ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
FACULTÉ DE DROIT DE NOVI SAD
(YOUGOSLAVIE)

ЗБОРНИК РАДОВА
RECUEIL DES TRAVAUX

XXXVIII, 2, (2004)
Том II

УДК 3

НОВИ САД, 2004.

UDK 3 YU ISSN 0550–2179

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
FACULTÉ DE DROIT DE NOVI SAD
(SERBIE ET MONTE NEGRO)

ЗБОРНИК РАДОВА
RECUEIL DES TRAVAUX

XXXVIII, 2 (2004)
Том II

НОВИ САД, 2004.
Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2, Том II (2004)

ЗПФНС, Година XXXVIII, бр. **2, Том II (2004)**

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ

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

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

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Ранко Кеча

Главни и одговорни уредник
Проф. др Родољуб Етински

Чланови Уредништва:
Проф. др Момчило Вукићевић, проф. др Јожеф Салма, проф. др Зоран Арсић,
проф. др Предраг Јовановић, проф. др Љубомирка Кркљуш, проф. др Милош Бошковић,
проф. др Иштван Фејеш, доц. др Зоран Лончар, доц. др Сања Ђајић.

Секретар Уредништва
Доц. др Зоран Лончар

Припрема за штампу и графички дизајн
Анка Срећковић, дипл. инж.

Штампа: „Кримел” Будисава
Тираж: 300 примерака

Садржај

Др Маријана Пајванчић, редовни професор
Заштита људских права у пројектима устава Србије 7

Др Павле Јовановић, редовни професор
Демократија, политичке партије и политички систем – у посткомунистичкој транзицији 27

Др Гордана Вукадиновић, редовни професор
Континуитет и дисконтинуитет у праву у доба друштвених промена 53

Др Драган Милков, редовни професор
Модерна државна управа у Србији 73

Бошко Трипковић, асистент-приправник
Политичка права и слободе – међународни стандарди и њихова имплементација у домаћем праву 95

Др Агнеш Картаг-Одри, ванредни професор
Родна равноправност – правни и институционални оквири 121

Марко Божић, асистент-приправник
Савремена неотомистичка гледишта о појму права Томе Аквинског 141

Др Даница Попов, редовни професор
Државина права у правном систему Србије 163

Др Марија Салма, доцент
Учешће трећих лица у парници 183

Мр Сања Радовановић, асистент-приправник
Ауторско право након смрти аутора 201

Владимир Марјански, асистент-приправник
Неке правне последице отварања стечајног поступка 225

Др Иштван Фејеш, ванредни професор
Место и улога криминалистике у систему кривичних наука и перспективе њеног развоја 249

Др Љубомир Стајић, редовни професор
Значај полицијског школства у изградњи модерне српске државе 267

Мр Бранислав Ристивојевић, асистент
Умишљајна и нехатна одговорност за радње подређеног (командна одговорност) с посебним освртом на решења унутрашњих правних система 291

Др Предраг Јовановић, редовни професор
Нове тенденције у нашем радном праву 329

Др Сенад Јашаревић, доцент
Радноправни и социјалноправни оквири Србије као правне државе 347

Др Зоран Арсић, редовни професор
Уговори о вршењу права гласа 369

Др Душанка Ђурђев, редовни професор
Концесије 389

Др Драго Дивљак, доцент
Савремени проблеми домаћег права спољне трговине 411

Др Родољуб Етински, редовни професор
Право на делотворан правни лек у светлу праксе Европског суда за људска права 429

Др Сања Ђајић, доцент
Право на живот – питања и одговори међународног права 461

Др Бернадет Бордаш, ванредни професор
Нове појаве и изазови у међународном