала верност својих купаца не само дискаунтом већ и тиме што је пристајала да продаје витамине по најнижој цени по којој је конкурентска компанија понудила исте витамине њеном купцу. Дакле, купац који се обавезао да се снабдева витаминима искључиво од ове компаније није био погођен, ако се посматра његов краткорочни интерес. Он је прибављао витамине по најнижој цени по којој је могао да их набави на тржишту. Погођене су биле, међутим, конкурентске фирме, а посматрано дугорочно, и интерес овог купца јер без озбиљне конкуренције изгледа за дугорочно смањивање цена нема. Последњи део одредби из чланова 81 и 82 Уговора о ЕЗ, којим се тражи да примена различите услове на исте послове са другим пословним партнерима резултира у њиховом лошијем конкурентском положају, је тумачен веома широко.

Једно од питања које се поставља у вези дискриминације јесте и да ли су послови исти. Јер, примена различитих услова на различите послове не чини дискриминацију.

У случају Тетрапак, ова компанија је оспоравала посебно посматрање и упоређивање цена картона и машина. Тетрапак је обавезивао купце машина да једино од њега купују картон за прављење амбалаже. У вези дискриминаторних цена ова компанија је наводила да су цене машина и картона биле у корелацији која је била повезана са конкуренцијом на локалном тржишту тако да је одлучујући фактор цена целог система.

[12] Case T-83/91, Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 6 October 1994. *European Court reports 1994 Page II-00755*, para. 204 – 209.

Еквилибриум између цена машина и картона разликовао се од земље до земље.Дакле, компанија се противила посматрању продаје машина и картона као одвојеним правним пословима и тражила је да се ове продаје посматрају заједно. Међутим, предузећу у доминантном положају је забрањено чланом 82 Уговора о ЕЗ да условљава продају једног производа продајом другог производа, односно да продају два производа, машине и картон, везује један за други. Комисија ЕЗ је нашла да је ова везана продаја машина и картона незаконита и да је Тетрапак дужан да оба производа продаје независно један од другог. Отуда, пошто је Суд Прве Инстанце, прихватио овај налаз Комисије ЕЗ, он није могао да посматра заједно цене машина и картона.

Париски аеродроми су се, такође, жалили што је Суд прве инстанце, упоређујући таксе плаћене од две категорије компанија, узео у обзир обрт у погледу обезбеђивања услуга авионима исте компаније. Они су сматрали да је требало да се узме у обзир једино обрт обе категорије компанија у погледу пружања услуга авионима других компанија. Јер, једино у обезбеђивању услуга авионима других компанија су снабдевачи земаљских услуга били у конкуренцији. Само у томе погледу је требало испитивати да ли постоји дискриминација. Како су таксе које су платиле ове компаније које припадају различитим категоријама износиле исти проценат обрта у односу на услуге пружене авионима других компанија, по мишљењу Париских аеродрома, дискриминације нема. Према томе, чињеница да су у погледу обрта у погледу услуга пруженим авионима исте компаније таксе биле равне нули или врло мале је потпуно ирелевантна. Суд Европских заједница је, међутим, закључио да је Суд Прве Инстанце правилно проценио утицај никаквих или малих такси на пословање компанија које су обезбеђивале обе категорије услуга јер су ове омогућавале да лакше врате своје инвестиције и да понуде бољу услове за пружање услуга авионима других компанија. Упоредиве су, по мишљењу судова, укупне услуге, дакле услуге пружене страним и својој компанији јер оне производе кумулативни економски ефекат који одређује конкурентску позицију компаније у пружању услуга другим компанијама. Отуда је исправно посматрати различите таксе које су на њих примењене.

До сличног закључка Суд Европских заједница је дошао у случају француског Удружења превозника робе на унутрашњим воденим путевима. Удружење је приговорило што је Комисија ЕЗ узимала у обзир пословање превозника у унутрашњем речном транспорту и међународном транспорту јер су таксе наплаћиване само у међународном транспорту једнако за све. Суд је, међутим, сматрао да је од малог значаја чињеница да се страни и домаћи бродари не налазе у односу конкуренције у унутраш-

њем речном транспорту јер је и Комисија ЕЗ посматрала њихове конкурентске позиције само у међународном речном саобраћају. Међутим, од убране таксе несразмено већу корист су имали домаћи бродари. Дакле, и одредба о истим пословима се веома широко тумачи.

Од суштинског значаја је постојање објективног оправдања за примену различитих услова на исте трансакције са другим партнерима. Уколико оно постоји, дискриминације нема. Уколико не постоји, дискриминација је на делу. Тако, економија обима јесте објективно оправдање и различити услови, квантитавини дискаунти, који се заснивају на овој не чине дискриминацију. Ако велики купац добије већи дискаунт а мањи купац мањи, примењују се различити услови на исте трансакције али постоји објективно оправдање за то и нема дискриминације. Али ако су прагови за стицање права на дискаунт постављени тако да изразито фаворизују једну групу трговачких партнера или ако је скала дисканута постављена на исти начин да фаворизује једну групу трговачких партнера, дискриминација је на делу. Тако је Суд нашао да су надлежне португалске власти тако одредиле праг за дискаунт на таксе за слетање авиона да су тиме фаворизоване само две домаће компаније, што је чинило дискриминацију.[13] Суд ЕЗ води веома рачуна о пропорционалности примењених различитих услова и циља који се различитим условима жели постићи. Економија обима и политика дискаунта чини оправдани циљ. Али, ако су прагови дискаунта постављени мимо економске логике тако да фаворизују једну групу партнера, онда то не може бити објективно оправдање јер се исти циљ може постићи другачије постављеним дискаунтом.

Комисија ЕЗ је сматрала да нема објективног оправдања за понашање Хилтија. У погледу Хилтијеве забринутости за питање безбедности, Комисија каже да је Хилти требао ову ствар да изнесе пред надлежне британске власти и да од њих тражи да покрену акцију против конкурената чије производе је сматрао опасним. Хилти то није учинио и зато његово понашање не може да се оправда бригом за безбедност и поузданост производа.[14] И овде Суд води рачина о пропорционалности. Заштита безбедности потрошача је свакако легитиман циљ. Али, тај циљ је може постићи другим средствима а не применом различитих услова на исте трансакције.

У случају Чикита банана, компанија је објашњавала да су разлике у ценама биле последица промењивих тржишних фактора, као што су време,

[13] Case C-163/99, Portuguese Republic v. Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 29 March 2001, para. 49-57

[14] Hilti AG v Commission of the European Communities. Case T-30/89. Judgment of the Court of First Instance of 12 December 1991.para. 20

различита доступност сезонског воћа, празници, штрајкови, мере влада или курсне девизне промене. Суд се сложио да кад се може утврдити да разлике у транспортним трошковима, таксама, царинама, надицама, условима трговања, разлике у девизним курсевима, интензитет конкуренције могу кулмирнирати у раличитим малопродајним ценама у државама чланицама, тада су ове разлике фактори које компанија треба да узме у обзир. Међутим, каже Суд она треба да их узме у обзир само у ограниченом обиму пошто она продаје производ који је увек исти на истом месту трговцима који довршавају процес зрења и дистрибурају банану и који сами сносе ризике потрошачког тржишта.[15] Суд је анализирао тржишне услове у девет држава чланица и нашао је да су тржишта у шест држава потпуно слободна иако су у њима различите царине и трошкови превоза али ове разлике нису дискриминаторне те је закључио да су услови конкуренције једнаки за све у ових шест држава.[16]

Различите цене тетрабрик асептичког картона потичу, према компанији, из сложене интеракције историјских фактора, локалних тржишних услова који се значајно разликују од земље до земље, структуре млекарске индустрије, разматрања локалних трошкова и давања максималне аутономије локалним огранцима компаније. Суд Прве Инстанце је нашао да разлике у ценама не могу да се припишу објективним тржишним условима. Значајне разлике у ценама машина и картона настају у контексту парцелисања националног тржишта путем клаузула о везаним продајама у уговорима што је појачано аутономним системом производње и дистрибуције од стране Тетрапака и квазимонополнском позицијом на асептичким тржиштима заједнице. У таквим околностима, јасно је да разлике у ценама нису резултат нормалних конкурентских сила и да су примењене на штету оних који се баве паковањем. Суд Прве Инстанце је нашао да се не могу прихватити разлози на које се позивала компанија као оправдање. Нарочито се не може прихватити аргумент о специфичности услова на локалним тржиштима јер како Комисија нагласила по дефиницији јединствено географксо тржиште обухвата целокупну Заједницу, нарочито имајући у виду маргиналну природу транспортних трошкова.[17]

---

[15] United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. Chiquita Bananas. Case 27/76. Judgment of the Court of 14 February 1978.para. 225-228.

[16] United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. Chiquita Bananas. Case 27/76. Judgment of the Court of 14 February 1978.para. 52

[17] Case T-83/91, Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 6 October 1994. *European Court reports 1994 Page II-00755*, para. 20, 153, 155, 157, 179

Изложена судска пракса показује да Суд Европских заједница и Суд Прве Инстанце тумаче дискриминацију на начин који је одређен контекстом примене, дакле правом конкуренције. Акт дискриминације овде не чини држава већ једно или више предузећа. Жртва дискриминације може да буде пословни партнер који је доведен у неповољнији конкурентски положај али и друга конкурентска предузећа која послују на истом тржишту. Поред конкретних пословних субјеката штити се општи интерес: неометано функционисање конкуренције. Статус жртве овде није од примарног значаја за постојање дискриминације, као што је то случај у области људских права. Судови ЕЗ веома широко тумаче „неједнаке услове“ и „исте послове“. Изгледа да они оправданост примене различитих услова на исте послове оцењују искључиво економским разлозима.

Уговор о ЕЗ наводи политику конкуренције у члану 3 као једну од главних активности Заједнице. Заиста, конкуренција се сматра покретачком снагом економског прогреса. Економисти тврде да је конкуренција најбољи начин алокације ресурса и смањивање ризика да произведена добра и услуге остану без конзумената. Она приморава произвођаче да се стално прилагођавају преференцијама купаца, да инвестирају у развој и у иновације. Конкренција обезебеђује смањивање цена, већу привредну ефикасност произвођача и трговаца. Она доприноси општем благостању земље.[18] У том смислу су дефинисани циљеви права конкуренције ЕЗ. Један од циљева је јачање економске ефикасности. Циљ је, такође, да се обезбеди заштита потрошача и мањих предузећа од кумулације економске моћи било у облуку монополског предузећа или споразума или договорене праксе између неких предузећа. Штити се економска слобода избора. Неки сматрају да је ово значајно уопште за демократско фунционисање друштва. Циљ је, такође, да се помогне стварање јединственог европског тржишта, односно да се спрече активности предузећа које воде парцелисању овог тржишта.[19]

Резоновање Суда Европских заједница наилази на критику у неким случајевима. Случај Чикита банана је резултирао обавезом да компанија продаје банане по истој цени у свим земљама ЕЗ. Компанија ће продавати банане вероватно по некој посечној цени тако да ће оне у земљама у којима су до тада продаване по вишој цени појефтинити а у земљама у којима су продаване по нижој цени поскупети. То ће имати за последицу да ће потрошња банана да се повећа у земљама у којима ће ове појевтинити и да ће потрошња да се смањи у земљама у којима ће поскупети.

[18] D.G.Goyder, EC Competition Law, Fourth ed, Oxford, 2003, стр. 9.
[19] P. Craig, G. De Burca, EU Law, Third ed. Oxford, 2003, стр. 936.

Ово неће утицати да ефикасније пословање компаније која производи и транспортује банане али ће утицати да ће један број потрошача из сиромашнијих земаља ЕЗ морати да се одрекне овог воћа док ће оно постати доступно једном броју потрошача из богатијих земаља ЕЗ којима до појевтињења није било доступно. Дакле, ефекат ове пресуде је прерасподела потрошње банана међу земљама ЕЗ.[20] Исти ефекат прерасподеле потрошње може да има пресуда суда у случају Тетрапак и неким другим случајевима. Суд је овде жртвовао један позитиван социјални ефекат прилагођавања цена производа од стране монополисте локалној куповној моћи у држави чланици интересу јединственог тржишта који захтева исте цене на целом тржишту. Заиста се може поставити питање колико је резоновање судова ЕЗ у оваквим случајевима прихваљиво. Ценовна политика која би се адаптирала на куповну моћ која се разликује од једног до другог дела тржишта није забрањена ако не спада под чланове 81 и 82 Уговора. Иако се у литератури наводи са је резоновање судова ЕЗ у примени чланова 81 и 82 Уговора еластичније у односу на Комисију ЕЗ, има места расправи да ли би судови могли да покажу још већу еластичност када би она служила правичној дистрибуцији роба и услуга између богатијих и сиромашнјих чланица ЕЗ. Управо концепт дискриминације омогућава такву већу еластичност и успосваљање бољег баланса међу различитим интересима.

[20] W. Bishop, Price Discrimination under Article 86: Political Economy in the European Court, Modern Law Review, 1981, Nu. 44, p. 288, наведено према P. Craig, G. De Burca, op.cit. str. 1019

Rodoljub Etinski, PhD, Full Professor
Novi Sad School of Law

Contribution of the EC Courts to Construction of Prohibition of Discrimination in the Competition Law of the EC

Abstract

The Paris Treaty prohibited „measures or practices which discriminate between producers, between purchasers or between consumers, especially in prices and delivery terms or transport rates and conditions,... "as measures that were not in accordance with the common market for coal and steel. In the same context, the Rome Treaty does not use term „discrimination". It prohibits an application of „dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage". This prohibition is valid as an abuse performed by one or more undertakings in dominant position or as an effect of agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market.

This text casts some light to the EC courts' construction of the above provisions quoted from Articles 81 and 82 of the Rome Treaty. The Court of Justice of the European Communities as well as the Court of First Instance interpret „dissimilar conditions" and „equivalent transactions" very broadly but they are very rigid when they estimate whether dissimilar conditions were applied in reasonable and justified way. Whether a difference is objectively justified the courts judge according to economic reasons and relevance for single market. But, sometimes, the courts defend unity of the single market at expenses of consumers in less reach Member States. Whether this is economically reasonable and socially justified is a matter under discussion.

347.64:341.9(497.11)

Др Бернадет Бордаш, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ПРИЗНАЊУ И ИЗВРШЕЊУ ОДЛУКА О СТАРАЊУ О ДЕЦИ И О ПОНОВНОМ УСПОСТАВЉАЊУ ОДНОСА СТАРАЊА – ИЗВОР МЕЂУНАРОДНОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА У СРБИЈИ

Сажетак: *Рад се бави Европском конвенцијом о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању старања који чини извор међународног приватног права Србије од 2002. године. Као вишестрана међународна конвенција она у хијеархијском реду примене долази испред одредаба чланова 87-95 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља и уводи специјалан режим егзекватуре у домаће право. Први део рада посвећен је анализи садржаја Конвенције, а други коментару одређених питања поводом једне одлуке из домаће судске праксе.*

Кључне речи: *хијерархија извора међународног приватног права, признање и извршење страних судских одлука, одлуке о старању о деци, противправно одвођење детета*

Европска (или Луксембуршка) конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања, која је усвојена од стране Савета Европе још 20. маја 1980. године у Луксем-

бургу (у даљем тексту: Конвенција) ступила је на снагу у односу на Савезну Републику Југославију 1. маја 2002. године. Закон о потврђивању ове Конвенције усвојен је 9. маја 2001.[1], а инструмент о приступању је положен код Генералног секретара Савета Европе 18. 01. 2002. године, заједно са изјавом о резерви на одредбу члана 6, став 1 тачка (б) Конвенције[2] и информацијом о органу који ће делати као централни орган. Конвенција обавезује Србију од 1. маја 2002. године, а улогу централног органа обавља Министарство правде Републике Србије[3].

Ова Конвенција у домаћем међународном приватном праву је значајна из више разлога: најпре, регулише признање и извршење одлука о старању о деци и одлука о поновном успостављању односа старања и као таква она је израз потребе међународне заштите деце и уважавања (најбољег) интереса деце приликом одлучивања о њиховом старању, што је у складу са Конвенцијом о правима детета из 1989. године[4]; с обзиром на предмет који уређује и на поље примене Конвенција се у хијерархији извора међународног приватног права Србије налази изнад домаћих извора; имајући у виду да је Србија као правна следбеница Државне заједнице Србија и Црна Гора, односно Савезне Републике Југославије такође држава чланица и Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце[5] чији је предмет регулисања сличан у делу који се односи на поновно успостављање односа старања, требало би водити рачуна и о односу ове две конвенције[6] и сагледати могућности њихове примене.

[1] Видети Сл. лист СРЈ – Међународни уговори бр. 1/2001.

[2] Члан 6: "1. Осим у случају посебних споразума закључених између централних органа и одредби става 3. овог члана: а) саопштења упућена централном органу замољене државе се састављају на језику или на једном од званичних језика те државе или им се прилаже превод на тај језик; б) централни орган замољене државе ће ипак прихватити саопштења састављена на француском или енглеском језику или пропраћена преводом на један од ових језика. … 3. Држава уговорница може да искључи потпуну или делимично примену одредби става 1, тачке б овог члана. Када је држава уговорница изразила ову резерву свака друга држава уговорница може исто тако да је примени према тој држави."

[3] Видети http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=105&CM=8&DF=11/11/2006&CL=ENG&VL=1.

[4] Сл. Лист СФРЈ, 15/90.

[5] Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, 7/91.

[6] Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце односи се на поновно успостављање односа старања у случајевима у којима је дошло до *противправног* одвођења или задржавања деце, док код Европске конвенције о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања не садржи ово ограничење; Хашка конвенција се примењује и у случајевима када у земљи у којој дете има своје редовно боравиште и из које је дете одведено не постоји одлука о старању, док се Европска конвенција заснива на признавању и извршавању одлука о старању и прописује за те одлуке посебан режим.

Deleted: ima značaja sa dva aspekta: s obzirom da

Deleted: s druge strane,

Deleted: a

Deleted: a

Deleted: (SRJ) ugovornica

Deleted: posledicama

Deleted: (u daljem tekstu: Haška konvencija)

Deleted: ,

Deleted: obratiti pažnju i na odnos ove dve konvencije

Deleted: , s obzirom na njihove predmete i redosled

Formatted: Serbian (Latin, Serbia)

Formatted: Serbian (Latin, Serbia)

Овај рад се бави Европском конвенцијом о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања само са аспекта њеног места међу изворима међународног приватног права у Србији, а поводом једне одлуке домаћег суда. Први део овог рада посвећен је Европској конвенцији – његовом предмету и механизму правне помоћи предвиђеном ради реализације њених циљева. Предмет другог дела рада је и коментар једне одлуке из домаће судске праксе.

I Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања

1. Циљеви и статус

Државе чланице Савета Европе су на 12. Конференцији европских министара правде у Луксембургу (20. маја 1980. године) усвојиле текст и отвориле за потписивање Европску конвенцију о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања. Конвенција полази од констатације да приликом одлучивања о старању о детету одлучујући значај има интерес детета и да ће бољу заштиту тог интереса обезбедити институционализовање мера којима се олакшава признање и извршење одлука о старању о детету; истиче право родитеља на виђење с дететом као нормалну последицу права на старање и констатује пораст броја случајева бесправног премештања деце преко међународних граница и жељу за увођењем прописа који омогућавају поновно успостављање односа старања о деци када је старање самовољно прекинуто. Имајући ово у виду, Конвенција има за циљ да успостави *правну сарадњу* између органа држава уговорница која ће омогућити да се олакша признање и извршење одлука о старању о деци и да се обезбеди поново успостављање односа старања у случају да је дете премештено у другу државу.

Конвенција је отворена за потписивање државама чланицама Савета Европе, а државе које нису чланице Савета Европе могу јој приступити. Ступила је на снагу 1. септембра 1983. године, а на дан 11. новембра 2006 је имала 35 чланица[7], укључујући и Србију.

[7] Државе чланице Европске конвенције на дан 11.новембра 2006. г.: Аустрија, Белгија, Бивша Југословенска Република Македонија, Бугарска, Црна Гора, Чешка, Данска, Естонија, Финска, Француска, Грчка, Холандија, Исланд, Ирска, Италија, Кипар, Латвија, Лихтен-

2. Структура Конвенције

Конвенција најпре даје дефиниције појмова битних за предмет регулисања (члан 1), а потом уређује механизам успостављања правне сарадње између органа држава уговорница (Део I – Централни органи), признање и извршење одлука и поновно успостављање старања о деци (Део II), поступак признања одлука (Део III), дозвољене резерве уз Конвенцију (Део IV), однос Конвенције према другим међународним инструментима (део V) и завршне одредбе (део VI).

1) Појмови

У члану 1 одређени су појмови у смислу у коме се употребљавају у Конвенцији и приликом примене Конвенције.

Појам детета је одређен с обзиром на два кумулативна критеријума: године живота и право детета да само одлучује о сопственом месту боравка, тј. резиденцији[8]. Дете је свако лице које није напунило 16 година живота, без обзира на његово држављанство. Други критеријум је одређен негативно, тј. дететом ће се сматрати свако лице које још није напунило 16 година живота и које нема право да само одређује своје место боравка. За ово питање је меродавно било закон (право) дететовог уобичајеног боравишта, било закон његовог држављанства, било домаћи закон замољене државе. Појмови уобичајеног боравишта и држављанства нису дефинисани у Конвенцији, стога се они морају одредити с обзиром на национално право сваке државе чланице, с тим да се приликом одређења уобичајеног боравишта детета ослонац може наћи у правилима 7-11 Резолуције (72) комитета министара Савета Европе о стандардизацији правних појмова «домицил» и «резиденција».[9]

штајн, Литванија, Луксембург, Мађарска, Малта, Молдавија, Монако, Немачка, Норвешка, Пољска, Португалија, Румунија, Србија, Словачка, Шпанија, Швајцарска, Шведска, Турска, Уједињено Краљевство .

[8] У преводу Конвенције на српски језик, у тачки а) става 1 употребљен је израз "које нема право да само одређује своје *пребивалиште*", док је у енглеском тексту коришћен израз "place of residence", који се разликује и од појма уобичајеног боравишта и од појма пребивалишта. С обзиром на предмет и циљ Конвенције и у српском тескту би био адекватнији израз боравиште, или, чак, резиденција због тога што одвођење детета од стране другог родитеља може да се догоди уз сагласност детета које има године живота које омогућују веродостојно и озбиљно обликовање жеље и воље, али само одвођење не конституише ни уобичајено боравиште, ни пребивалиште.

[9] Видети Explanatory report on the European convention on recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children (ETS no.

Имајући у виду да одлуке о старању у државама чланицама Савета Европе већином доносе судови, али да у неким државама ово овлашћење имају и органи управе[10], у Конвенцији *орган* означава сваки судски орган или орган управе.[11]

Одлука о старању која је подобна за признање и извршење одређена је у тачки ц) члана 1 као «свака одлука органа уколико се односи на старање о личности детета, укључујући право да се одреди његово пребивалиште[12], или се односи на право на виђење с њим»[13]. У овој дефиницији потребно је ближе одредити које се одлуке *односе на старање* и шта се подразумева под *старањем о личности детета*. Старање о *личности* обухвата физичко и здравствено старање, бригу о моралном и интелектуалном васпитању уопште, укључујући образовање и похађање одређене школе[14]. Старање о личности детета подразумева и право да се одреди његово боравиште (пребивалиште, према домаћем законодавцу). Стваоци Конвенције су сматрали да због разлика у схватањима појединих држава не треба дати стриктну дефиницију, већ да у случају сумње о томе да ли нека активност или нека одлука лица које има право на старање чини део старања о личности детета, одлуку доноси суд замољене државе (по свом праву) и тако одлучује о томе да ли одлука суда државе порекла спада под домашај конвенције. Одлука о старању је и одлука која се односи на право на виђење са дететом (члан 11).

Одлука о старању је свака одлука која се *односи* на старање. Уколико се одлука не односи ни на старање о личности детета, ни на право одлучивања о месту боравишта детета, ни на право на виђење детета, таква одлука не спада у област примене Конвенције. Према Објашњењу[15] које је издато поводом усвајања Конвенције, она се нарочито не примењује на одлуке које се односе само на законско заступање или на давање сагласности у имовинским питањима.[16] Уколико, међутим, одлука о законском заступању има директан ефекат и на признање права на старање или на његово вршење, она у том делу спада у област примене Конвенције, као

105). (У даљем тексту: Explanatory report); http://conventions.coe.int/Treaty/B/cadreprincipal.htm

[10] На пример, у Данској, Норвешкој, Швајцарској, видети Ехпланатору репорт.

[11] Видети Закон о браку и породичним односима Србије

[12] Видети белешку бр. 6.

[13] На основу превода Конвенције у Сл. листу СРЈ, 1/2001.

[14] Видети Explanatory report, тачка 19.

[15] Објашњење (Explanatory report) није аутентично тумачење Конвенције, али може послужити као помоћ при интерпретацији Конвенције, т. II.

[16] Видети Explanatory report, т. 18.

одлука која се *односи* на старање. У таквом случају лице које захтева признање или извршење треба да докаже да, према праву које је суд порекла одлуке применио при доношењу одлуке о законском заступању, та одлука укључује и права или обавезе које се *односе* на старање. Осим одлуке о праву на виђење и одлука којом се само налаже повратак детета у место у коме се оно налазило пре одвођења јесте одлука која се *односи* на старање.

Из одредбе члана 7 произлази да се Конвенција примењује само на одлуке о старању које су донесене у некој од држава уговорница, чиме је одређен територијални домашај Конвенције.

Бесправно одвођење у смислу Конвенције обухвата три ситуације (тачка д члана 1). Основна је она у којој се дете одводи преко међународне границе, а тај акт представља кршење одлуке о старању која је донесена и која је извршна у једној држави уговорници. Друга ситуација која се квалификује као бесправно одвођење јесте она у којој дете не буде враћено преко међународне границе по истеку времена одређеног за остваривање права на виђење или по истеку било ког привременог боравка на територији различитој од оне на којој се старање спроводи. Најзад, бесправним одвођењем се сматра и оно које је оглашено противправним у смислу члана 12 *након* самог одвођења. Према Конвенцији, противправно (према преводу Конвенције на српски језик: бесправно) одвођење претпоставља постојање *одлуке о старању,* али из одредби члана 12 произлази да примени Конвенције има места и у оним случајевима у којима, на основу националног права, старање постоји *ex lege*.

2) Део I – Централни органи (чл. 2-6)

Одредбе чланова 2-6 треба да осигурају успостављање *сарадње* између органа држава уговорница која се базира на правној помоћи ради постизања циљева Конвенције, а све с обзиром на хитну природу акција и поступака и такву природу предмета признања и извршења одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања. Конвенцијом је предвиђено именовање централних органа[17] у државама уговорницама као органа правне сарадње између држава уговорница. Осим међусобне сарадње између централних органа, Конвенција ставља у задатак тим органима и подстицање сарадње између надлежних органа њихових држава.

[17] На основу члана 2 Конвенције Закон о потврђивању Европске конвенције о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања у члану 3 одређује лао централне органе органе управе надлежне за послове правде Републике Србије и Републике Црне Горе.

Међусобна сарадња централних органа која има за циљ олакшање спровођења Конвенције обухвата прослеђивање захтева надлежних органа ради добијања информација о правним или чињеничним питањима поступака у току, достављање – на основу захтева – обавештења о праву (прописима) које се односи на старање о деци и о изменама тог права, као и међусобно обавештавање о било којој тешкоћи која може настати у примени Конвенције и, уколико је то могуће, отклањање препрека у примењивању Конвенције.

3) Део II – Признање и извршење одлука и поновно успостављање старања о деци (чл. 7-12)

Ово је централни и супстанцијални део Конвенције који садржи правила признања и извршења одлука о праву на старање у државама уговорницама, а да би се таквим признањем и извршењем обезбедила већа заштита добробити детета, с тим да се право родитеља на виђење с дететом сматра нормалном последицом права на старање[18].

Члан 7 садржи општу одредбу, према којој ће се одлуке које се односе на старање, које су донесене у једној Држави уговорници признати у било којој другој Држави уговорници, као што ће се одлуке које су извршне у држави (чланици) порекла извршити у било којој другој Држави чланици. У складу са овом одредбом, Конвенција предвиђа *три* различите ситуације и за сваку од њих поставља специфичне услове.

а) Члан 8 – Одредбе овог члана се примењују када дође до бесправног одвођења детета чија су оба родитеља, као и дете – у тренутку покретања поступка о праву на старање у држави у којој је одлука донета или у време бесправног одвођења, ако је до овог дошло раније – имали само држављанство те државе а дете је имало и уобичајено боравиште у тој држави. Уколико се у оваквој ситуацији захтев за враћање детета поднесе у року од 6 месеци од дана бесправног одвођења, централни орган замољене државе ће одмах предузети мере за враћање детета ради поновног успостављања односа старања. У оваквом случају треба утврдити само постојање наведених чињеница (став 1). Ако се у замољеној држави мере за враћање детета могу предузети само посредством судских органа, у поступку поводом ситуације из члана 8 се неће примењивати ниједан од разлога за одбијање признања и извршења које Конвенција предвиђа као сметње (став 2).

[18] Видети циљеве Конвенције у њеном уводу, алинеје 3 – 4.

Став 3 члана 8 покрива и право на виђење и прописује исти начин поступања. Уколико дете не буде враћено на време из иностранства, куда је одведено на основу остаривања права на виђење (на основу овереног споразума између лица које се стара о детету и другог лица или на основу одлуке надлежног органа), однос страња ће се поново успоставити, под условом да је захтев поднесен неком од централних органа у року од 6 месеци, а уколико је за поновно успостављање односа старања неопходан судски пут, ниједан од разлога за одбијање егзекватуре из Конвенције се неће применити (став 3).

б) Члан 9 – Одредбе овог члана примењују се на случајеве противправног одвођења детета који нису покривени ставом 1 члана 8. Уколико је *захтев за враћање детета поднет централном органу у року од 6 месеци од дана одвођења*, признање и извршење одлуке о старању о деци може да се одбије само због једне од следећих сметњи:

(1) ако је повређено право одбране: ако је одлука донесена због *изостанка* туженог или његовог пуномоћника, а туженом није благовремено и уредно извршено достављање акта о покретању поступка да би могао да припреми своју одбрану; међутим, неће постојати ова сметња, уколико достављање није извршено због тога што је тужени скривао место боравка од лица које је покренуло поступак у земљи порекла одлуке;

(2) ако је одлука о старању донесена због изостанка туженог или његовог пуномоћника, а надлежност органа који је донео одлуку *није* заснована на једној од следећих чињеница: (i) уобичајеном боравишту туженог, (ii) последњем заједничком уобичајеном боравишту родитеља детета, а бар један од родитеља је и даље имао уобичајено боравиште у земљи порекла одлуке, (iii) уобичајеном боравишту детета (недовољно чврста веза између органа који је донео одлуку и страна у спору);

(3) ако је одлука неспојива са одлуком о старању која је пре одвођења детета постала *извршна* у замољеној држави, осим ако је дете годину дана пре његовог одвођења имало уобичајено боравиште на територији државе молиље[19].

[19] Циљ ове одредбе јесте да се спречи да повољнија одлука органа државе у којој дете није имало уобичајено боравиште у време када је одлука донесена послужи као сметња за признање и извршење одлуке о старању државе молиље, а пошто дете буде бесправно одведено на територију замољене државе, видети: Explanatory report, тачка 43.

Из одредбе става 2 члана 9 произлази да се режим успостављен Конвенцијом у погледу признања и извршења одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања примењује не само у случајевима када се заинтересована лица користе механизмом сарадње централних органа држава уговорница, *већ у сваком случају када су испуњени услови за примену Конвенције.* Заинтересоване стране не морају да се обрате централним органима, већ директно надлежним органима одређене државе, које су обавезне да поступе по одредбама Конвенције и да донесу одговарајуће одлуке.

Чланом 9 је, такође, прописано да контрола одлука донесених у некој од држава уговорница у поступку признања и извршења у другој држави чланици ни у ком случају не обухвата контролу по меритуму (став 3).

в) Члан 10 – Овај члан се односи на све друге ситуације које нису покривене одредбама чланова 8 и 9, укључујући и случајеве када не постоји бесправно одвођење или када се захтев за повратак детета подноси по протеку рока од 6 месеци од дана одвођења. Признање и извршење одлука једне од држава уговорница у некој другој држави чланици може да буде одбијено не само по некој од сметњи из члана 9, већ и ако постоји неки од следећих разлога:
   (1) ако су дејства одлуке *очигледно* супротна основним начелима права замољене државе које се односи на породицу и на децу (овим се омогућује одбијање егзекватуре уколико би она очигледно била у супротности са основним принципом добробити детата[20]);
   (2) ако суд признања утврди да, због промењених околности – које укључују протек времена, али не и једноставну промену боравишта детета по бесправном одвођењу – дејства првобитне одлуке *очигледно* не одговарају више добробити детета[21];
   (3) ако је у време покретања поступка пред органом државе порекла одлуке дете имало држављанство замољене државе или је имало тамо уобичајено боравиште, а таква веза није постојала са државом порекла; или ако је дете имало и држављанство државе порекла одлуке и замољене државе а уобичајено боравиште је имало у замољеној држави;

[20] Видети Explanatory report тачка 47.

[21] Уколико суд егзекватуре нађе да су се околности промениле с обзиром на појаву нове чињенице може да одбије признање или извршење пошто одлука није у интересу добробити детета; ако се захтев за егзекватуру поднесе дуго времена после бесправног одвођења, дете је могло да се прилагоди новој средини, те може да буде противно његовом интересу враћање у место ранијег боравишта – основ одбијања егзекватуре није у промени боравишта, већ у чињеници да се дете интегрисало у нову околину, видети: Explanatory report, тачка 48.

(4) ако је одлука у супротности са одлуком донесеном у замољеној држави или са одлуком донесеном у трећој држави, а признатој у замољеној држави, под условом да су наведене одлуке донесене у *поступцима који су започети пре подношења захтева* за егзекватуру и уколико је одбијање признања и извршења у интересу добробити детета.

Став 2 члана 10, с обзиром на ситуације на које се односи, одређује случајеве у којима поступак признања и извршења одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања *може* да буде *прекинут*[22]. Суд замољене државе може да одреди рок у коме би требало обавити радње које служе као разлог прекиду[23], а уколико се тај рок не испоштује, поступак признања и извршења би се наставио.

г) Члан 11 – Предмет одредаба овог члана је право на виђење. Одлуке о праву на виђење, као и одредбе о праву на виђење одлуке која се односи на право на старање признају се и извршавају под истим условима као и одлуке о старању о деци. Међутим, с обзиром на разлике у правима држава уговорница које се тичу услова остваривања овог права, надлежни органи замољене државе могу *изменити и допунити* одлуке о виђењу донесене у некој другој држави чланици да би их прилагодили месним околностима у којима се виђење остварује (на пример, школски и други празници). При томе треба водити рачуна нарочито о обавезама страна које су у овом погледу преузеле.

Став 3 члана 11 се односи на остваривање права на виђење ех леге, тј. када не постоји одлука о праву на виђење (нити о праву на старање), или када је одбијено признање и извршење одлуке о праву на старање. У таквој ситуацији централни орган замољене државе може да, на захтев лица које претендује на право на виђење, поднесе захтев надлежном органу да донесе одлуку о праву на виђење.

д) Члан 12 – Последња ситуација коју уређује овај део Конвенције односи се на *поновно успостављање односа старања*. Ту спадају

[22] У преводу Конвенције на српски језик у ставу 2 члана 11 користи се реч обуставити: "У истим случајевима, поступци за признање и извршење могу да се *обуставе* из једног од следећих разлога", што је грешка, пошто из смисла признања и извршења страних одлука, као и разлога који су наведени (видети следећу белешку) произлази да је овде реч о прекиду поступка; овај став потврђује и Explanatory report, тачке 55-58.

[23] Поступак признања и извршења може се прекинути: а) ако је започет поступак преиспитивања одлуке по редовном правном леку; б) ако је у замољеној држави у току поступак који се односи на старање о деци, који је започет пре него што је покренут поступак у држави порекла одлуке; ц) ако је нека друга одлука о старању о деци предмет поступка за извршење или предмет неког другог поступка који се односи на признање одлука

случајеви у којима се право на старање остварује ex леге, или de facto (што не мора да буде истовремено и ex lege), дакле, случајеви у којима *не* постоји одлука о праву на старање донесена у било којој држави чланици. Уколико у таквим ситуацијама дете буде бесправно одведено у иностранство од лица које је остваривало старање ex леге или де фацто, не би постојао конвенцијски режим за поновно успостављање старања, јер се Конвенција базира на постојању одлуке о старању. Због тога надлежни орган треба да донесе одлуку о старању *после* бесправног одвођења детета. Одлука мора да има два елемента: мора да утврди *ко има право на старање*, да би то лице могло да захтева повратак детета, и мора да констатује да је одвођење детета *противправно*. Према званичном објашњењу уз Конвенцију[24] за циљеве примене члана 12 била би довољна одлука којом се налаже повратак детета у место одакле је противправно одведено. Одлука донесена *после* противправног одвођења детета на захтев било ког заинтересованог лица у једној од држава уговорница биће призната и извршена у некој другој држави чланици према одредбама Конвенције.

4) Део III – Поступак (чланови 13-16)

Одредбе овог дела Конвенције уређују одређена питања у вези са самим поступком признања и извршења одлука о старању и поновном успостављању односа старања која, у првом реду служе томе да се ефикасним и хитним поступањем у замољеним државама омогући успостављање пређашњег стања (враћање детета и остваривање права на старање) у државама порекла одлуке. С друге стране, Конвенција афирмише и принцип најбољег интереса, односно добробити детета, прописујући саслушање детета у одређеним случајевима (члан 15).

Највећи значај за остваривање циљева Конвенције има одредба члана 14. Ту је прописано да ће државе чланице Конвенције приликом признања и извршења одлуке о старању о детету примењивати једноставан и хитан поступак. Ову одредбу би требало схватити као позив државама уговорницама да олакшају поступак признања и извршења одлука о старању и о поновном успостављању односа старања (нарочито у случајевима из чланова 8 и 9) уколико је то, с обзиром на правни систем, изводљиво. Произлази да је у погледу поступка *меродаван lex fori* , али да би било пожељно да државе уговорнице прилагоде процедуру да би се ефикасније остваривали циљеви Конвенције.

[24] Видети Explanatory report, тачке 61-62.

Остваривању циљева Конвенције служе и одредбе члана 13 којима је прописано које исправе се прилажу уз захтев за признање и извршење одлуке о старању, као и одредба члана 16, према којој се не може захтевати никаква легализација, ни слична формалност.

5) Део IV – Резерве (чланови 17-18)

Овај део Конвенције садржи изузетно важне одредбе са аспекта примене и ефикасног остваривања циљева Конвенције што обезбеђују одредбе Дела II – Признање и извршење одлука и поновно успостављање старања о деци. Наиме, чланом 17 је допуштено државама уговорницама да стављају резерве на примену одредаба чланова 8 и 9, уколико сматрају да су конвенцијска решења о признању и извршењу одлука, у случајевима који су дефинисани у тим члановима, неприхватљива са аспекта њиховог правног система.

С обзиром да је у ставу 2 члана 8 предвиђено да се неће применити ниједан од разлога за одбијање признања и извршења одлуке које предвиђа Конвенција (то су разлози из чланова 9 и 10), а у ставовима 1 и 2 члана 9 Конвенција предвиђа само ограничени број разлога за одбијање признања и извршења одлуке, свака држава уговорница може да изјави резерву (исто се односи и на случај из става 3 члана 8). Резерва ће омогућити да се у замољеној држави у поступку признања и извршења одлука о старању које су донесене у некој другој држави чланици одбије егзекватура позивом на све или неки од разлога за одбијање који су наведени у члану 10. Ово практично значи да постоји могућност да се у свим случајевима који су дефинисани у члановима 8 и 9, или у једном од њих, као и у члану 10, одлуке преиспитују по разлозима из члана 10. Ти разлози су, подразумева се, другачији од разлога појединих националних права, али тиме се, ипак, крњи циљ и нарушава замишљени режим ове Конвенције[25].

Последица изјављене резерве јесте да ће се у погледу одлука које су донесене у држави чланици поступати по начелу реципроцитета: одлука те државе може да буде одбијена у свакој другој држави чланици из истог додатног разлога који је она назначила у резерви (став 2 члана 17).

Резерва може да буде стављена и на примену одредбе члана 12 (признање одлуке о старању о детету која је донесена после бесправног одвођења детета), тј. држава уговорница може да изјави да није везана одредбом тог члана, с последицом да се одредбе тог члана неће примењивати на одлуке државе чланице која је изразила овакву резерву (члан 18).

[25] Видети, такође, Explanatory report, тачке 70-74.

На основу одредаба Дела IV Конвенције следеће државе чланице су изјавиле резерве: Бугарска – у случајевима који су одређени у члановима 8 и 9 примењиваће се разлози прописани у ставу 1 члана 10; Чешка – у случајевима који су одређени у члановима 8 и 9 примењиваће се разлози прописани у ставу 1 члана 10; Данска – у случајевима који су одређени у члановима 8 и 9 или у једном од тих чланова примењиваће се разлози одређени у члану 10; Финска – у случајевима који су одређени у члановима 8 и 9 примењиваће се одредбе о разлозима за одбијање егзекватуре из члана 10; Немачка – у случајевима који су одређени у члановима 8 и 9 признање и извршење одлука о старању ће бити одбијено из разлога наведених у тачкама а и б става 1 члана 10; Грчка – у случајевима који су одређени у члановима 8 и 9, признање и извршење одлука о старању ће бити одбијено из разлога наведених у члану 10; Исланд – у случајевима који су наведени у члановима 8 и 9, или у једном од ових чланова признање и извршење одлука о старању може да буде одбијено из разлога одређених у члану 10; Италија – приликом полагања инструмента о ратификацији изјавила резерву на основу члана 17 Конвенције; Лихтенштајн – у случајевима који су дорођени члановима 8 и 9 код признања и извршења одлука које се односе на старање неће се примењивати одредбе тачака а, б и д става 1 члана 10; Литванија – у случајевима који су наведени у члановима 8 и 9, или у једном од ових чланова признање и извршење одлука о старању може да буде одбијено из разлога одређених у члану 10; Малта – придржава право да у случајевима који су одређени у члановима 8 и 9 или у једном од тих чанова одбије признање из било ког разлога који су наведени у ставу 1 (а, б, ц и д) члана 10; Норвешка – у случајевима који су одређени у чалновима 8 и 9 признање и извршење се може одбити из било ког разлога који је наведен у члану 10; Пољска – у случајевима који су одређени у чалновима 8 и 9 признање и извршење се може одбити из било ког разлога који је наведен у члану 10; Шведска – у случајевима који су одређени у члановима 8 и 9 признање и извршење се може одбити из било ког разлога који је наведен у члану 10; Швајцарска – у случајевима који су одређени у чалновима 8 и 9 признање и извршење се може одбити из разлога који је наведен у тачци д става 1 члана 10; Уједињено Краљевство – у случајевима који су одређени у чалновима 8 и 9 признање и извршење се може одбити из било ког разлога који је наведен у члану 10.[26] *Приликом приступања Конвенцији СРЈ није изразила резерву на основу чланова 17 и 18.*

[26] Видети http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm

6) Део VI – Други инструменти (чланови 19 и 20)

У овом делу је уређен однос ове Конвенције и других извора права који у потпуности или делом регулишу иста питања. Одредбе се односе на следеће ситуације:

а) други међународни инструмент на снази између државе порекла одлуке и замољене државе – применићe се тај инструмент, ако је повољнији за добијање признања и извршења;
б) било који извор замољене државе који није заснован на међународном уговору – применићe се извор замољене државе, ако је повољнији за добијање егзекватуре[27];
в) међународни инструмент на снази између државе уговорнице Конвенције и државе неуговорнице – применићe се међународни инструмент;
г) унификовано право (постојеће или будуће[28]) у области старања о деци или посебан систем признања и извршења одлука у овој области који је на снази између две или више држава уговорница ове Конвенције – државе чланице ће примењивати у међусобним односима те изворе уместо Конвенције или неког њеног дела, уз претходно пријављивање Генералном секретару Савета Европе.

7) Део VI – Завршне одредбе (чланови 21-30)

Завршне одредбе обухватају питања ступања на снагу Конвенције, одређивање територијалног домашаја Конвенције с обзиром на могућност стављања територијалне резерве, правила која се односе на нејединствени правни поредак, дозвољене резерве, сарадњу централних органа у вези проучавања и олакшавања спровођења Конвенције, правила отказивања Конвенције, правила ступања на снагу Конвенције.

[27] Видети Explanatory report, тачке 75-76.

[28] Видети, на пример, Регулативу Савета (ЕЗ) бр. 2201/2003 о надлежности и признању и извршењу пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности, којом се ставља ван снаге Регулатива (ЕЗ) бр. 1347/2000, OJ L 338, 23. 12. 2003., стр. 1.

II Један случај примене Европске конвенције у домаћој судској пракси

Окружни суд у Београду је решењем III P1.117/04 од 25. јуна 2004. године признао страну судску одлуку – решење о привременој мери суда у Немачкој којом је право одређивања боравка малолетног детета пренето на мајку – предлагача у овој ствари, а оцу детета – противнику предлагача је наложено да заједничко дете сместа изручи мајци. Поводом жалбе противника предлагача – оца детета Врховни суд Србије је потврдио ову одлуку првостепеног суда.[29]

Formatted: Tekst-reg

1) Чињенице случаја

Малолетно дете (рођено 1996. године), које има држављанство државе А и држављанство Србије живи од рођења са својим родитељима, мајком – држављанком државе А и оцем – држављанином Србије у Немачкој. Иако родитељи никад нису били у браку живели су заједно, на истој адреси у Немачкој до 2003. године када се отац одселио на другу адресу. Дете је наставило да живи са мајком, а са оцем је проводило викенде. Дете похађа школу у месту уобичајеног боравка, а за време распуста често посећује бабу са очеве стране која живи у Србији. Отац је у фебруару 2004. године узео дете за викенд и требало је да га врати за два дана. Он је, међутим, дете одвео у Србију и оног дана када је требало да га врати мајци телефонски обавестио мајку детета о томе да је он одвео дете у Србију да би оно тамо провело распуст. Мајка детета је касније сазнала да се отац вратио у Немачку а дете оставио код своје мајке у Србији са намером да тамо трајно борави; дете је такође уписано у школу у Србији, коју похађа. У року од неколико дана од довођења детета у Србију без знања мајке, отац је поднео тужбу за утврђивање очинства против мајке детета домаћем суду. Отац је предложио у тужби да суд донесе одлуку којом би се утврдило да је он природни ванбрачни отац детета, да се та чињеница упише у матичне књиге рођених, као и да се обавеже мајка детета да плаћа издржавање за дете почев од његовог рођења све док обавеза не престане из законом прописаних услова. Домаћи суд је констатовао да је отац, према изводу из матичне књиге рођених већ уписан као отац.

[29] Решење Окружног суда у Београду III P1.117/04 од 25. јуна 2004. године и решење Врховног суда Србије у Београду Гж.104/04 од 4. новембра 2004. године, видети Билтен окружног суда у Београду, бр. 65/2005, Интермекс, Београд, стр. 120-123.

Мајка детета је после сазнања да је отац дете, које је било код њега за време викенда и кога је требало да врати мајци, одвео у Србију и оставио га код своје мајке, тј. дететове бабе, покренула поступак пред немачким судом ради регулисања питања старатељства над дететом. Немачки суд је 1.04.2004. године након усмене расправе у којој је учествовао и отац детета, донео одлуку о привременој мери на основу које се право одређивања боравишта детета преноси на мајку и да отац мора заједничко дете без одлагања да врати мајци.Овај суд је на основу околности случаја истакао да ће даљу одлуку о питању права одређивања боравка детета донети на главној расправи на којој ће се саслушати дете и социјални радник, а да решење о коме је реч доноси као привремену меру која има правно дејство.

Мајка детета је на основу одлуке суда у Немачкој поднела предлог Окружном суду у Београду ради признања одлуке о привременој мери – решења немачког суда о регулисању старатељтсва над малолетним дететом између предлагача – мајке детета и противника предлагача – оца детета. Немачки суд је одлуку донео 1. априла 2004. године, а дете је одведено од мајке у последњој трећини фебруара те исте године.

2) Одлука домаћег суда о признању одлуке – решења о привременој мери немачког суда о старатељтсву над малолетним дететом

Окружни суд у Београду је решењем бр. IIIP1.117/04 од 25. јуна 2004. године признао одлуку о привременој мери, тј. решење суда у Немачкој од 01. 04. 2004. године о регулисању старатељства над малолетним дететом, наводећи да та одлука има правно дејство, која чињеница је констатована печатом од стране истог немачког суда. Поводом овог решења противник предлагача, отац малолетног детета је изјавио жалбу Врховном суду Србије као другостепеном суду, који је потврдио решење првостепеног суда решењем Гж. 104/04 од 4. новембра 2004. године.

2а) Образложење првостепеног суда

Првостепени суд је одлуку о признању немачког суда засновао на одредбама Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља и Закона о потврђивању Европске конвенције о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања и на основу овог закона на одредбама саме Европске конвенције.

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља[30]. – Суд се најпре позвао на став 1 члана 86, да би констатовао да се страна судска одлука „изједначује са одлуком наше земље и производи правно дејство у нашој земљи само ако је призна наш суд“[31]. Даље, суд се позива на члан 87 по коме ће се страна судска одлука признати само ако подносилац захтева за признање уз одлуку поднесе и потврду надлежног страног суда о правноснажности дотичне одлуке по праву државе у којој је одлука донесена. Суд је ову чињеницу констатовао увидом у одлуку немачког суда, на којој се налази печат којим се на дан 21. 04. 2004. године констатује да одлука има правно дејтсво.

Суд даље наводи:

> *„Чланом 93. истог Закона предвиђено је да ако је при одлучивању о личном стању и статусу држављанина наше земље, требало по овом Закону применити наше право, страна судска одлука ће се признати када је примењено страно право, ако та одлука битно не одступа од нашег права које се примењује на такав однос. Чланом 91 истог Закона предвиђено је да се страна судска одлука неће признати ако не постоји узајамност, с тим да непостојање узајамности није сметња за признање стране судске одлуке донете у брачном спору и спору ради утврђивања и оспоравања очинства и материнства. Чланом 94. став 2 тог Закона је предвиђено да ако надлежни орган наше земље сматра да се страна судска одлука односи на лично стање – статус држављанина наше земље, таква одлука да би била призната подлеже преиспитивању по одредбама чл. 87. до 92. овога Закона. У конкретном случају малолетно дете на које се однои привремена мера има двојно држављанство, иностранo, али не држављанство оне земље које је донело одлуку чије се признање тражи, већ треће земље и наше држављанство, због чега је суд преиспитивао одлуку сходно наведеним одредбама чл. 87. до 92. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.“*[32]

Коментар образложења. – Позивање суда на горе наведене чланове у образложењу решења којим се признаје *привремена мера* о одређивању старатељства над дететом које је без пристанка мајке одведено од стране оца из места његовог уобичајеног боравишта у Немачкој у Србију захтева одређени коментар.

[30] Службени лист СФРЈ, бр. 43/82 и Службени лист СРЈ, бр. 46/96.
[31] Видети: Билтен Окружног суда у Београду, бр. 65/2005, стр. 120.
[32] Idem, стр. 121.

Најпре, признање иностраних привремених мера је спорно и у теорији и у пракси међународног приватног права. Дилема произлази из услова који прописује (у нашем случају то је члан 87. ЗРСЗ) да ће се инострана одлука признати само ако је страна судска одлука правноснажна; овај услов је испуњен уколико се инострана одлука, по праву државе чији ју је суд донео, не може нападати редовним правним лековима. С обзиром на то да привремене мере, због своје природе и функције не могу да удовоље овом услову, оне не би могле да добију егзекватуру, те би њихово дејство било ограничено на територију оне државе чији суд их је донео. Природа приватноправних односа са елементом иностраности тражи да се од оваквог става одступи, с обзиром на то да постоје ситуације у којима би се њихов циљ могао постићи само онда ако би се оне, једном донете, простирале и на прекограничне ситуације. Тиме би се допринело ефикасности у решавању спорова са елментом иностраности, као и правној сигурности. Врховни суд Србије је, уосталом, у једној својој ранијој одлуци већ изразио схватање да привремене мере иностраних судова могу да буду предмет егзекватуре у домаћој држави.[33]

Из образложења решења које чини предмет ове анализе се види да је Окружни суд у Београду отклонио ову дилему – ако ју је уопште имао – утврђујући да одлука немачког суда има правно дејство која чињеница је потврђена печатом тог суда.

Позивајући се на члан 93 и став 2 члана 94 ЗРСЗ домаћи суд је, с обзиром на предмет иностране одлуке – привремена мера о стратељству над малолетним дететом – правилно оценио да је реч о статусним стварима, у погледу којих ЗРСЗ прописује посебан режим. Тај режим садржи одређене специфичности у односу на општи режим који је уређен одредбама чланова 87-92 ЗРСЗ, у зависности од држављанства лица чији статус се уређује иностраном одлуком, као и од тога да ли је одлуку донео суд државе чије држављанство дотично лице има или суд неке друге стране државе (чије држављанство нема лице о чијем статусу је реч). Имајући у виду ове критеријуме, ЗРСЗ нормира следеће ситуације:

a) Члан 93 односи се на случајеве у којима домаћи суд треба да донесе одлуку о признању и извршењу иностране одлуке којом је

[33] Врховни суд Србије је у одлуци Гж 46/93 поводом жалбе против решења Окружног суда у Београду, којим је призната привремена мера словеначког суда заузео став да чињеница, да је одлука иностраног суда по својој природи, уствари, привремена мера, само по себи није сметња за признање, уколико су испуњени сви законски услови за признање одлуке страног органа, односно суда; видети: Варади, Бордаш, Кнежевић, Међународно приватно право, седмо, неизмењено издање, Форум, Нови Сад, 2005, стр. 524.

одлучено о личном стању (статусу) држављанина Србије.[34] Овакве одлуке ће се признати у Србији уколико одговарају условима из чланова 87-92 ЗРСЗ уз које домаћи суд надлежан за егзекватуру мора испитати и посебан услов из члана 93. Он налаже да се иностранa статусна одлука испита и с обзиром на примењено супстанцијално право, али само у оним случајевима у којима би о статусу држављанина Србије по ЗРСЗ требало применити право Србије, а инострани суд није применио право Србије, већ право неке друге државе. Ако је примена таквог супстанцијалног права на статусно питање држављанина Србије довела до одлуке чија садржина битно не одступа од права Србије које се примењује на такав однос, иностранa одлука ће се признати[35].

б) Члан 94 односи се на случајеве у којима домаћи суд треба да одлучи о признању и извршењу иностраних одлука које се односе на статус иностраног држављанина, а то лице има држављанство оне државе чији је суд донео одлуку (ситуације у којима би страни држављанин тражио пред нашим судом признање одлуке која се односи на његов статус и коју је донео суд државе чији је он држављанин). С обзиром да је овде реч о одлуци која је за лице на чији се статус односи одлука државе чије држављанство оно има (на пр. ако би држављанин Немачке тражио признање одлуке немачког суда у Србији), Србија нема интереса да преиспитује инострану одлуку по свим претпоставкама из ЗРСЗ (чл. 87-92) од којих неке имају за циљ у првом реду заштиту домаћег држављанина (чл. 89, 91 и 92), те ће се преиспитати само оне претпоставке чије постојање је гаранција правилног поступка пред страним судом (чл. 87, 88) и које су израз међусобног уважавања између држава (чл. 90)[36]. Међутим, уколико се иностранa одлука не односи само на статус држављанина државе одлуке, већ и на статус држављанина Србије, став 2 члана 94 прописује да се таква одлу-

[34] „Ако је при одлучивању о личном стању (статусу) држављанина Савезне Републике Југославије требало по овом закону применити право СРЈ, страна судска одлука признаће се и кад је примењено страно право, ако та одлука битно не одступа од права СРЈ које се примењује на такав однос.“

[35] Видети ближе код Бордаш, Породичноправни односи у међународном приватном праву, Форум, Нови Сад, 2000, стр. 112; Варади, Бордаш, Кнежевић, *op. cit*., 544-546; Дика, Кнежевић, Стојановић, Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 1991, стр. 311-314.

[36] Став 1 члана 94: „Одлуке страних судова које се односе на лично стање (статус) држављанина државе чија је одлука у питању, признају се у СРЈ без преиспитивања од стране суда по члану 89., члановима 91. и 92. овог закона.“

ка мора преиспитати по одредбама 87-92 ЗРСЗ[37], тј. по општем, а не посебном режиму егзекватуре.

в) Члан 95 обухвата случајеве када инострани држављани траже од суда Србије признање одлуке која се односи на њихово лично стање (статус), а одлуку је донео суд државе чији они нису држављани (на пример држављани државе X тражи признање одлуке државе Y у Србији).[38] Овакве одлуке ће се признати само ако испуњавају услове за признање у оној држави чије држављанство имају лица о чијем је статусу реч. Законска одредба изазива дилему у теорији у погледу тога, да ли домаћи суд овакве одлуке признаје под условима које прописује право државе чији су држављани лица на чији статус се одлука односи, или се ти услови кумулирају са условима које поставља право Србије. Већински став јесте онај о кумулацији, насупрот оном који заговара да се по домаћем праву испитају само услови који се односе на правноснажност иностране одлуке, на поштовање права одбране и на поштовање принципа non bis idem, као и уважавање дејства раније покренуте парнице пред судом Србије – као и случају који је обухваћен ставом 1 члана 94.[39] Без обзира на ове различите ставове, може се констатовати да преиспитивање оваквих *статусних* одлука и по осталим условима из ЗРСЗ (непостојање искључиве надлежности домаћих органа, поштовање јавног поретка Србије и постојање узајамности) не би баш често имало за резултат одбијање признања упркос томе што би иначе одговарале условима егзекватуре у држави чије држављанство имају лица на чији статус се одлука страног суда (тзв. треће државе) односи.

У овом контексту се поставља питање да ли је одлука немачког суда – привремена мера о регулисању старатељства над малолетним дететом између његових родитеља – одлука која се односи на лично стање (статус), и уколико је одговор потврдан, о чијем статусу је реч.

ЗРСЗ не одређује шта подразумева под „одлукама о личном стању (статусу)“ да би помоћу такве дефиниције одредио поље примене чланова 93-95. У Коментару Закона о међународном приватном и процесном пра-

[37] Став 2 члана 94: „Ако надлежни орган СРЈ сматра да се страна судска одлука односи на лично стање (статус) држављанина СРЈ, таква одлука, да би била призната, подлеже преиспитивању по одредбама чл. 87. до 92. овог закона.“

[38] Члан 95: „Ако се страна судска одлука односи на лично стање (статус) странаца који нису држављани државе која је донела ту одлуку, одлука ће се признати само ако испуњава услове за признање у држави чији су држављани односна лица.“

[39] Видети белешку бр. 35.

ву[40] аутори наводе да се под личним стањем (статусом) подразумевају „све оне правне ствари које се тичу правне особности и разних облика способности те опћенито особног положаја правног субјекта у правним односима са другим субјектима“. Према томе, одлуке о личном стању обухватају питања која се тичу правне и пословне способности (проглашење несталог лица за умрло, ограничење и лишење пословне способности, враћање пословне способности), старатељства, усвојења, порекла детета (признање, утврђивање, оспоравање очинства и материнства), родитељског права и његовог вршења – у том склопу поверавања детета на чување и васпитање, постојање и непостојање и ништавост брака, развод брака, лична дејства брака и сл.

Дакле, одлуке о старању о деци свакако спадају у одлуке о личном стању, јер одређују лични положај неког лица у правним односима са другим лицима, јер право и дужност старања о деци чини део родитељског права. Оно се изводи из статуса родитељства и природно припада и оцу и мајци од тренутка рођења детета, а његово вршење има два основна облика: заједничко вршење и самостално вршење родитељског права.[41] Овај други облик укључује ситуацију у којој један родитељ сам врши родитељско право на основу судске одлуке, јер родитељи не живе заједно а нису закључили споразум о вршењу родитељског права[42] (ово су ситуације у којима се раније говорило о поверавању детета на чување и васпитање једном родитељу). Родитељ који не врши родитељско право има право на виђање детета, тј. има право и дужност да издржава дете, да одржава личне односе са дететом и да заједнички и споразумно одлучује са родитељем који врши родитељско право о питањима која битно утичу на живот детета. Поставља се, такође, питање о чијем статусу је реч: да ли о статусу оца и мајке детета, о статусу детета или о статусу свих њих. С обзиром на то да је овде реч о вршењу права које припада по природи ствари и мајци и оцу, али се из одређених разлога врши самостално од стране *једног* родитеља са одређеним последицама на права и дужности другог родитеља, реч је о статусу оца и мајке. Није реч о статусу детета, иако његов статус утиче на вршење родитељског права ако дететови родитељи нису у браку у време његовог рођења.

Ако се све горе речено узме у обзир, питање је да ли је суд правилно резоновао када се позивао на одредбе члана 93 и става 2 члана 94 ЗРСЗ, да

Deleted:

Deleted:

[40] Дика, Кнежевић, Стојановић, *op. cit.*, 311.

[41] Видети ближе код Г. Ковачек-Станић, Породично право, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2005, стр. 298- 304.

[42] Idem, стр. 303.

би одредио који су то услови по којима је требало да испита решење – привремену меру немачког суда о старатељству над малолетним дететом. У чињеничном склопу у коме је мајка држављанка државе А, отац држављанин Србије, дете држављанин државе А и Србије, а сви они имају редовно боравиште у Немачкој – једина одредба која долази у обзир за примену је одредба члана 93. Одредба члана 94 није релевантна, јер се односи на случајеве у којима држављанин државе чији је суд донео одлуку тражи признање те одлуке у Србији, а то није случај. Немачка одлука се односи на статус држављанке државе А (а не немачке држављанке) и држављанина Србије. Став 2 члана 94 се не може читати и примењивати изван контекста, тј. он се везује за став 1, а случај који разматрамо се не може подвести под његову одредбу. Ипак, није погрешан став суда да се признање немачке одлуке мора спровести по одредбама чл. 87-92 ЗРСЗ, пошто члан 93 не отклања потребу преиспитивања стране судске одлуке по тим одредбама, већ уз њих намеће и обавезу спровођења теста еквиваленције, као што је то, уосталом констатовао и првостепени суд.

Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања. – Првостепени суд је после одређивања правног основа признања одлуке немачког суда по ЗРСЗ, у образложењу своју пажњу усмерио на анализу и примену Европске конвенције. Суд се позвао на различите чланове конвенције, што се види из следећег текста који је објављен у Билтену Окружног суда у Београду:

> *„Законом о потврђивању Европске конвенције о признању и извршењу одлукао старању о деци и о поновном успостављању поновног старања („Сл. Лист СРЈ“ Међународни уговори бр. 1/01), предвиђено је да бесправно одвођење детета означава одвођење преко међународне границе и кршење одлуке о његовом старању, која је донета у једној држави уговорници, у којој је одлука извршна. Због тога треба уз захтев за признање или извршење овакве одлуке приложити доказ о извршности одлуке (у конкретном случају то је утврђено из печата суда који потврђује да одлука има правно дејство). Такође овим Законом, којим се наводи текст поменуте Европске конвенције, предвиђено је да свако лице које је у једној држави уговорници добило одлуку о старању о детету и које жели да у другој држави уговорници добије признање и извршење ове одлуке, може поднети захтев надлежном органу било које државе уговорнице, где ће се ова одлука признати, а када је у земљи порекла*

извршна, извршиће се у свакој другој држави уговорници. Признање и извршење се не може одбити у случајевима бесправног одвођења које набраја Конвенција, када су у тренутку покретања поступка у држави која је донела одлуку или у време бесправног одвођења, ако је до њега раније дошло, дете и његови родитељи имали само држављанство ове државе или када је дете имало своје уобичајено боравиште на територији поменуте државе и када је захтев за враћање поднет централном органу у року од 6 месеци од дана бесправног одвођења, с тим да су Конвенцијом превиђени централни органи које ће свака држава уговорница одредити.

У конкретном случају за признање и извршење одлука о старању и поновном успостављању односа старања у нашој земљи надлежност има окружни суд, који је нашао да не постоје услови за одбијање признања и извршења, јер није реч о одлуци која је донета у одсуству тужене стране, нити у случају да тужена није обавештена о покретању поступка и благовремено примила иницијални акт или неки други одговарајући акт, јер се из одлуке чије се признање тражи види да је отац учествовао у усменој расправи пред судом, где је одбио договор са мајком детета. Наш суд је такође имао у виду да је надлежност иностраног суда заснована на последњем заједничком уобичајеном боравишту родитеља детета и самог детета, што је утврдио из потврде одељења за странце – дозволи боравка за дете. Суд је такође нашао да иако су родитељи детета у међувремену променили адресе у иностранству и даље имају боравиште у истом месту, па је и са тог аспекта одлука донета од стране надлежног органа. Такође домаћи суд је имао у виду да нема разлога за одбијање признања и извршења који би постојали да је у тренутку покретања поступка у држави ***порекла одлуке****, дете имало држављанство наше државе или уобичајени боравак у нашој држави, а да то није имало у држави порекла одлуке. Суд се наиме везао код признања одлуке за место где је дете имало уобичајено боравиште и где је живело све време након свог рођења и где је похађало школу.*

Са свега изнетог првостепени суд је сматрао да су последице иностране одлуке чије се признање тражи спојиве са основним принципима породичног права наше земље и да су у складу са интересом малолетног детета.“[43]

[43] Билтен Окружног суда у Београду, бр. 65/2005, стр. 121-123., Интермекс, Београд.

Коментар. – Из наведеног текста се може закључити да је суд правилно схватио да се Конвенција примењује у случајевима противправног (по преводу текста на српски: бесправног) одвођења детета преко међународне границе чиме се *крши одлука* о његовом старању, а која је донета у једној држави уговорници и у тој држави уговорници је та одлука извршна (члан 1. д, дефиниције појмова које Конвенција користи). Из истог текста се, међутим, не види да се „бесправним" одвођењем сматрају још две ситуације, од којих је за овај случај значајна она под (ii) – а то је одвођење „које је касније проглашено незаконитим у смислу члана 12." – а случај пред судом управо спада у ову ситуацију.

Као што је већ речено, Европска конвенција *захтева постојање одлуке о старању* у време противправног одвођења детета (Хашка конвенција о грађанскоправним последицама међународне отмице деце обухвата и случајеве у којима нема одлуке о старању, већ се оно врши *ex lege*, на основу одговарајућих норми државе у којој је редовно боравиште детета[44]), која треба да буде *призната по једном од режима из Конвенције у држави уговорници у коју је дете одведено.* На основу тако признате одлуке се може тражити и реализовати повратак детета у државу уговорницу из које је одведено да би се поново успоставио однос старања. Ако таква одлука не постоји, примениће се члан 12:

„Ако у време када је дете одведено преко међународне границе не постоји извршна одлука о старању о детету донета у некој држави уговорници, одредбе ове конвенције се примењују на сваку каснију одлуку везану за старање о том детету, којом се одвођење проглашава незаконитим, донету у држави уговорници на захтев било ког заинтересованог лица."

Из Објашњења уз текст Конвенције, које није аутентично тумачење исте, али њени творци сматрају да може да помогне приликом тумачења и примене Конвенције[45], поводом члана 12 произлази да одредба покрива „случајеве у којима је лицу, које је на старање овлашћено самом применом закона (ex lege) или које је фактички вршило старање (de facto), одузето старање путем противправног одвођења детета преко међународне границе. Стога се одлука надлежног органа мора обезбедити после одвођења детета, да би се омогућило предузимање акције у другој држави уговорници. Таква одлука је неопходна да би се обезбедила неопходна сигурност лицу које је овлашћено да врши старање у држави порекла одлуке, као и да би се омогућило да замољена држава предузме кораке предвиђене Конвенцијом."[46]

[44] Став 1а члана 3. Хашке конвенције.
[45] Видети: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/105.htm
[46] Тачка 61 Објашњења уз Конвенцију.

Домашај члана 12, према Објашњењу, простире се на ситуације у којима се старање врши било од стране једног од родитеља, или заједнички од стране оба родитеља, али без претходне одлуке надлежног органа. У првој ситуацији једно лице врши старање по праву државе порекла одлуке, а лице које одводи дете нема право на старање. У другој ситуацији, старање о детету припада заједнички и једном и другом лицу, и једно од тих лица одводи дете и тиме чини повреду права другог. Врло је важна следећа констатација из Објашњења: „Мада је у оба случаја неопходна одлука о старању, у првом случају се захтева само потврда права на старање, док други случај може да захтева одлуку у меритуму.“[47]

Из околности случаја пред судом и из чињенице да је немачки суд донео одлуку – решење о привременој мери о регулисању старатељства над малолетним дететом произлази да у време када је отац без знања мајке довео дете у Србију и ту га оставио, није постојала одлука о старању ни органа Немачке у којој сва заинтересована лица имају редовно боравиште (без обзира на то да нико од њих нема држављанство Немачке), ни одлука неке друге државе уговорнице (дакле, ни Србије). Међутим, одлука коју је немачки суд донео *после* противправног одвођења детета у Србију на основу члана 12 Конвенције, потпада под конвенцијски режим (под условом да је одовођење детета проглашено незаконитим – о чему нема података, али с обзиром да се одлуком налаже и то да отац сместа изручи заједничко дете мајци, основано се може тврдити да је констатована противправност одвођења). С обзиром да је одлука донесена као привремена мера, дух и циљ Конвенције налаже да то својство није сметња за егзекватуру, ако се из стране одлуке види да она у земљи у којој је донесена има правно дејство. Овакав став је наведен у Објашњену уз текст Конвенције, које уз члан 7 гласи:

„35. Извршење ће се одобрити само ако је одлука извршна у држави порекла. Ако се у држави порекла судска одлука која још није стекла својство коначне пресуде (chose jugée) не може извршити или се може извршити само под одређеним условима, таква одлука ће имати **исто дејство** и у замољеној држави.“

[47] Видети последњи став тачке 61 Објашњења. У тачки 62. се даље наводи: „Одлуке донесене у држави порекла морају имати два елемента: прво, оне морају декларисати да је одвођење противправно. Друго, морају назначити ко је имао право на старање, да би се тиме омогућило да дете буде враћено том лицу. Ови елементи могу да буду обухваћени једном одлуком или могу да буду садржани у две одвојене одлуке, у складу са унутрашњим правом државе порекла. Међутим, за примену члана 12 може се сматрати довољном и одлука која се ограничава на то да налаже повратак детета у место где је оно било пре одвођења.“

Даље, из цитираног текста Билтена Окружног суда у Београду се види да је поступајући суд у поступку доношења одлуке о егзекватури испитао одредбе чланова 8-10 Конвенције, од којих сваки прописује посебне услове, које везује за чињенице случаја, за протек времена рачунајући од дана одвођења детета , али и за околност да ли се егзекватура тражи преко централног органа или не.

Како је у првом делу рада наведено, Конвенција предвиђа три режима егзекватуре[48]:

(1) Члан 8 поставља услове за случајеве који су *посебно тесно везани* за државу порекла одлуке, на основу тога да дете и родитељи имају као своје једино заједничко држављанство, држављанство државе порекла одлуке, с тим да дете мора имати и редовно боравиште у тој држави.

У случају на који се односи одлука немачког суда таква веза не постоји, с обзиром да ни родитељи, ни дете уопште немају немачко држављанство, што је поступајући суд и констатовао.

(2) Члан 9 одређује услове, у форми сметњи, за признање и извршење одлука о старању у случајевима који не спадају под члан 8, *али је захтев за признање поднет централном органу у року од 6 месеци од дана одвођења* детета. Те сметње се тичу поштовања права одбране које се цени како кроз достављање, тако и на основу чињеница на којима је орган који је донео одлуку засновао своју надлежност (признање се може одбити ако је надлежност заснована, на пример као прекомерна) и рес иудицата у замољеној држави (став 1 члана 9). Претпоставка је да је редован пут за егзекватуру одлука по Конвенцији онај, који се одвија преко централних органа, али став 2 члана 9 ***изричито*** наводи да ће се одредбе става 1 овог члана применити и тада када *захтев није поднет ни једном централном органу,* под условом да се егзекватура тражи у року од 6 месеци од дана противправног одвођења детета.

С обзиром на околности случаја на основу којих је немачка одлука о привременој мери о одређивању права на старање донета, Окружни суд у Београду је требало да констатује да су испуњени услови за примену одредаба члана 9 и призна одлуку, уколико противник предлагача није доказао постојање сметњи по истом члану.

[48] Видети: 3) Део II – Признање и извршење одлука и поновно успостављање старања о деци (чл. 7-12).

Formatted: Bullets and Numbering

(3) Члан 10 се примењује у оним случајевима који се не могу подвести под чл. 8 и 9. Веома је важно нагласити да према Објашњењу уз текст Конвенције, члан 10 одређује услове/сметње за признање и извршење одлука о старању када се оно тражи по истеку од 6 месеци од дана противправног одвођења, али и у случају када ***није било противправног одвођења*** а заинтересовано лице хоће да добије егзекватуру у некој држави уговорници. У оваквим случајевима се одлуке о старању преиспитују по условима/сметњама из чланова 9 и 10.

Окружни суд у Београду се у образложењу решења о признању и извршењу немачке одлуке позвао на сметњу из тачке ц (ii) став 1 члана 10 Конвенције, што је излишно, с обзиром да овај случај не спада под члан 10, већ члан 9 у ком случају се услови/сметње за егзекватуру не кумулирају.

Formatted: Podnaslov1.1.1

2б) Образложење Врховног суда Србије

У делу који се односи на услове/сметње за признање и извршење немачке одлуке овај суд је решенејм бр. Гж. 104/04 *„потврдио решење првостепеног суда у жалбеном поступку, нашавши да одлука која је призната побијаним решењем није у супротности са законима Државне заједнице Србија и Црна Гора, ни са Законом о потврђивању Европске конвенције о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања, нити је њено признање супротно поретку ДЗСЦГ, па су испуњени услови из чл. 87, 88. и 92. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (Сл. лист СРЈ бр. 44/96) за признање стране судске одлуке.“*[49]

Кратак коментар. – Потврђујући решење првостепеног суда, другостепени суд није погрешио у погледу резултата, као што то стоји и за одлуку Окружног суда. Критику заслужују оба суда, с обзиром да нису водили рачуна о хијерархији извора међународног приватног права.

Члан 3 ЗРСЗ одређује свој домен примене прописујући да се одредбе о одређивању меродавног права за статусне, породичне и имовинске, као и за друге материјалноправне односе с међународним елементом, правила о надлежности судова и других органа СРЈ, правила поступка и правила за

[49] Билтен Окружног суда у Београду, бр. 65/2005, стр. 123.

признање и извршење страних судских (и арбитражних[50]) одлука не примењују, ако су регулисани другим савезним законом или међународним уговорима. Стога је јасно, да Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања која је ратификована од стране СРЈ[51] и ступила на снагу 1. маја 2002. године долази у хијерархији испред ЗРСЗ и одредби чланова на које се оба суда позивају.

Formatted: Podnaslov1

III Закључак

Ратификацијом Европске конвенције и њеним ступањем на снагу 1. маја 2002. године за Савезну Републику Југославију, тј. Србију, домаће међународно приватно право добило је један нови извор. Конвенција је *прва вишестрана* конвенција која обавезује Србију која регулише егзекватуру *страних судских одлука,* односно одлука других надлежних државних органа и на снази је у 35 држава. *Значај ове конвенције произлази у првом реду из чињенице да је она резултат афирмације и остваривања начела заштите и најбољег интереса детета која су данас темељи дечјег права. Најзначајнија последица ратификације ове Конвенције у области међународног приватног права Србије јесте да она на основу одредбе члана 3 ЗРСЗ дерогира одредбе чланова 87-95 истог, и тако* у стварима признања и извршења одлука о старању о деци и о поновном успостављајњу односа старања хијерархијски долази испред њега.

Formatted: Tekst-reg

Deleted: ,

ЗРСЗ познаје два режима за признање и извршење страних судских одлука. Општи режим се примењује у погледу свих иностраних одлука које се по критеријумима из става 2 и 3 члана 86 сматрају *судским* одлукама и он је регулисан одредбама 87-92 ЗРСЗ. Посебан режим ЗРСЗ прописује за стране судске одлуке које се односе на лчно стање (статус) појединаца. За овај посебан режим се не може уопштено рећи да олакшава или отежава егзекватуру, с обзиром на то да је он пре постављен на идеји и афирмацији уважавања права државе чије држављанство имају лица чији статус је одређен страном судском одлуком и која је предмет признања и извршења пред домаћим судом. Члан 93 намеће домаћем суду да испита страну судску одлуку која се односи на лично стање држављанина Србије не само по одредбама чл. 87-92, већ и да спроведе тест еквиваленције,

Deleted: .

[50] Закон о арбитражи, Сл. гласник РС, 46/06 је у члану 69 ставио ван снаге одредбе чланова 97-100 ЗРСЗ које се односе на признање и извршење страних арбитражних одлука.

[51] Сл. лист СРЈ „Међународни уговори“ бр. 01/01.

уколико је инострани суд на меритум применио инострано право, а по одредбама ЗРСЗ би у таквом случају било меродавно право Србије; члан 94 олакшава признање, с обзиром да одлуку која се односи на лично стање држављанина државе порекла одлуке домаћи суд неће испитивати са аспекта међународне надлежности, јавног поретка, ни узајамности; приликом признања иностране одлуке која се односи на странце који нису држављани државе која је донела одлуку имају, по члану 95, одлучујући значај за егзекватуру у држави чији су држављани дотична лица, с тим да се уз њих испитују и услови по члановима 87-92 ЗРСЗ.

Са аспекта извора норми о признању и извршењу страних судских одлука у Србији Европска конвенција уводи *специјалан режим*, с обзиром на то да одређује посебно прилагођене услове/сметње за признање и извршење страних одлука о старању о деци и поновном успостављању односа старања. Карактеристика специјалног режима произлази, с једне стране, из генерално посматрано олакшаних услова егзекватуре у односу на општи законски режим, а с друге стране у успостављању националних централних органа који имају задатак да олакшају спровођење Конвенције, између осталих и на тај начин да, у случају потребе, покрећу поступак код својих надлежних органа ради обезбеђења признања или извршења одлуке (чл. 2-6, нарочито тачка ц става 1 члана 5). Што се тиче олакшаних услова егзекватуре, они су прилагођени различитим потребама и различитим чињеницама:

(1) ако родитељи и дете имају заједничко држављанство државе порекла одлуке (које им је и једино), и ако дете има редовно боравиште у тој држави у релевантно време – одлука ће се признати само на основу утврђивања ових чињеница, *без преиспитивања* по било каквим условима/сметњама, ако је захтев поднет у року од 6 месеци од дана противправног одвођења (члан 8);

(2) ако не постоје чињенице из члана 8, али је захтев поднет у року од 6 месеци од дана противправног одвођења, преиспитивање одлуке ће се ограничити само на поштовање права одбране тужене стране, контролу надлежности органа која не сме да буде прекомерна ако је одлука донесена у одсуству тужене стране и на приговор res iudicata у држави признања (члан 9);

(3) у свим осталим случајевима одлуке о старању – укључујући оне чије се признање не тражи поводом противправног одвођења детета – сметње за признање обухватају оне из члана 9, којима се додају *очигледна* неспојивост последица одлуке са

Deleted: ,

Deleted:

Formatted: Justified, Indent: Left: 1,5 cm, Hanging: 0,7 cm, Line spacing: Exactly 12,5 pt, Widow/Orphan control, Adjust space between Latin and Asian text, Adjust space between Asian text and numbers, Tabs: 0,7 cm, Left

основним принципима породичног права у држави у којој се тражи признање, утицај промењених околности на остваривање најбољег интереса детета, постојање ближе везе детета са државом у којој се тражи егзекватура него са државом порекла одлуке и постојање *res iudicata* у држави егзекватуре (члан 10). За разлику од ситуација под (1) и (2) у којима је нагласак на олакшавању признања и извршења у хитним случајевима, сметње за остале случајеве које се преиспитују у кумулацији са сметњама из члана 9, имају, у првом реду, за циљ осигурање најбољег интереса детета.

Европска конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања, како произлази из горњих излагања, којима нису исцрпљена сва питања и проблеми који би се могли поставити, није најједноставнија за примену. То се види и поводом решења Окружног суда у Београду и решења Врховног суда Србије у материји признања одлуке немачког суда. Аутор овог рада је, ценећи чињеницу да су судови *применили* Европску конвенцију, само желео да укаже на неке проблеме на које у будућности треба обратити пажњу.

Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law

The European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children – a New Source of Private International Law in Serbia

Abstract

The Federal Republic of Yugoslavia ratified The European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children (1980) in 2002, and after it has entered into force on May 1st 2002, it has become a new source of private international law in Serbia. This Convention, which is in force in 35 states, is the first multilateral treaty in Serbia on recognition and enforcement of foreign judgments. The significance of the Convention is found, above all, in the fact, that it is the result of the affirmation and implementation of the principles of protection and of the best interest of the child, which constitute the bases of the law of the children. The most important consequence of the ratification of the Convention for the private international law in Serbia is that it derogates articles 87-95 of The Private International Law Code of Serbia. Article 3 of this Code reads: "This Code shall not apply to relationships defined in Article 1, if they are governed by another federal act or an international agreement" – meaning that the Convention in matters of recognition and enforcement of decisions concerning custody of children and on restoration of custody has precedence over the Private International Law Code.

The Private International Law Code of Serbia establishes two regimes for the recognition and enforcement of foreign judgments. Articles 87-92 make the *general regime,* and it is applied to all foreign decisions which are, pursuant to the criteria laid down in the provisions of Article 86(2) and 86(3) deemed as foreign court judgments. Foreign judgments on the personal status of individuals are subject to a *particular regime*. This particular regime is not so much designed to facilitate or impede the exequatur, but rather to confirm the idea of

affirmation and respect of the law of the country whose nationals are those individuals who apply for the recognition and enforcement of judgments in matters of their status in Serbia. If a Serbian national files for the recognition and enforcement of a foreign decision that refers to her/his personal status, Article 93 asks the Serbian court to examine the decision not only subject to articles 87-92, but also to the so called test of equivalence: the court has to examine whether the decision reached by the foreign court and subject to foreign governing law is equivalent to a decision which would have resulted if under the provisions of the Act on the Conflict of Laws the law of Serbia had been the governing law. If a foreign judgment referring to the personal status of a national of the state in which the decision was rendered has to be recognized in Serbia, article 94 facilitates it, providing that the grounds concerning the jurisdiction of the foreign court, the compliance with the public policy of Serbia, neither the condition of reciprocity should not be tested. And lastly, if a foreign decision referring to the personal status of an individual, who is not the national of the state in which the decision was rendered has to be recognized in Serbia, the grounds for recognition provided for in the law of the state whose national is the person concerned, are – according to Article 95 – decisive, but the examination includes cumulatively the grounds laid down in Articles 87-92 of the Serbian Act, too.

Related to the sources of law on recognition and enforcement of foreign judgments in Serbia, the European convention introduces a *special regime*. The special character of this regime comes from the fact that the Convention provides for separate, adapted grounds for the recognition and enforcement of decisions concerning custody of children and on restoration of custody of children. The characteristics of the special regime mean, that the Convention for some situations facilitate the grounds for the exequatur in comparison to the general regime of the Private International Law Code, and it calls for establishing of national central authorities which should carry out the functions provided for by the Convention, inter alia, by instituting proceedings, if necessary, before its competent authorities in order to secure the recognition or enforcement of the decision (Articles 2-6, particularly article 5.1.c). The grounds for the exequatur are adjusted to different needs and different circumstances:

(1) If both the parents and the child had as their sole common nationality the nationality of the state in which the decision was given, and the child had his/her habitual residence in the territory of that state at the relevant time – the decision should be recognized or enforced solely upon the ascertainment of these facts. i.e. *without the examination* of any of the grounds of refusal spe-

cified in the Convention, if the request was made within a period of 6 months from the date of the improper removal (Article 8);

(2) in cases other than those defined in Article 8, in which the application has been made within a period of six months from the date of the removal, the examination of the decision would be limited to the grounds which concern the right of defense of the respondent, the jurisdiction of the competent authority which should not be exorbitant if the decision was given in default, and to the existence of an incompatible res iudicata in the state of recognition (Article 9);

(3) in all other situations, the decisions including those referring to custody of children but not given on the occasion of improper removal of the children, the grounds for refusal are not only those provided for in Article 9, but also those which concern the manifestly incompatibility of the effects of the decision with the fundamental principles of the family law and the law of the children in the state of recognition, the effects of the passage of time and the change in circumstances on the welfare and the best interest of the child, the closest connection of the child with the state of recognition than with the state in which the decision was given, and the existence of prior res iudicata in the state of recognition. Apart from the situations under (1) and (2) where the accent is on the facilitation of the recognition and enforcement in urgent cases, the grounds for recognition and enforcement in all other cases encompass cumulatively those provided for in Articles 9 and 10 primarily with the goal of securing the best interest of the child.

As it was shown in this article, The European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children is not very easy to apply, nor were all the questions and problems arising from it and from its application, dealt with this time. Some of these issues could be seen in the decision of the Belgrade District Court and the decision of the Supreme Court of Serbia in the matter of recognition of a decision of a German court. Appreciating the fact, that the courts *did* apply the European convention, the author of the present article wanted just to mark some of the problems which should be taken into consideration in the future.

341.6:342.7(4)

Бојан Тубић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

ПОСТУПЦИ ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Сажетак: *Европски суд за људска права представља најзначајнију међународну инстанцу за заштиту људских права. Након реформе, 1998. године, он је остао једини орган установљен Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, који може да доноси пресуде. Суд се састоји од 46 судија, који су подељени у четири одељења. Суд доноси одлуке о допуштености захтева у одборима од тројице судија, или у већу од њих седам. Веће решава спор у меритуму, уколико се не ради о неком важном питању, када одлучује велико веће састављено од седамнаест судија. Ово веће одлучује и у случајевима када незадовољна странка може да поднесе захтев за ревизију пресуде већа. Европски суд даје и саветодавна мишљења, на захтев Комитета министара, која се тичу тумачења или примене Европске конвенције.*

Кључне речи: *Европски суд за људска права, допуштеност захтева, саветодавно мишљење, комитет министара*

Настанак Европског суда за људска права

Европски суд за људска права представља најзначајније тело за заштиту људских права, на регионалном нивоу. Он је основан, у оквиру Савета Европе, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, која је донета 1950. године, а ступила на снагу три године

касније. Циљ ове Конвенције је, пре свега, да заштити грађанска и политичка права и представљала је значајан корак у оснаживању принципа из Универзалне декларације за заштиту људских права, коју је усвојила Генерална скупштина Уједињених нација 1948. године.

Европска конвенција је предвидела постојање два тела за заштиту права која су била прописана у њој. Прво је, 1954. године, основана Европска комисија за заштиту људских права, а 1959. године Европски суд за људска права, са седиштем у Стразбуру. Европска конвенција је предвидела постојање индивидуалних тужби, које појединци, групе појединаца и невладине организације могу да поднесу против неке државе уговорнице, која је прекршила њихово право предвиђено самом конвенцијом или додатним протоколима.[1] Она гарантује минимум грађанских и политичких права, која морају да се поштују.

Систем заштите људских права, установљен овом Конвенцијом, се од 1959. године састојао од механизма који су чинили: Европска комисија за људска права, Европски суд за људска права и Комитет министара Савета Европе. Свака страна уговорница, могла је обавестити Комисију о наводној повреди Конвенције, коју је учинила нека друга страна уговорница. Такође, и појединци, групе појединаца и невладине организације су могли да подносе тужбу против држава које су повредиле неко њихово право, али само ако су те државе прихватиле надлежност Комисије у односу на такве захтеве. Она је одлучивала најпре о допуштености захтева. Уколико у спору није дошло до поравнања, Комисија је састављала извештај о чињеницама и свој став да ли је та конкретна држава прекршила неку одредбу из Конвенције. Тај извештај је достављан Комитету министара и државама у спору. Ако се у року од три месеца од достављања овог извештаја спор не изнесе пред Европски суд за људска права, Комитет министара је одлучивао да ли је Конвенција прекршена.[2]

Овај систем је реформисан 1998. године, усвајањем Протокола број IX и XI. Укинута је Европска комисија, Комитет министара сада само надзире извршење судских пресуда. Овлашћења Европског суда за људска права су знатно проширена и он непосредно одлучује о апликацијама, и о допуштености и у меритуму.

У првих тридесет година свог рада, Европски суд је донео око 200 пресуда. Међутим, са уласком бројних источно-европских земаља у Савет Европе и са укидањем Комисије, Суд је решавао све већи број случајева. Од 1998. године, Европски суд је донео преко 61.000 одлука и пресуда.

[1] Уз Европску конвенцију усвојено је још 14 додатних протокола који је допуњују.
[2] Родољуб Етински, Међународно јавно право, Нови Сад, 2004, стр. 308-309

Највећи део ових одлука (и у једном и у другом периоду) представљају одлуке о недопуштености захтева- чак и до 80% захтева.[3]

Састав и организација Европског суда за људска права

Европски суд за људска права тренутно има 46 судија. Парламентарна скупштина Савета Европе бира по једног судију из сваке државе чланице ове организације. Њихов мандат траје шест година и могу бити поново изабрани. Суд је подељен у четири одељења у којима су подједнако заступљени одређени региони и полна структура судија.

Суд на пленарној седници бира председника Суда, два потпредседника, председнике већа, регистрара и његовог заменика и усваја правила поступка Суда. Суд у пуном саставу не разматра случајеве, већ је подељен у Велико веће, судска већа и судске одборе.

О допуштености захтева одлучују судски одбори који су састављени од три члана, а само у мањем броју случајева о томе одлучују судска већа од седам судија, који припадају истом одељењу. Већа у истом саставу решавају случај у меритуму, у првом степену. Најважнија питања, која се тичу тумачења Европске конвенције или протокола уз њу, веће може да уступи на решавање Великом већу, које је састављено од седамнаест судија. Ово је могуће само ако се сагласе обе стране у спору. Поред ових случајева, Велико веће одлучује и о жалбама на пресуду већа, као и о захтевима за давање саветодавних мишљења.

Поступци пред овим Судом су: поступак одлучивања о допуштености тужбе, поступак решавања случаја у меритуму, поступак по ревизији и поступак давања саветодавног мишљења.

Поступак испитивања допуштености тужбе

Од реформе 1998. године, поступци везани за допуштеност тужбе прешли су у надлежност самог Суда, јер су тужбе слате директно њему, а не Комисији. За међудржавне случајеве члан 33, који је заменио стари члан 24, каже да свака страна уговорница може пред Суд изнети било коју

[3] Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, European Human Rights Law – Text and Materials, Oxford, 2000, стр. 29.

наводну повреду Конвенције или протокола уз њу, а коју је учинила друга страна уговорница Конвенције.[4] Чланови 34 и 35 Европске конвенције прописују право приступа и услове допуштености тужбе пред Судом. Право да покрену поступак имају: државе, појединци, групе појединаца, невладине организације, компаније, акционари, професионална удружења, синдикати, политичке партије и верске организације.

Након утврђивања да постоји право на приступ Суду, разматрају се услови допуштености тужбе. Први услов је искоришћеност локалних правних лекова. Овај услов је у пракси Суда највише разматран, уз услов поштовања рока од шест месеци од правоснажности домаће пресуде. Ова два правила су тесно повезана, јер време за подношење тужбе зависи од броја и врсте доступних локалних правних лекова. Државе које су тужене, у великој већини случајева истичу ове приговоре пред Судом.

Услов да Суд може расправљати само оне тужбе које су поднете у року од шест месеци од дана доношења коначне одлуке у домаћем поступку је уведен из разлога правне сигурности, како претходне одлуке не би биле непрекидно изложене накнадном испитивању. Такође, овим се осигурава да се случајеви решавају у разумно време, када су и докази још увек доступни.[5] Суд сматра да овај период пружа потенцијалном тужиоцу довољно времена да покрене поступак и одлучи која питања ће покренути и које доказе користити. Овај рок, обично, почиње да се рачуна од дана када је донета пресуда. Уколико пак, пресуда није донета јавно, на крају усмене расправе, време ће почети да тече од дана када су тужилац или његов заступник обавештени о доношењу пресуде. Уколико не постоје домаћи правни лекови, тужилац подноси тужбу Суду у року од шест месеци од дана наступања неког догађаја или доношења одлуке на које се жали, односно од дана његовог сазнања за догађај или одлуку.[6]

Свака тужба која не садржи идентитет тужиоца биће проглашена недопуштеном, на основу члана 32, став 2 Конвенције.[7] У случајевима у којима тужилац има оправдане разлоге да крије свој идентитет, тужба опет мора садржавати његове личне податке, али он може тражити поверљивост тих података. Тада ће се у поступку уместо имена тужиоца користити његови иницијали или само једно слово.

---

[4] Члан 33 Европске конвенције, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Рим, 1950. године, «Службени лист СЦГ-Међународни уговори», бр. 9/2003

[5] Ibid.

[6] Philip Leach, Taking a Case to the European Court of Human Rights, London, 2001, стр. 81-82.

[7] Члан 35, став 2. Европске конвенције, *op. cit*.

Тужба која садржи суштински идентично питање које је већ испитивано пред Судом и која не садржи нове информације, биће проглашена недопуштеном.[8] На пример, поновљена тужба, коју је поднео исти тужилац, која се тиче истог питања, а која не садржи неку нову информацију (неку нову чињеницу, нов поступак пред домаћим судовима итд.).

Европски суд за људска права не може расправљати по некој тужби, која је већ предмет неког другог међународног поступка, а не садржи неке нове чињенице.[9] На пример, уколико је покренут поступак пред Комитетом за људска права неће моћи истовремено да тече поступак и пред Европским судом. Захтев ће бити проглашен недопуштеним, ако је суштина обе тужбе идентична, ако се односе на исти догађај и ако их је поднело исто лице.

Суд ће одбацити тужбу као недопуштену и ако је она очигледно неоснована. Ово ће Суд урадити ако у прелиминарној контроли тужбе у њој не пронађе чињенице кршења Конвенције. На пример, када тужилац не наведе ни један доказ на основу ког заснива своју тужбу, или ако су догађаји на које се позива у оквиру дозвољених ограничења права из Конвенције. У пракси, велики број случајева се прогласи недопуштеним управо по овом основу.[10]

У члану 35 став 3 Конвенције наводи се још један, последњи, услов допуштености, а који се тиче злоупотребе права на подношење тужбе.[11] Оне тужбе које су написане увредљивим језиком, или оне који скривају важне информације везане за случај, могу бити проглашене недопуштеним по овом основу.

Када тужба буде примљена у суду, она се додељује једном од судија, који се назива судија известилац, чија је улога да испита случај и разматра његову допуштеност. Он може да затражи од страна у поступку да обезбеде додатне информације, документе, или друге релевантне материјале, у неко одређено време. Такође, он одлучује да ли ће о допуштености тужбе одлучити одбор од троје судија или веће од њих седам.

Оне случајеве, који на први поглед не удовољавају критеријумима допуштености, судија известилац шаље одбору, који може да прогласи тужбу недопуштеном, под условом да одлука буде донета једногласно.[12] При доношењу одлуке, одбор мора да узме у разматрање извештај који је

[8] Ibid.

[9] Ibid.

[10] На пример, у случају X v. Iceland, Application No. 8941/80, Decision of 8 December 1981.

[11] Члан 35, став 3 Европске конвенције, *op. cit*.

[12] Члан 28. Европске конвенције, *op. cit*. Члан 53 Правила поступка Европског суда за људска права, Rules of Procedure of the European Court of Human Rights, 4 November 1998.

припремио судија известилац и који укључује кратко изношење чињеница и разлога на основу којих се предлаже проглашавање тужбе недопуштеном. Судија известилац може да учествује у доношењу одлуке одбора. Одлука овог тела је коначна и не постоји право жалбе на одлуку о допуштености тужбе. Оно не постоји ни када одлуку донесе веће. Уколико одбор не може да донесе једногласну одлуку о допуштености, тужба се прослеђује већу на разматрање.

Веће од седморице судија разматра извештај судије известиоца и може да одлучи да прогласи тужбу недопуштеном или да избрише случај са листе. У тим случајевима веће доноси одлуку у којој објашњава разлоге за проглашавање одлуке недопуштеном. Оно, такође, може тражити додатне информације или доказе од страна у спору. Уколико не постоје јасни разлози који би довели до проглашавања тужбе недопуштеном, веће може да тражи од тужене државе да поднесе написмено своје аргументе, односно да одговори на постављена питања у остављеном року. О овоме се обавештава и тужилац, који добија и копију владиног одговора Суду. Он тада може да поднесе своју аргументацију у писаном облику, којом одговара на поднесак државе.

Веће може да закаже саслушање, на сопствену иницијативу, или на иницијативу странака, на којем би одлучило о допуштености тужбе. Оно се, у новијој пракси Суда, заказује врло ретко, због великог броја случајева који се налазе пред њим. Обично се заказује када случај покреће нека тешка, или нова питања. На пример, у случајевима *T & V* против К, из 1998. године, заказано је јавно саслушање како би се одлучило о допуштености тужбе. Наиме, у овим случајевима се радило о кривичним поступцима покренутим против два дечака, који су, са 11 година починили убиство и осуђени на казну затвора. Тужиоци су се жалили да нису били у могућности да учествују у судским поступцима, на изречену казну и на поступак који је наметнуо државни секретар. Они су се позивали на кршење чланова 3, 5, 6 и 14 Конвенције. Саслушање је заказано за март 1998. године, након што је Дом Лордова донео своју одлуку годину дана раније.[13]

На саслушању о допуштености стране у поступку ће се бавити и питањима која се тичу меритума случаја. Обично влада прво износи своје аргументе, на које одговара тужилац.

[13] Један од аргумената владе, у погледу тврдње тужилаца да им је повређено право на правично суђење, јер нису могли да на одговарајући начин учествују у поступку, је био да су они пропустили да искористе домаће правне лекове, јер то нису навели у својој жалби. Комисија је овај аргумент одбацила, јер није била уверена да би жалба била успешна. Слично становиште је заузео и Суд у својој пресуди од 16. децембра 1999. године. T & V v. UK, Appl. N. 24724/94, 24888/ 94, Judgment of 16 of December 1999.

Након овог поступка, веће доноси своју одлуку о допуштености, која садржи чињенице, тј. околности датог случаја и релевантно домаће право и праксу, сиже тужиочевих навода о повреди Конвенције, преглед различитих фаза поступка по тужби, преглед поднесака странака и на крају одлуку Суда. Веће доноси своју одлуку о допуштености једногласно или већином. Тужба може бити проглашена делимично допуштеном и тада се поступак наставља само у односу на тај део тужбе. Против одлуке већа о недопуштености не постоји право жалбе.

Интервенција треће стране

Члан 36 Конвенције предвиђа интервенцију треће стране у поступку. Суд може да дозволи интервенцију држава уговорницама Конвенције и заинтересованим особама, уколико је то у интересу спровођења правде у поступку. Трећа страна може да подноси писане коментаре, и у изузетним случајевима да узме учешће у саслушању.[14] Она мора да захтева дозволу да интервенише и мора да наведе детаље о питањима која жели да iznese у свом поднеску. Поднесак се шаље странкама у спору, које могу да поднесу свој коментар на њега.

Захтев да се добије дозвола за интервенцију треће стране обично је у вези са мериторном фазом поступка. Међутим, могуће је да се добије дозвола да дође до интервенције и у фази одлучивања о допуштености захтева. На пример, у случају *TI* против УК, Суд је прихватио интервенцију немачке владе и Високог комесара за избеглице Уједињених нација.[15]

У случајевима који су се водили против Уједињеног Краљевства, постојала је редовна пракса да су организације за заштиту људских права добијале дозволу од Суда да поднесу писане коментаре у случајевима који се тичу значајних питања везаних за право и праксу.[16] Такође, и у споровима против других држава, у случајевима који се тичу слободе изражавања, Суд је дозвољавао интервенцију треће стране у поступку.[17]

---

[14] Члан 36(2) Европске конвенције, *op. cit*. Члан 61(3) Правила поступка, *op. cit*.

[15] У овом случају се радило о враћању у Немачку једног држављанина Шри Ланке који је затражио азил у Немачкој, па УК, а који је претходно био мучен у својој држави. TI v. UK, Appl. N. 43844/98

[16] McCann and Others v UK Appl. No. 18984/91, Judgment of 27 September 1995; Chahal v UK Appl. No. 22414/93 Judgment of 15 November 1996; T and V v UK Appl. N. 24724/94, 24888/94, Judgment of 16 of December 1999.

[17] Lingens v Austria, Appl. No. 9815/82, Judgment of 8 July 1986; Open Door and Dublin Well Woman v Ireland, Appl. No. 14234/88; 14235/88, Judgment of 29 October 1992; Incal v Turkey Appl. No 22678/93, Judgment of 9 June 1998.

Поступак решавања случаја у меритуму

Када тужба буде проглашена допуштеном, Суд наставља са испитивањем случаја и, уколико је неопходно, предузима истрагу. Председник већа одређује временске рокове за подношење додатних поднесака и доказа, везаних за меритум случаја. Суд може да испитује сведоке и спроводи истрагу, мада је то врло ретко. У већини случајева Суд може да установи чињенично стање из писаних доказа који му се достављају. У складу са захтевом који прописује Конвенција, да се искористе домаћи правни лекови пре подношења тужбе Суду, у већини случајева значајне чињенице нису спорне, јер постоји одлука домаћих судова. Када постоје суштински спорови између странака, поводом неких чињеница, који не могу да се реше тумачењем писаних поднесака, Суд може да спроведе јавну расправу како би установио чињенице, саслушавањем сведока. На пример, у случају Ирска против Уједињеног краљевства, који се тицао хапшења и притвора осумњичених чланова ИРА-е, Комисија је саслушала 119 сведока. Конвенција захтева да тужена држава треба да обезбеди сва неопходна средства за истрагу коју спроводи Суд, како би утврдио чињенице.[18] Уколико она то не уради, Суд јој упућује посебне критике.[19] Пропуст да се обезбеде писани доказ, или да се обезбеди да сведоци присуствују саслушању, може да доведе Суд до закључка да је тужба основана. Ово је нарочито случај када само држава има приступ информацијама које могу да потврде или оспоре наводе тужиоца.[20]

У случајевима покренутим против Турске, средином деведесетих година, и Комисија и Суд су заказивали саслушања у Стразбуру за утврђивање чињеница, како би пресудили о суштинским разликама које су постојале између странака. Ови случајеви су се тицали тешких кршења људских права, укључујући рушење села, противзаконита погубљења и мучења, у југоисточном делу Турске, која је прогласила ванредно стање у том региону. У већини ових случајева постојао је пропуст домаћих власти да спроведу ефикасну истрагу поводом оптужби и због тога, наравно, домаћи судови нису ни утврђивали чињенично стање.

Суд је сам себи поставио границе при испитивању чињеница на овај начин. Сведоци не могу да буду приморани да присуствују и туженој држави се не може наредити да поднесе посебну документацију. Такође, може доћи до проблема при оцењивању доказа добијених усмено путем преводиоца. Суд обично није непосредно упознат са посебним условима

[18] Члан 38(1а) Европске конвенције, *op. cit*.
[19] Tanrikulu v Turkey, Appl. N. 23763/94, Judgment of 8 July 1999
[20] Timurtas v Turkey, Appl. No. 23531/94, Judgment of 13 June 2000.

који постоје у конкретном региону. На пример, у случају *Mehmet Emin Akdeniz and Others* против Турске радило се о наводима да су тужиочеви рођаци нестали након што су их ухапсили војници током војне операције у југоисточној Турској, 1993. године. Они су се жалили на злостављања својих рођака у затвору и на непостојање ефикасних правних лекова у земљи. Такође, они су навели да је дошло до дискриминације у погледу тих права, на основу тога што су њихови рођаци курдског порекла. Тужиоци су се жалили на кршење чланова 2, 3, 5, 13 и 14 Конвенције. Током овог поступка, три представника Комисије су саслушали 23 сведока у септембру и октобру 1997. и мају наредне године. Комисија је 1999. године закључила да је дошло до кршења чланова 2, 3, 5 и 13 Конвенције и нашла да Турска није удовољила својим обавезама, да омогући обраћање Суду у Стразбуру. Саслушања на којима су се утврђивале чињенице, су била сумњива, јер домаћи судови нису утврђивали чињенично стање, у погледу питања која су изнели тужиоци. Током прикупљања доказа испитивањем сведока, Комисија је изјавила да је нашла да су тужиоци и њихови сведоци поштени и убедљиви током пружања доказа. Њихови докази су сматрани веома доследним, чија се веродостојност потврђивала саслушавањем нових сведока. Са друге стране, Комисија је била веома критична у погледу неких владиних сведока. Она је за једног од њих нашла да му у потпуности недостаје кредибилитет, јер му је сведочење недоследно. За другог је Комисија изјавила да поседује селективно знање о догађајима.[21]

У случајевима сличним овоме, који се тичу наводних тешких кршења Конвенције и у којима није било утврђивања чињеница на домаћем плану, улога Европског суда у њиховом откривању је апсолутно неопходна, без које би жртвама било веома тешко да добију заштиту својих права.

При утврђивању чињеничног стања, Суд може да саслуша било коју особу, као сведока, или експерта, или у неком другом својству. Суд може именовати судије које ће спроводити испитивање, обавити истрагу на лицу места, или прикупити доказе на неки други начин. Тужилац и тужена држава морају да помогну Суду у његовим настојањима да прикупи доказе.[22]

[21] Mehmet Emin Akdeniz and Others v Turkey, Appl. No. 23954/94, Judgment of 31 May 2001.

[22] Правила 42(1) и 42(2) Правила поступка, *op. cit*.

Пријатељско поравнање

Поступак пријатељског поравнања обезбеђује тужиоцу и туженој држави прилику да реше спор. Суд упућује странкама предлог за нагодбу и уколико се она постигне, случај се брише са листе Суда. Ово се може десити у било којој фази поступка.

Након доношења одлуке о допуштености, Суд обавештава странке да им стоји на располагању уколико желе да постигну пријатељско поравнање и прихвата предлоге од обеју страна. Уколико они буду поднети, шаљу се супротној страни на одговор. Међутим, уколико не буду поднети, Суд обично неће предузимати неке додатне радње да охрабри постизање поравнања. Он ће само у малом броју случајева бити активно укључен у поступак мирења. На пример, када финансијски преговори уђу у неке тешкоће, Суд може да предложи шта би представљало разумну суму за нагодбу случаја. Правило 62 забрањује Суду да предузме неке кораке, који изгледају неопходни за постизање споразума, на пример, заказивање састанка између страна у спору.[23]

Преговори за постизање пријатељског поравнања су поверљиви и не прејудицирају аргументе страна у главном поступку, нити се на њих могу позивати странке у меритуму.

За тужену државу, пријатељско поравнање представља прилику да се позабави случајем за који сматра да ће бити успешан на Суду, уколико се настави са поступком. Она ће бити спремна да се нагоди када конкретан проблем буде идентификован и почне да се решава. Уколико влада те државе предложи ревизију конкретног поступка или уведе нову легислацију која се бави питањем наведеним у тужби, тада је могуће да је спремна да се нагоди и на тај начин избегне пресуду Суда која би утврдила повреду Конвенције. Она може да исплати тужиоцу одговарајућу суму на име накнаде штете и трошкова поступка и на тај начин да избегне да се расправља о кршењима конкретних одредаба Конвенције.

За тужиоца, поступак пријатељског поравнања може да представља прилику да постигне више него што би добио пресудом Суда. Наиме, та пресуда, уколико наравно буде донета у његову корист, може само да утврди постојање кршења и да нареди исплату правичне надокнаде. У поступку пријатељског поравнања, тужилац може да захтева компензацију и надокнаду трошкова, као и гаранцију владе тужене државе да ће ревидирати своју досадашњу праксу или увести ново законодавство. Влада ће у неким случајевима бити вољна да исплати више износе на име компензације, него што би Суд досудио.

[23] Правило 62, Правила поступка, *op. cit*.

Европски суд је спреман да посредује у постизању пријатељског поравнања, јер то значи смањење броја случајева. Уколико споразум буде постигнут, странке у спору обавештавају о томе Суд и захтевају да се случај избрише са листе. Суд тада објављује одлуку или пресуду, бележећи чињенице случаја и услове о којима су се споразумеле стране у спору. Међутим, уколико поштовање људских права, како је дефинисано у Конвенцији и протоколима, захтева, Суд ће наставити да разматра случај. То се дешава након процене Суда у погледу важности питања које је покренуто у случају, услова поравнања, које су предложиле стране у спору и чињенице да ли је Суд претходно одлучивао о том питању.

На пример, у случају *JT* против Уједињеног Краљевства, радило се о психијатријском болеснику, који се жалио, на основу члана 8 Конвенције, на немогућност да захтева промену свог најближег рођака. Наиме, тужилац је, 1984. године, приморана да борави у психијатријској установи, на основу Закона о јавном здрављу, из 1983. године. Лекарски извештаји су указивали на њен тежак однос са мајком и на непрестане наводе да ју сексуално злостављао њен очух. Извештаји су указивали да тужилац није хтела њена мајка сазна где се она налази и да жели да је избрише са листе, као најближег рођака, како би на њено место дошао социјални радник.

Тужба је поднета Комисији 1995. године, која је три године касније нашла да је дошло до кршења члана 8 и случај је прослеђен Суду. Влада тужене државе је, годину дана касније, предложила услове за поравнање. Одговарајуће законодавство ће бити измењено како би се пацијентима омогућило да замене најближе рођаке, у случајевима када имају основану сумњу према особи која делује у том својству. Тужилац је, такође примио 500 фунти на име компензације, заједно са трошковима поступка.[24]

Брисање случаја са листе

Поред решавања случајева у поступку пријатељског поравнања, Суд може да избрише случај у било којој фази поступка, када сматра да се може применити нека од следећих ситуација:

- када тужилац не намерава да настави са својом тужбом
- када је спор решен
- уколико из неких других разлога није више оправдано да се расправља о тужби

[24] JT v UK, Appl. No. 26494/95

У сваком од ових случајева, Суд неће избрисати случај, уколико поштовање према људским правима захтева да се настави са решавањем случаја. У случају *Tyrer* против УК, који се тицао телесног кажњавања, Суд је одбио да скине случај са листе, иако је тужилац желео да се повуче. Наиме, случај је покренуо питања општег карактера која утичу на примену Конвенције и која су захтевала даље разматрање.[25]

Случајеви се са листе бришу пресудом, уколико се то ради након доношења одлуке о допуштености. Она се тада шаље Комитету министара, који надгледа њено извршење. Случајеви који буду избрисани са листе, могу да буду враћени на поновно разматрање, уколико Суд сматра да постоје изузетне околности за то. [26]

Последња фаза поступка

Већина случајева, ипак, не решава се пријатељским поравнањем и странке подносе Суду коначне писане поднеске, пре јавног саслушања. Не постоји прописана форма ових поднесака, али оне садрже чињенице, релевантно право, уз аргументацију зашто је Конвенција била прекршена. У њему се не могу помињати питања која је Суд већ прогласио недопуштеним у ранијој фази поступка. Тужиочев поднесак ће узети у обзир све одговоре које је до тада дала држава у односу на његове аргументе. Европска конвенција предвиђа претежно писани, у односу на усмени поступак. Судско саслушање траје обично само један дан и заступници странака немају много времена да изнесу додатну аргументацију.

Сведоци се, у правилу, позивају само за јавна саслушања на којима се утврђује чињенично стање. Регистрар шаље позив, који садржи назив случаја и циљ испитивања. Сведоци и вештаци су обавезни да дају заклетву или свечану изјаву, пре него што дају доказе. Њих могу да испитују све судије у већу.

Јавна расправа

Као што је већ речено, јавна расправа о меритуму случаја је сада изузетак. Велика већина случајева се одлучује без ње. Суд ће је заказивати, уколико је потребно даље разјашњење чињеница случаја или реле-

[25] Tyrer v UK, Appl. No. 5856/72, Judgment of 25 April 1978.

[26] Члан 37(2) Конвенције, *op. cit*. Правило 44(4) Правила поступка, *op. cit*.

вантног домаћег права или праксе. Такође, правни или политички значај неког случаја може бити релевантан за процену да ли је јавна расправа потребна.

Председник већа руководи јавном расправом. Она обично не траје дуже од 2 сата, а само у изузетним случајевима странкама се даје додатно време. Након што стране у спору изнесу своје аргументе у трајању од 30 минута судије могу да постављају питања заступницима странака. Они имају петнаест минута да сумирају одговоре на та питања и у једнаком периоду након тога, морају да дају одговоре на питања Суда и на наводе друге стране. Прво говори тужилац, а затим представници тужене државе.

Јавна расправа је јавна, осим уколико постоје неке посебне околности које захтевају тајност. Предлог да расправа, делимично или у целини, буде тајна, могу да дају обе стране. Суд може да искључи новинаре и јавност из поступка из неког од следећих разлога:

- у интересу морала
- у интересу јавног реда
- у интересу националне безбедности у демократском друштву
- у интересу заштите малолетника
- у интересу заштите приватног живота странака
- у посебним околностима када би јавност штетила интересима правде[27]

Суд може да прекине са јавном расправом, уколико сматра да она није неопходна. На пример, у случају Scarth против УК, Суд је сматрао да не треба спроводити јавну расправу, јер је тужена држава изјавила да члан 6(1) захтева јавну расправу у случајевима мале вредности.[28]

Суд доноси пресуду тајно и начин њеног доношења остаје непознат странкама и јавности. Пресуда се доноси већином гласова судија у већу. Она се, заједно са образложењем, објављује, обично, неколико месеци након јавне расправе. Пресуде Великог већа се читају на јавној расправи, док се пресуде већа шаљу директно странкама у поступку. Након достављања, Суд издаје саопштење за медије, сумирајући пресуду, која се ставља на веб сајт Суда. Тамо се такође, објављују и пресуде, а странкама шаљу оверене копије.

Суд може да донесе одлуку којом утврђује да је дошло до кршења једног или више права из Конвенције. Пресуда може да укључи и давање правичног задовољења, уколико се може одлучити о питању компензације у том тренутку. Ово се односи на компензацију за материјалне и нематеријалне губитке и трошкове поступка. Уколико се не може одлучити о

[27] Правило 33(2) Правила поступка, op.cit.
[28] Scarth v UK, Appl. No. 33745/96, Judgment of 22 July 1999.

њој у том тренутку, досуђивање компензације може сачекати још неко време, док Суд не прими додатне поднеске. У таквим случајевима, Суд ће накнадно заказати поступак за решавање по захтеву за правичну надокнаду.

Уколико постоји одредба за упућивање пресуде Великом већу, пресуда већа није одмах и коначна. Она то постаје када се испуни један од следећих услова:

- када странке у спору изјаве да неће захтевати да случај буде поново разматран пред Великим већем
- три месеца након дана доношења пресуде, уколико није тражено испитивање случаја пред Великим већем
- када Велико веће одбије захтев да разматра случај

У року од три месеца од доношења пресуде већа, у изузетним случајевима, било која од странака може да тражи да се случај пренесе Великом већу, да донесе коначну пресуду. Она мора да наведе разлоге за то. Овај захтев разматра веће од петорице судија, који су чланови Великог већа. Они одлучују да ли случај укључује:

- озбиљно питање које утиче на тумачење Конвенције
- озбиљно питање које утиче на њену примену, на пример ако захтева суштинску промену домаћег права или праксе
- озбиљно питање од опште важности, на пример значајно политичко питање

Уколико захтев буде одбијен, ово веће не даје образложење, али уколико буде прихваћен, Велико веће ће о том питању одлучити у форми пресуде.

Овај поступак пружа туженој држави могућност да, у контраверзним случајевима, добије још једну прилику да покуша да убеди Суд у своју корист, иако и тужилац може да истакне такав захтев. Члан 43 наводи само опште услове за поновно саслушање, који не захтевају, на пример, да су нови докази постали доступни, након доношења пресуде већа.. Велико веће може да прихвати поступак само из разлога што случај покреће озбиљна питања од опште важности, што је веома непрецизна иновација. Међутим, веће од пет судија је у својој досадашњој пракси заиста тумачило ову могућност, као изузетну и није дозвољавало поновно саслушање, у великом броју случајева. Пресуда Великог већа је коначна и има обавезујућу снагу.

Поступак по ревизији

Странке у поступку могу да захтевају ревизију пресуде, уколико се открије нека нова одлучујућа чињеница. Поступак по ревизији се сматра ванредним поступком, јер се у њему оспорава коначна пресуда.[29] Услови за ревизију су:

- да је откривена нова чињеница, која, по својој природи, може да има одлучујући значај за спор
- када је пресуда доношена, та чињеница је била непозната Суду
- када је пресуда доношена, та чињеница није реално могла да буде позната странци која захтева ревизију.

Захтев за ревизију мора бити поднет у року од шест месеци, након што странка сазна за постојање нове чињенице. У захтеву треба да се назначи конкретна пресуда, чија се ревизија тражи и да се докаже да су сви услови за ревизију испуњени. Веће које је донело одлуку ће обично решавати по том захтеву и може да га одбије. У супротном, друга страна ће моћи да коментарише захтев у остављеном периоду. Уколико захтев буде прихваћен, о њему ће се одлучити у форми пресуде.

У случају против Француске, тужилац се жалио на више кршења Конвенције, укључујући право на правично суђење, гарантовано чланом 6(1), а нарочито да није имао прилику на јавну расправу, упркос чињеници да је председник Апелационог суда најавио да ће се расправа одржати касније. У својој пресуди из 1993. године, Суд није нашао да је дошло до кршења члана 6(1), јер тужилац није обезбедио довољно доказа за своје виђење догађаја. Када је тужилац прибавио копије одређених кључних докумената, који су били задржани у архиви домаћих судова, поднео је, 1995. године, захтев за ревизију донете пресуде. Суд је, годину дана касније, нашао да ови документи откривају да је тужиочева верзија догађаја тачна и да не може искључити могућност да они, по својој природи, могу имати одлучујући утицај на поступак. Стога, захтев за ревизију је проглашен допуштеним и прослеђен је већу које је донело пресуду. Међутим, у својој пресуди, из 1997. године, Суд је одбио захтев за ревизију, на основу чињенице да нови документи нису довели у питање првобитну одлуку Суда из 1993. године.[30]

[29] Pardo v France, Appl. No. 13416/87, Judgment of 20 September 1993.
[30] Pardo v France, Appl. No. 13416/87, Judgment of 29 April 1997.

Спровођење пресуде

Сама Конвенција не предвиђа санкције за државу која не изврши пресуду. Пресуде се шаљу Комитету министара, који надгледа њихово извршење. У пракси, владе тужених држава подносиће извештаје Комитету о мерама које су предузете поводом пресуде Суда. Комитет води рачуна о посебним правним средствима које је тужиоцу доделио Суд, као и о променама у законодавству или административној пракси, које се захтевају пресудом. Случај остаје у кругу интересовања Комитета, све док га тужена држава не извести о предузетим активностима и он не буде задовољан њима. Комитет министара објављује резолуције о спровођењу пресуда Суда, у којима се бележи да ли је дошло до правичне надокнаде и које је још кораке предузела тужена држава како би спровела пресуду у пракси.

Ефекат пресуде, у којој је Суд нашао да је дошло до кршења Конвенције, је да наметне правну обавезу туженој држави да престане са кршењем и да пружи надокнаду за настале последице, односно да спроведе *restitutio in integrum*. Уколико је то у пракси немогуће, тужена држава је слободна да изабере средства којима би удовољила пресуди. Суд не може да укине одлуке домаћих органа и судова, нити да промени домаће законодавство. Такође, не може да захтева од државе да предузме конкретне мере, у оквиру свог правног система, као што је на пример, пребацивање затвореника у надлежност друге државе уговорнице Конвенције.[31]

Међутим, пресуде Суда обавезују државу по међународном праву, јер је она преузела обавезу да поштује коначну пресуду Суда у свим споровима у које је она укључена. У складу са тим, влада може да одлучи да, као резултат конкретне пресуде, усвоји нову политику, или праксу, измени релевантно законодавство, промени одлуку, или предузме друге кораке које сматра неопходним. Сама држава, а не Суд, одлучује које ће мере предузети, као одговор на пресуду Суда. Може се десити да је кршење Конвенције резултат неког појединачног акта. На пример, хапшење полиције, које представља кршење члана 5. Оно не захтева од државе да мења своју политику по одређеном питању. У случају Robins против УК, Суд је нашао да је дошло до кршења члана 6(1) због дужине трајања поступака. Они су били одлагани десет месеци, због грешака које је учинио Одбор за правну помоћ и још 16 месеци због неактивности суда. У складу са овом пресудом, влада је само информисала Комитет министара да је пресуда достављена Одбору, Министарству за социјалну сигурност и Апелацио-

[31] Selmouni v France, 2000, Appl. No. 25803/94, Judgment of 28 July 1999.

ном суду и да су изводи из пресуде штампани у различитим правним часописима.[32]

У случајевима у којима се од државе захтева предузимање одређене акције и где она одбија да то учини, до промена у правном систему може доћи због улоге Комитета министара, или једноставно због тога што се против државе покрећу нови случајеви који се односе на то исто питање. На пример, Турска је изменила свој устав да би удовољила захтевима из пресуда које је Суд донео против ње

Уколико тужилац није задовољан због пропуста владе да предузме адекватне кораке, како би спровео пресуду Европског суда, питање ће бити изнето пред Комитет министара. Он је овлашћен да разматра поднеске појединаца, који тврде да нису добили накнаду штете у складу са одлуком Суда. Сам Суд не може да предузме неке даље активности. Комитет је потврдио да је у неколико случајева поновно разматрање одређених питања од стране домаћих власти, или поновно отпочињање поступака, најефикасније средство којим се може постићи restitutio in integrum и подстицао је државе да то осигурају када Суд нађе да је дошло до повреде Конвенције.

Поступак давања саветодавног мишљења

Комитет министара Савета Европе има право да захтева од Суда саветодавно мишљење о питањима која се тичу тумачења Конвенције и протокола. Суд не може дати саведотадвно мишљење о садржини и делокругу права и слобода која су установљена Конвенцијом.[33]

Захтев за саветодавно мишљење подноси се секретару Суда. Он мора да садржи у потпуности и прецизно дефинисано питање поводом којег се тражи саветодавно мишљење и поред тога датум када је Комитет министара усвојио одлуку којом тражи ово мишљење и имена особа које је Комитет именовао да Суду дају додатна објашњења која овај може да затражи. Уз захтев достављају се документи везани за њега.

Секретар Суда прави копије овог захтева и обавештава све државе уговорнице Конвенције да могу поднети своје писане коментаре. Након ове фазе, председник Суда одлучује да ли ће државама које су поднеле писане коментаре, дозволити да изнесу додатну аргументацију, на расправи.

[32] Robins v UK, Appl. No. 22410/93 Judgment of 23 September 1997.
[33] Члан 47 Европске конвенције, *op. cit*.

Суд одлучује да ли је захтев у његовој надлежности, на основу члана 47 Конвенције. Уколико сматра да нема надлежност доноси образложену одлуку.[34] Уколико одлучи позитивно, велико веће даје саветодавно мишљење већином гласова.[35] Сваки судија може, уколико жели, да приложи своје посебно мишљење, сагласно или супротно саветодавном мишљењу.

Саветодавно мишљење чита председник Суда или други судија којег он именује, на два службена језика, на јавној седници. Пре тога, обавештава се Комитет министара и свака страна уговорница.

Председник Суда и секретар потписују мишљење, чије копије се достављају Комитету министара, странама уговорницама Конвенције и генералном секретару Савета Европе.[36]

Реформа Европског суда за људска права

Велики број држава уговорница Конвенције, као и могућност појединаца да се обраћају Европском суду за људска права довели су до тешкоћа у раду овог тела. Превелики број случајева, од којих се око 90% захтева прогласи недопуштеним, као и тзв. «клонирани случајеви» утичу на ефикасност рада Суда.[37] Из овог разлога, Савет Европе је, 12. маја 2004. године, у Стразбуру, усвојио Протокол број 14 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.[38] Овај Протокол ће ступити на снагу када га ратификују све државе уговорнице Конвенције.

---

[34] Decision on the Competence of the Court to Give an Advisory Opinion, Strasbourg 2 June 2004

[35] Европски суд за људска права је 1996. године донео саветодавно мишљење број 2/94 о приступању Европске заједнице Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, односно да ли би то било у сагласности са Уговором о оснивању Европске заједнице. Ово мишљење Суда оставља државама чланицама избор између три опције. Прва је усвајање листе људских права у комунитарно право, на основу члана 235 Уговора о оснивању Европске заједнице. Друга је усвајање материјалноправних одредаба из Европске конвенције уз усвајање процедуре претходног обраћања Суду када се ради о тумачењу Конвенције.Трећа опција је приступање Европској конвенцији за заштиту људских права, уз подвргавање надлежности Европског суда за људска права. Opinion 2/94, Accesion of the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, March 28, 1996.

[36] Правило 90, Правила поступка, *op. cit*.

[37] Родољуб Етински, Нова реформа Европског суда за људска права, Правни живот, број 12, том IV, Београд, 2004, стр. 457.

[38] Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention (CETS No. 194) http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Word/194.doc

Овај Протокол предвиђа нови мандат судија. Они ће се бирати на период од девет година, без могућности да буду реизабрани. Такође, уводи се институт судије појединца, чија је надлежност ограничена на одлучивање о допуштености захтева за покретање поступка. У случају сумње, он одлуку препушта трочланом одбору, или већу од седам или пет судија. Наиме, Комитет министара Савета Европе , на захтев Европског суда, може да смањи број чланова већа са седам на пет. Одбори ће моћи да одлучују и о основаности захтева, када су покренута питања покривена устаљеном праксом Европског суда у претходним случајевима. На овај начин, требало би да се постигне убрзано решавање «клонираних случајева» пред Судом, јер их сада решава веће од седам судија.[39]

Такође у циљу растерећења Суда, Протокол 14 уводи нови услов допуштености тужбе. Наиме, Европски суд може да одбије да разматра основаност захтева, ако тужилац није претрпео значајну штету. Од овога постоје два изузетка. Прво, Суд не може да одбије тужбу и ако она има мали практични значај, ако ту ствар није размотрио домаћи суд. Други изузетак је када поштовање људских права, како је оно дефинисано Конвенцијом и протоколима захтева да се истражи основаност захтева.[40]

Закључак

Поступци пред Европским судом за људска права пружају могућност како државама, тако и појединцима и групама појединаца, могућност да се обраћају овом телу и да траже заштиту својих права, које је повредила нека од држава уговорница Европске конвенције. Поступци пред овим судом удовољавају прописаним стандардима судског поступка. Обезбеђена је чак и двостепеност – у случајевима када се тражи ревизија пресуде. Такође, Суд даје и саветодавна мишљења на захтев Комитета министара, у вези са важним питањима тумачења и примене Конвенције.

Једини велики недостатак овог система заштите људских права јесте огроман број случајева који се појављују пред њим и, као последица тога, спорост у одлучивању. Због тога се све више говори о новој реформи овог система. Предлози за реформу су разнолики. Неки предвиђају повећање броја судија или продужавање њиховог мандата са садашњих шест година на дужи период. Такође, јављају се предлози да се увећају овлашћења судије појединца који би могао да сам решава случајеве. Неки сугеришу да

[39] Родољуб Етински, Нова реформа, ibid. стр. 460, 461.
[40] Ibid. стр. 462.

се дозволи правницима у секретаријату Суда да доносе одлуку у јасним случајевима.

У суштини дискусије о овим питањима је супсидијарност система заштите људских права у Стразбуру, односно да ли Конвенција треба да и даље омогући право на подношење тужбе сваком појединцу, или би Суд требало да уведе неки нови начин селекције захтева.

Предстојећа реформа, на основу Протокола 14, је по многима нужна и значајно ће растеретити Европски суд, али је ипак неспорно да је европски систем најразвијенији од свих регионалних, па и универзалних, система заштите људских права.

Bojan Tubić, Assistant
Novi Sad School of Law

Procedures Before the European Court of Human Rights

Abstract

The European Court of Human Rights became the most significant regional body for the protection of human rights. After the reform in 1998, it became the only organ established by the European Convention on Human Rights for deciding the cases. The Court numbers 46 judges and it is divided into four sections. Committees of three judges decide most cases on admissibility. The remaining cases are decided by chamber of seven judges. These chambers will pursue the examination of the case. The most important case may be relinquished to a grand chamber of seventeen judges provided that both parties consent to that. During the procedure parties have the opportunity to reach the friendly settlement. A party may, in the event of the discovery of a new fact with decisive influence, request the Court to revise the judgment, within a period of six months, after the party find out about that new fact. The Court may, at the request of the Committee of Ministers, give advisory opinions on legal questions concerning the interpretation of the Convention and the protocols. New reform of the European system of protection of human rights will take place after Protocol 14 to the European Convention enters into force. It will establish single judges and also, in other ways contribute to efficiency of the Strasbourg system.

502/504(497.11+497.16)

Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

THE EVALUATION DATA GIVEN BY PARTICIPANTS DURING THE PROJECT DEVELOPMENT OF THE ENVIRONMENTAL LEGISLATION IN SERBIA AND MONTENEGRO (JUGOLEX) PUBLIC WORKSHOPS/CONFERENCES

Introduction

The project Development of the environmental legislation in Serbia and Montenegro (JUGOLEX) is extremely important and interesting from two points of view of participatory democracy. From the beginning, it was transparent and accessible to the public. At the same time, the public has had the possibility to evaluate some aspects of project presentations. In such a way, the rights of access to information and of public partitipation, as fundamental ones according to the Aarhus Convention and the newest directives of environmental protection in EU, have realized. That is very prominent and even paradigmatic innovation in the process of enactment in Serbia and Montenegro.

In this purpose, for receive feedback information, Project team leader has proposed the evaluation sheet that is attached. It was the same for all workshops/conferences. In addition, there are two workshops (Belgrade, 22.01.2003. and Novi Sad, 22.10.2003.) with evaluation of individual experts' presentations

and two workshops too (Belgrade, 22.o1. 2003. and 22.o5. 2003) with the evaluation of chairing of the workshop. The evaluation sheet concerns a presented information, content, tempo, quality of experts' presentations, organization and equipment, and discussion. The participants could evaluate mentioned characteristics with three marks – not enough/unsatisfactory, enough/satisfactory and good. From the evaluation point of view, these characteristics seem completely, but the marks could bee a little bit more precise (very good, excellent). Besides evaluations not enough and enough, it was necessary to have evaluation overmuch. This sheet also contained two boxes where the participants could comment what was missing at the workshop and give their suggestions for further works.

We will analyze the review of held workshops/conferences (places, dates, topics), the number of evaluation sheets in relation to present and registration number of participants, average marks and the percentages of not enough/ unsatisfactory, enough/satisfactory and good evaluations in a whole and in according to single workshops and theirs characteristics, including the qualitative analyze of that what was missing and suggestions.

Our hypothesis has been that the project team and the participants of public workshops and conferences have not much experience in this kind of evaluation and because of that there were some failures. Some regularities, correlations and empirical generalizations could be discovering. They are the result of interdependence of workshop characteristics and undertaken or missed activities. For instance, between the volumes of presented information, tempo of workshop activities and discussion there are close interdependance.

We hope that these analyses and conclusions may bee of usefulness not only for project team and participants of workshops/conferences but also for International consortium, Ministry, the public in general and for similar projects and theirs public workshops in the future.

MINISTRY FOR NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENT PROTECTION
&
International consortium composed of
FINNCONSULT Oy
SCANDIACONSULT NATURA AB and
Regional Environmental Center Country Office Yugoslavia

International Workshop
ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT
AND
STRATEGIC ENVIRONMENTAL ASSESSMENT
Beograd, 13.12.2002

EVALUACIONI LIST / EVALUATION SHEET

	Nedovoljno Not enough	Dovoljno Enough	Dobro Good
Prezentirane informacije **Presented information**			
Sadržaj Content			
Tempo Tempo			
Kvalitet ekspertskih prezentacija **Quality of experts' Presentations**			
Organizacija i oprema **Organization & equipment**			
Diskusija **Discussion**			

ŠTA JE NEDOSTAJALO / WHAT WAS MISSING

SUGESTIJE / SUGGESTIONS

Review of workshops/conferces: places, dates, topics

Until now 13 workshops/conferences have held. Here are the list of them, with the places and dates of holding and the topics.

List of workshops/conferences with the ordinals, places and dates of holding and topics

1. Belgrade, 13.12.2002.	International workshop Environmental impact assessment and Strategic environmental assessment
2. Belgrade, 22.01.2003.	International workshop Integrated prevention and pollution control
3. Novi Sad, 30.01.2003.	First public Informative workshop with industrial companies of Vojvodina: Implementation of the integrated system of environmental protection
4. Niš, 25,02.2003.	Second public Informative workshop with industrial companies: Implementation of the integrated system of environmental protection
5. Kragujevac, 10.03.2003.	Third public Informative workshop with industrial companies: Implementation of the integrated system of environmental protection
6. Belgrade, 22.05.2003.	Public workshop on EIA, SEA and IPPC related regulations
7. Podgorica, 02.10.2003.	First public informative workshop Development of environmental legislation in Montenegro
8. Novi sad, 2210.2003.	Second public informative workshop with industrial companies of the AP Vojvodina
9. Belgrade, 23.12.2003.	Public workshop on Emission limit values
10. Belgrade, 31.05.2004.	International conference Harmonization of environmental legislation of Serbia with EU requirements
11. Sremska Mitrovica, 07.07.2004	Public informative workshop with industrial companies of Srem: Development of integrated system of environmental protection
12. Novi Sad, 23.12.2004.	Public informative workshop: New environmental legislation in Serbia
13. Novi Sad, 25.04.2005.	Capacity building program, preparatory seminar

For less than 2.5 years Project team organized 13 workshops/conferences or about 5 per year. We estimate that it is an active mode of public dissemination of information about project activities in the field of new environmental regulation. These workshops/conferences were organized five times in Belgrade, four times in Novi Sad and by once in Podgorica, Niš, Kragujevac and Sremska Mitrovica. As we can see, there were in the same time two tendencies – of decentralized territorial covering and of some concentration of them in Belgrade and in Novi Sad. The second one is more expressive. More than a half of work-shops/conferences (7 of them) was held in winter, 3 in springs, 2 in autumn, and 1 in summer. This annual rank according to the seasons seems logically. Finally, we point out that there were three international workshops/ conferences, and five with a lot of industrial companies, concerning to information, implementation and harmonization of our new environmental regulation with EU requirement.

How oft evaluation sheets were filled in and handed over by participants of workshops/conferences

Table 1

Workshop/conference	**1) number of present persons at the beginning**	**2) number of registration participants**	**3) number of evaluation sheets handed over**	**% related to 1)**	**% related to 2)**
1. Belgrade, 13.12.2002.	more than 90	–	40	more than 44,4	–
2. Belgrade, 22.01.2003.	–	106	51	-	48,1
3. Novi Sad, 30.01.2003.	–	63	8	-	12,7
4. Niš, 25,02.2003.	50	28	17	34,0	60,7
5. Kragujevac, 10.03.2003.	60	38	22	36,7	57,9
6. Belgrade, 22.05.2003.	110	89	49	44,5	55,1
7. Podgorica, 02.10.2003.	–	–	28	–	–
8. Novi sad, 2210.2003.	–	–	38	–	–
9. Belgrade, 23.12.2003.	–	124	80	–	64,5
10. Belgrade, 31.05.2004.	–	–	53	–	–
11. Sremska Mitrovica, 07.07.2004.	–	–	7	–	–
12. Novi Sad, 23.12.2004.	150	–	74	49,3	–
13. Novi Sad, 25.04.2005.	–	95	60	–	63,2
Total	**1) 460**	**2) 543**	**1) 202** **2) 287**	**43,9**	**52,9**

As the table 1 showed, less than a half of **persons present at the beginning** of the workshop (43,9%) filled in and handed over the evaluation sheets – about 1/3 in Niš (34,0%) and Kragujevac (36,7) and more than 40% in Belgrade (three times – 44,5%, 44,5% and 49,9%). But the percent of evaluation sheets filled in and handed over by **registration participants** (52,9%) are more favorable than in precedent case (43,9%). Except of extremely low percent Novi Sad (30.01.2003, only 12,7% - why?) and in some measure in Belgrade (22.01.2003, less than a half – 48,1%) in all other cases the percents approach to 2/3 of handed over sheets by registration participants: Belgrade (22.05.2003) 55,1%, Kragujevac 57,9%, Niš 60,7% and Novi Sad (25.04.2005) even 63,2% and Belgrade (23.12.2003) 64,5%.

The first datum shows that some officials, journalists and other participants ”have not time” and they leave a workshop during the first or second coffee break (when the workshop evaluation sheets were spread amongst participants) and even before them and some another ones before the end of workshop. In addition to that, some people have not a habit to evaluate information obtaining from experts and organizers. We cannot suppose any other serious reasons. As an organization, there were also **some omissions** –in eight cases we have not the datum about the number of present persons at the beginning of the workshop and in six cases of the registration participants, in four cases neither one nor another (see table 1), so the percent of evaluation sheets filled in and handed over cannot be calculate. As well as the organizer had to be more “aggressive” and persistent in”propaganda” of evaluation and to accustom the participants to it.

General evaluation measured by average mark

General evaluation of all aspects or characteristics in all workshop/con ference activities was obtained so that the evaluations “not enough/unsati sfactory” were multiplied by 1, “enough/satisfactory” by 2, and “good” by 3, and then this sum (7519) was divided by all number of evaluations (3000). **Obtained average mark of 2, 51 is quite on the boundary of very favorable evaluation – it is right between evaluations enough/satisfactory and good** (table 2).

In the other way said, all aspects or characteristics of workshop/conference activities (presented information, content, tempo, quality of experts’ presentation, organization and equipment, and discussion) are evaluate by the participants witch filled in and handed over the evaluation sheets in such a way that

more than a half of these participants (or more exactly, near 3/5 or 57,1%) estimate that mentioned activities have been good, a bit more than 1/3 (36,4%) that they have been enough/satisfactory, and only 6,5% (or hardly each 15th participant) that they have been not enough/unsatisfactory.

There are **not any temporal regularity** or correlation between workshop/conferences from average point of view, except that it is extremely winding and that two lowest average marks are noted at two last workshops/confrences.

The span (interval) of variations between the lowest mark (2, 27 in Novi Sad, 25.04.2005) and the highest one (2,83, again Novi Sad, 30.01.2003) is not so large (0,56). **All values of average marks are significant over the evaluation enough/satisfactory (2).**

It is very interesting that the highest (rank 1) and the lowest three average marks (ranks 11-13) is registration in Novi Sad workshops/conferences. Less extremely the participants evaluated in Belgrade (ranks 2-9) and in other places – Podgorica, Niš, Kragujevac, Sremska Mitrovica (from 3 to 10). **The average marks for workshops/conferences in these other places are 2,63, for Belgrade 2,60, and for Novi Sad 2,31**.While between other places and Belgrade almost there are not differences, between them and Novi Sad it is important. In the first case the mark is even very good, in the second one it is nearer to enough/satisfactory than to good.

Although differences between everage marks are not so large, they could devided into five groups.

1) The highest marks (2,80 and more), that are in fact exelent mark, have only Novi Sad (2,83) and Belgrade (2,80) – ranks 1-2. But the highest mark (2,83) is given by the least percent of registration participants which handed over their evaluation sheets (only 12,7%, tab 1) at one workshop (total evaluation only 23, tab 2).

Table 2

Absolute and relative frequency, average mark and rank of total evaluation in all workshops/conferences

workshop, conference	not enough, unsatisfactory		enough, satisfactory		good		total	average mark	rank
	no	%	no	%	no	%			
1. Belgrade, 13.12.2002.	16	6,8	82	35,0	136	58,2	234	2,51	7
2. Belgrade, 22.01.2003.	21	6,3	119	35,5	195	58,2	335	2,52	6
3. Novi Sad, 30.01.2003.	1	4,3	2	8,6	20	87,1	23	2,83	1
4. Niš, 25,02.2003.	3	7,3	18	43,9	20	48,8	41	2,41	10
5. Kragujevac, 10.03.2003.	2	3,6	24	43,6	29	52,8	55	2,49	8
6. Belgrade, 22.05.2003.	20	6,1	97	29,4	213	64,5	330	2,58	5
7. Podgorica, 02.10.2003.	5	3,0	37	22,6	122	74,4	164	2,71	3
8. Novi sad, 2210.2003.	27	12,6	76	35,5	111	51,9	214	2,39	11
9. Belgrade, 23.12.2003.	4	0,8	85	18,0	384	81,2	473	2,80	2
10. Belgrade, 31.05.2004.	18	5,7	132	41,9	165	52,4	315	2,47	9
11. Sremska Mitrovica, 07.07.2004.	1	2,4	12	28,6	29	69,0	42	2,67	4
12. Novi Sad, 23.12.2004.	44	10,5	214	50,8	163	38,7	421	2,28	13
13. Novi Sad, 25.04.2005.	32	9,1	195	55,2	126	35,7	353	2,27	12
Total	**19**	**46,5**	**1093**	**36,4**	**1713**	**57,1**	**3000**	**2,51**	**–**

2) The marks between 2,60-2,79 are very good (ranks 3-4). There were in Podgorica (2,71) and in Sremska Mitrovica (2,67).
3) The marks still nearer to the evaluation good than to the evaluation enough/satisfactory (2,50-2,59) were noted three times in Belgrade (ranks 5-7).
4) The group nearer to the evaluation enough/satisfactory than to the evaluation good (2,39-2,49) consists from four workshops – Kragujevac (2,49), Belgrade(2,47), Niš (2,41), and Novi Sad (2,39) – ranks 8-11.

5) Finally, the group still nearer or the nearest to the evaluation enough/satisfactory (2,27-2,28) make twice Novi Sad, in two last workshops/conferences (ranks 12-13).

Let's see figures in **percents of evaluations** good, enough/satisfactory and not enough/unsatisfactory because it makes precise and specifies average mark analyze. We can espy three groups of marks in the **evaluation good.**

1) In the first group there are excellent and very good marks – between 64,5% and 87,1% (ranks 1-5): Novi Sad 87,1%, Belgrade 81,2%, Podgorica 74,4%, Sremska Mitrovica 69,0%, and again Belgrade 64,5%.
2) In the second group there are workshops/conferences in the places where more than 50% and less than 59,5 evaluate project presentation activities as good (ranks 6-9 and 11): twice Belgrade by 58,2%, Kragujevac 52,8%, Belgrade 52,4%, and Novi Sad 51,9%.
3) Finally, the third group consists of three places where there are less than 50% participants with the evaluation good (ranks 10, 13,12): Niš 48,8%, Novi Sad 38,7% and again Novi Sad 35,7%.

As a **evaluation enough/satisfactory** only in two cases the percent is more than 50% – both of them in Novi Sad (55,2% and 50,8%, ranks 12-13, i.e. two latest ranks and as well as two latest workshop/conferences. More than 40% there are Niš(43,9%), Kragujevac (43,6%), and Sremska Mitrovica (41,9%) – ranks 10,8 and 9, more than 30% – Novi Sad, 35,9%, Belgrade 35,5% and again Belgrade 35,0% (ranks 11,6-7), more than 20% - Belgrade 29,4%, Sremska Mitrovica 28,6%, and Podgorica, 26,6% (ranks 5,4,3) and, finally, Belgrade 18,0% and Novi Sad, only 8,6% (ranks 2,1).

It is very visible that exists negative correlation between enough/satisfactory and good evaluations. If the evaluation good is higher, the evaluation enough/satisfactory is lower, and *vice versa.*

The basic characteristic of evaluation **not enough/unsatisfactory** is low percents. Only four workshops/conferences have a percent more than 7% - three times Novi Sad: 12,6%, 10,5%, 9,1%, and Niš 7,3% (ranks 11, 13, 12, 10). Three lowest percents – 0,8%, 2,4%, and 3,0% have the places with high ran of average mark (ranks 2,4,3) – Belgrade, Sremska Mitrovica, Podgorica. Here there is also negative correlation in relation to average mark, with some irregularities in the middle of the rank (between 3,6% and 6,8%).

In conclusion of this part of the work we can say that the average mark is determinate by positive correlation of the evaluation good (almost 3/5) and in less measure by negative correlations with the evaluation enough/satisfactory (more than 1/3) and not enough/unsatisfactory (1/15).

Basic characteristics of workshops/conferences

Let's see the basic characteristics of workshops/conferences (table 3). It shows that between the number of evaluations and average marks exists almost ideal positive correlation. As the average mark is higher, the number of evaluations is higher, too. So we have two indicators of degree of evaluations, which are in close relation. Evidently, more often are evaluated the characteristics with higher mark and more rare with lower one.

Table 3

Basic characteristics of workshops/conferences: absolute and relative frequency of evaluations, number of marks, average mark and rank

characteristics	**not enough, unsatisfactory**		**enough, satisfactory**		**good**		**total, number of marks**		**Aver age mark**	**rank**
	no	**%**	**no**	**%**	**no**	**%**	**no**	**%**		
1.Content	11	2,1	184	35,5	323	62,4	518	98,3	2,60	1
2. Presented information	13	2,5	200	38,7	304	58,8	517	98,1	2,56	2-3
3. quality of experts' presentation	24	5,1	162	34,2	287	60,7	473	89,8	2,56	2-3
4. organization and equipment	27	5,8	142	32,4	290	61,8	469	89,0	2,55	4
5.tempo	39	8,4	197	42,2	231	49,4	467	88,6	2,41	5
6. discussion	78	17,3	178	39,6	194	43,1	450	85,4	2,23	6

Number of handed over evaluation sheets 527

Differences between "content" and "discussion" as characteristics or aspects of workshops/conferences don't seem so much – 68 evaluations or 12,9% and 0,37 into average mark. But there are some significant differences and we will discuss them.

The highest number of evaluations (more than 98%) and in the same time **the highest average marks** (2,60 and 2,56) have the characteristics **content and presented information.** That is very good, because other characteristics are some kind of "logistics" to them. Then follow quality of experts' presentations, organization and equipment and tempo (about 89% or about 10% less than precedent case) and with average marks of 2,56, 2,55 and 2,41. Nevertheless, the average marks of **quality of experts' presentations and of organization and equipment** are almost entirely approach to characteristics **content and presented information** making **the very good marks** (2,60-255), nearer to the evaluation good than to the enough/satisfactory one. In the same time, **tempo**, with the average mark of 2,41 is nearer to the evaluation enough/satisfactory than to the good one and with the **discussion** (2,23) make **the lowest evaluate characteristics.**

There are very regular negative correlation between the evaluation not enough/unsatisfactory and the height of average mark. This regularity is of importance only to the end of two other evaluations (for evaluation tempo and discussion). But in the middle and in the top of them there is an inversion. The lowest evaluation enough/satisfactory have characteristics organization and equipment (32,9%) and quality of experts' presentation (34,2%). In the same time, the highest percent of evaluation good has the content as a characteristic, but the organization and equipment has percent of evaluation good (61,8%) higher than the quality of experts' presentation (60,7%) and the presented information (58,8%). In all case, that is a fine compliment for organizational and experts' structures of the project team.

It will be very interesting to point at **maximum and minimum percents of evaluation good** and every here and there at other two evaluations. That gives opportunities to the project team to further analyze undertaken and missed activities before and during workshops/conferences. As the rank of average mark of some characteristic is lower, as the number of missed activities are larger, including more remarks in boxes "what was missing" and "suggestions". In a qualitative analyze we will point out at some of these insufficiencies and suggestions. As an analyze of percents better discover the structure of evaluations and their extremes than an analyze of average mark, which synthesize but as well as cover them, we will use the second one only in some cases and in a specific way.

1. **Content.** More than 80% of evaluation good were noted in Novi Sad, 30.01.2003 (87,1%), Sremska Mitrovica (85,7%) and Belgrade, 23.12. 2003 (85,0%). Less than 50% were twice at Novi Sad –25.04.2005.

(40,0%) and 23.12.2004. (49,3%), with average mark less than 2,50 (2,37 and 2,45). In two last cases the evaluation enough/satisfactory were participated even by 56,7% and 47,9%. Only in two cases the average mark of this characteristic (Belgrade, 22.05.2003 = 2,54 and Podgorica = 2,68) were lower than average mark of all six characteristics of respective workshops (2,58 and 2,71). Let's note that at Belgrade workshop (22.05.2003.) was 10,6% participants with the evaluation not enough/unsatisfactory. That is five time higher percent that the average one is – only 2,1%.

2. **Presented information.** In the same workshops, but more extremely, there are the maximum – Novi Sad, with 100% of evaluation good and the average mark of 3,00 (the unique case into all workshops) and Belgrade with 87,5% on one side and twice Novi Sad by minimum on the other – only 25,4% and 46,6% of evaluation good and even 66,7% and 50,7% of evaluation enough/satisfactory. Only three times the average mark of presented information is lower than that one of all six characteristics in respective cases – twice 0,10 and once 0,13 (Novi Sad, 25.04.2005, Sremska Mitrovica and again Belgrade, 22.05.2003. On the other side, at Novi Sad workshop of 22.10.2003. The average mark was higher for o, 24.
3. **Quality of experts' presentations.** The maximum (more than 90%) of „good" evaluation was in Belgrade, 31.05.2003. – impressive 93,7% and in Podgorica – 92,9%. The minimum was less than 1/3 – both again in Novi Sad: 23.12.2004 –32,8% and 24.04.2005 – only ¼ or 25,4%, with respective 57,5% and 59,3% of evaluation enough/satisfactory, and 9,6% and 15,3% of not enough/unsatisfactory one. This last mark (15,3%) was registration in Belgrade, 22.05.2003. too. Three times „quality of experts' presentations" mark were less than respective average mark of six characteristics: minus o,55, 0,06 and 0,17 (Novi Sad, Belgrade, Novi Sad – ordinal numbers 6,12 and 13th in table 2.

There are **some temporal regularities** or at least coincidences – all these extreme values were registration in **the second part of dates** when the workshops/conferences were held (from number 6-13, table 2). Maybe to it contributes the fact that from 3th to 6th workshop there are not data concerning this characteristic (and organization and equipment and tempo, too). Only to illustrate that: the next higher average mark (for 0,18) was in Belgrade, 22.01.2003, i.e. ordinal number 3, in table 2.

3-4. Charring of the workshop is a characteristic, which is, evaluated only twice in Belgrade 22.01.2003 and 22.05.2003. On both of them the average marks were very good: 2,80 and 2,71, with 0,28 and 0,13 better mark than that were the average marks for six other characteristics in respective workshops, and with 82,0% and 72,9% of evaluation good. Moreover, this characteristic, which is somewhere between „organization and equipment" and „quality of experts' presentations", is the best evaluated one, with average mark of 2,76. Of course, only two workshops are not enough representative for this evaluation but it is an indicative datum.

4. **Organization and equipment.** This characteristic is toward the average mark (2,55) almost in the same level as the quality of experts' presentation (2,56), but with much less extreme evaluations. Certainly, some degree of uniformity or standardization of organization and equipment in all workshops/conferences is very desirable. More than 80% of evaluation good was in Belgrade (23.12.2003) 83,7% and in Podgorica 82,1% and less than 5o% in Novi Sad (23.12.2004) 31,5% and again in Novi Sad (but now 22,10.2003) 41,7%. This time the last conference in Novi Sad (25.04.2005) has even 61% of evaluation good and 39% of enough/satisfactory one.

Evidently, the lowest average mark (2,27) and evaluation good (35,75) of the **last Novi Sad conference** (ordinal number 13 in table 2, 25.04.2005) is not the result of organization and equipment (2,55 and 61%) and content (2,37 and 40,0%) already of quality of experts' presentations (2,10 and 25,4%), presented information (2,17 and 25,4%), tempo (2,17 and 35,1%) and particularly discussion (only 2,10 and 27,1%).

In opposite, in relation to the other characteristics, in Novi Sad workshop (no 8, 22.10.2003) was 19,4% 0f evaluation not enough/unsatisfactory, with the average mark 2,22 (less than the average mark of all characteristic into this workshop for 0,17).

5. **Tempo.** More than 50% of evaluation good was in five cases: Podgorica 75,0%,

Belgrade (no 9) 69,2%, Belgrade (no. 6) 60,4%, Sremska Mitrovica 57,1%, and Novi Sad (no 8) 54,3%. Less than 50% of evaluation good was into: Novi Sad (no 12) 37,4%, Novi Sad (no) 35,1%, Belgrade (no 2) 38,0%, Belgrade (no 100 39,6%, and Belgrade (no 1) 48,7%.

Novi Sad, Niš and Kragujevac are not evaluations for this characteristic.

More than 50% of evaluation enough/satisfactory was only in two workshops/conferences – Belgrade (no 2) 60,0% and Novi Sad (no 13) 54,4%.

In the second part of workshops/conferences were the highest percents of evaluation not enough/unsatisfactory – three times in Novi Sad (no) 20,0%, (no 12) 18,1%, (no 13) and 10,5% and once in Belgrade (no 10) 15,1%.

Only in two cases the average mark of the characteristic tempo was higher of the average of all other characteristics – Podgorica (no 7) 0,03 and Belgrade (no 6) 0,02.
These data show that the tempo was „overstrained" and „furious" already to all workshops/conferences.

5. **Discussion.** The lowest average mark and the least evaluation good the participants of workshop/conferences given to this characteristic. Only in Belgrade, 22.05.2003. (2,75) this mark was higher than the average mark for all characteristics (for 0,17). In al 12 other cases this mark was less than respective average. The lowest two average marks (under 2,00) were in Belgrade (no 2) 1,86 and in Novi Sad (no 8) 1,87. Something over 2,00 were in Belgrade (no 10) 2,02 and in Niš (no 4) 2,03.

More than 50% of "good" evaluation was in five cases: Belgrade (no 6) 77,1%, Novi Sad (no 3) 71,4%, Belgrade (no 9) 66,7%, Sremska Mitrovica (no 11) 60,0%, and Podgorica (no 7) 50,o%.

The list of the lowest "good" evaluation is as follow: Belgrade (no 2) 22,2%, Novi Sad (no 8) 25,8%, Kragujevac (no 5) 26,7%, Novi Sad (no 13) 27,1% and again Novi Sad (no 12) 29,4%, Belgrade (no 1) 33%, Niš (no 4) 36,3%, and Belgrade (no 10) 38,7%.

The highest evaluation enough/satisfactory was in Kragujevac 60,0% and twice in Novi Sad – (no 13) 55,9% and (no 12) 51,0%.

Even more than 30% of evaluation not enough/unsatisfactory was in these cases: Novi Sad (no 8) 38,7%, and twice in Belgrade, at the beginning of workshops – (no 2) 36,1% and (no 10 30%.

The last low evaluation not enough/unsatisfactory was in Sremska Mitrovica (no 11) 0 and in Belgrade (no 6) 2,1%. All other was between 13,6% (no 5) and 19,6% (no 12).

What was missing and suggestions

We don't dispose of datum on empty evaluation sheets in the boxes what was missing and suggestions. Nevertheless, on the indirect way, according to the number of remarks and suggestions, we can tell that at least 61,3% of sheets doesn't contain them. This percent is somewhat higher than the percent of participants (57,1) which given the evaluation good to the public project workshops/conferences. Perhaps the participants were in a hurry at the end of workshops/conferences but it is evidently that we have to get used a necessity and a usefulness of evaluation and giving concrete remarks, suggestions and proposals.

In response to the question „What was missing?" or giving suggestions certain participants said: „Nothing"; „Not any"; „All was OK"; „The events are interesting and deserve attendance"; „What I have seen as by now is at a satisfactory level"; „Particularly useful Workshop" (no 6); „I am fully satisfied with presentations and discussions. Organization was at a high level. Thank you"; „What was presented is a pioneering task – it was time to make things tidy and impose the obligation for environment protection. Discussion was different and that is the reason that they are making wholeness"; „The project is open, tolerant and educative one'; „First time we do have the draft law and draft regulations prepared in parallel"; „Continue this way!"; „Continue with work which will for sure have results".

Giving general comments, related to the realization of the phase I of the project, at Belgrade workshop (no 6, 22.05.2003.), one participant wrote: „Notwithstanding the number of important remarks on the solutions contained in the draft Regulations, I consider the procedure and this kind of public participation as a right one in our country. That is for highest degree of evaluation and good final results may be expected. It is for sure that the team working on this during the Phase I had to work hardly. Easier is to us, the public, to take part at the workshops and give remarks. But we are here with that aim. In any case, I am fully supporting further work of this tem. We need this as the desert needs the water. Without this we cannot enter the world and the world cannot come to us…".

But there were opposite opinions that put in question whole job. Here are two such opinions, from Novi Sad workshop (no 12, 23.12.2004.), which, perhaps, illustrated the critical spirit of the latest two workshops/conferences (no 12-13) in this city. A sheet with evaluation „not satisfactory" comprising all the criteria (characteristics) contains the following text:" Totally wrong approach! We are trying to „get closer" to EU by „sorting" the legal provisions… We do not miss legal provisions, but enforcement of them. With that fact, we hardly could have search a way towards EU… All in all – administration again or better to say; in continuation. Right job for administration!". Another one wrote:" The presentations comprised only reading of the laws. The laws are being enacted, but in many cases their enforcements is not possible. For example, business dos not respect laws; there are no investments. Municipalities do not have regulated very basic issues connected to the problems at the agenda (for example – depositing of hazardous waste, processing of industrial waste)" The third remark: „To much empty words in bad English" (Belgrade, no 10, 31.05.2004).

Here are the review of remarks, suggestions and proposals classified, if possible, according to the main evaluated workshop criteria or characteristics. Many comments content several related characteristics and we also discuss them, pointing out their interdependence.

The least comments were dedicated to the presented information and content of workshops/conferences. It is understandably because they were two the best evaluated characteristics. There were some suggestions concerning not to presented information and contents but to **information about the project and missing contents.**

„Information on the Project is a high level" (Belgrade, no 2, 2201.2003). But – „There not in information when the Law on the System of Environment Protection will be enacted" and „most of the information about air are missing". „Co-operation of participants – attending the Workshop with the project group is important, because it is possible to collect all the information needed to the Project through by the "shortest way". The participant is the Project „collaborate" in collecting of data". In additional notes there are data about present media, some companies that proposed further communication wit the project. There was the request of list of participations and experts (with contact addresses, telephone and e-mail) because of communication and to inform a bigger number of companies about project activities. One proposal from Kragujevac: „It should be formed a joint team of journalists from different parts of the

country, which would follow the Project implementation *in continuo,* i.e. which would in time inform the public through the public media on all relevant aspects of the Project implementation, and which would connected with the Project Office and provide it with feedback from the field". There were pleadings for more information for general public (web site, TV, newspapers). For example, regular informing of general public of the biggest polluters; even before the enactment of new legislation".

On the **presented content** there was not a lot of remarks. „Content of great importance" (Sremska Mitrovica); One participant graded the content for water as excellent and for air as very good (Belgrade, no 9); „Content is oversized" Novi Sad, no 13); „pointing out the content of expert' presentations" (Belgrade, no 1) and „The content of the EIA should be clearly defined" (two participants, Belgrade, no 1). On the content what was missing there was a lot of remarks, suggestions and proposals, but about that we will say something later.

At least 28 out of 527 participants, who handed over evaluation sheets (5,3%) gave comments about the **tempo.** It was „too fast", even „very fast, so it is impossible to write down". There was missing "one more day" and "it was possible to divide the Conference in two separate parts. That would be the way for avoidance of overloud with information" (Belgrade, no 10). „Total lasting of the Workshop was all right, but the time schedule for discussion should be enhanced at the account of presentations". There was not "a control of time". „The Program time of schedule was not respected". To four participants was missing a coffee break ("for renewal of attention" and "also as possibility to make contacts") and to another one "longer pause for lunch". Even for 11 participants there was not enough time for discussion. It was necessarily to have "enough time for all presenters or limited time for their presentations". A suggestion was:" Stick to the time planned for presentations". Evidently, for some participants "time" or "tempo" was the problem because of "many information for a short time" and "to many presentations in a short time, and it was not time enough for discussion".

There were about 90 comments on a **quality of experts' presentations** what was almost each sixth or about 17% out of 527 handed over evaluation sheets. Some of them were positive - "Acceptable"; "There is need for more this kind of presentations". Three participants graded the quality of experts' presentations as „excellent". Another ones were negative – „Experts are experts in their branches, but there are poor presenters". All other comments were concer-

ning to some characteristics of presentations, as followed. Even 13 remarks were on the **length of presentations**: „long presentations'; „all presentations was to long"; „shorter presentations"; „presentations should be shorter'; „better timing for experts"; „limiting the time for presentations"; „more condensed and shorter presentations"; „certain presentations were slow, prolonged…"

As a **speed and dynamics**, there were opposite evaluations:" slower presentations"; „more dynamics in the way of presentations" (3 times); „presentations should be fast exposed to make certain positive dynamics"; "high speed of presentation caused impossibility to follow experts"; "to many presentations in a short time"; „to fast presentations (dynamics) reduced on expositions of the chapters of the laws"; „certain presentations were monotonous, reduced on formless reading of prepared presentations and as such they did not occupy attentions of participants – such presentations make the impression that there is not enough personal motivations of presenters, what was not good".

Here are some another remarks on the **way of presentations**: „there was to much of repeating " (3 times), and „to much of texts and reading, having in view that all was given in the binders"; „punting out the content of experts' presentations"; „the most important issues should be pointed out and presented in a picturesque way"; „all presentations have to much of text. They should be more clearly and with less amount of text (only key notions, if possible). Presenter should say other. In other case the participants are not able to follow presentation with due attention"; „the presentations did not suggested discussion"; „not to leave everything (for discussion), but certain questions clarify during presentation".

A certain number of participants estimated there were **not enough accordance and coordination** between some elements of presentations or presenters: „Experts do not have to read material. If the material is given to the participants and if it is good enough, they should only make their short review"; "Presentation of experts (power point) or slides should be integral part of the experts' contribution, due to the fact that they differed from the papers in binders"; Less reading, more explanations"; „Shorter presentations, with more table and graphs"; „The tables with certain presentation could be more easy for review"; „Some presentations were not in accordance with the presented material where are the EU Directives (without any comment)"; „To coordinate the preparation and presentation of different experts"; „Non-accordance of experts in the interpretation of legal provisions and their not enough knowledge of the whole of presented laws".

Nevertheless, the main remark not only to lecturers and their presentations but also *in general* was concerning to the **adjustment to the audience, implementation, concretization, practical examples, direct answers.** Such comments were about 40 or almost a half of total ones concerning to the quality of experts' presentations. „The lecturers should be brought closer to he audience" and „efficient enough in giving answers", with more „practical examples", „implementation", concretization", „concrete answers to clear questions", „direct answer on the concrete question", „examples for each law", „personal" and "domestic experiences".

„It is important to note that experts agreed and allow the organizers to give chance for evaluation of their presentations to the participants" – wrote in the note the team leader about Belgrade workshop, no 2, 22.03. 2003. At this workshop **the evaluations of individual experts' presentations** was as followed: non-satisfactory 2,4%, good 60,9% and excellent 36,7%. The average mark was 2,34, the span of marks between 2,17 and 2,58. The worst marks were given to the experts with „lack of visual presentation" (2,17; 2,19; 2,21). Not more better were they with „to long and dull" one (2,26 and 2,39) and the experts presented the paper of missing expert (2,21 and 2,27). "Concise", „clear" and „useful" presentations were evaluate by 2,58; 2,50; 2,42. Foreign presentations (2,40) were something better evaluated than domestic ones (2,31).

The second evaluation of individual presentations was in Novi Sad, no 8, 22.10.2003. In this case, the evaluation was academic, from 5 to 10. The average mark was very good – 8,15, i.e. 8,50, if we exclude the mark 5 (twice) given to two absent political functionaries (one of republic, another of provincial level). Once was noted the average mark 10. Unfortunately, these evaluations not to be useful and of value without descriptions of their characteristics. In all cases, this kind of evaluation may bee an additional motivation for expert.

To the **discussion** were dedicated about 35 comments or 6,6% of handed over evaluation sheets (each 15th). Evaluation was between „not satisfactory" and „very qualitative". There was a remark „not enough' and a suggestion „more discussion". It was not time enough for discussion (9 comments), „for in-depth explanations of more important parts of experts' contributions". It was „demotivated", should be „better structured", with „lack of questions and comments of the participants", compactness of the group declined during discussion („it is rude"). Some discussions were „huge and no adequately concrete", they „should provide more concrete data". There were suggestions for shorter discussions, limiting the time to 5 or even 3 minutes. „It is good to pre-

vent endless discussions that lead nowhere – it should be stricter", for preventing „pensioners and non-professionals from discussion (often they give the lectures) on the subjects having no connection with the agenda". „Discussion should be initiated by moderator". „Informing of participants… would improve discussion". „The proposal is that participants should put their questions in written form after the longest coffee break. In that way the experts would be able to prepare the answers. The participants would more time for preparation of better questions. Organizers should make the review of the questions in order to avoid duplication of questions". „Discussion about practice, implemented technological solutions that would be in compliance with directives and standards, from other countries or ours (if they exist)" was missing. „If there is no discussion enough, the chairperson should facilitate the discussion in order to provide different opinions". From this reason, it has to be „more dialogue".

Even about 100 remarks or 19% of handed over evaluation sheets (almost each 5th) concerned to **organization and equipment.** The most of them –about 35 was related to workshop **material:** not enough or lack of material (8 comments), no distributed in time or in advance (10), no prepared for easy presentation, not completed, lack of material translated into Serbian (7), presentations should be on CD, power point, web site, e-mail, including addresses, etc. The interpreters should know a little better the terminology (5 comments). There were remarks on „human conditions of works" (fresh air or air conditioner, mineral water, coffee, shape of the room, wardrobe, sound, audio facilities, logistics). Invitations should delivered in time, low level of participants in comparison with invitations, certain invited speakers was not participating (in one case more than 50%). Especially it was mentioned lack of representatives of business sector and some companies, Ministry for National Resources and environmental Protection (15 comments) and other Ministries (for urbanism and planning, building, capital investments, tourism = 9). One participant proposed „more unique methodology of work" and another one wrote that „charring person does not have to answer all questions and should try to respect other speakers".

In addition, several participants gave some **suggestions and proposals about organization:** to hold more often workshops, to include more experts, professionals or collaborators from local level and companies, institutes of health and standardization, mayors, producers, polluters, to get plastic ID, for improving communication between participants, „to take into account the opinion of the public" and „all constructive remarks should be built into the draft texts".

Some **other issues and topics** were proposed too: to organize a workshop about EIA, to public all secondary legislation, to give review of the environmental conditions in Serbia, to implement inter-sector, multidisciplinary and human ecological approach, to define which persons could be experts for EIA, to include economy and education aspects and topics about soil, water, air, hazardous waste, the waste processing and reuse, galvanization and thermo processing, energy of Sun, monitoring, inspections. „It should be considered that this kind of public workshops last 2-3 days".

In conclusion, we can say that a lot of these proposals and suggestions have been realized during the next worksshops/conferences.We are absolutely agreed with the proposal of one participant: „Evaluation sheet should be offered at the all public events like this".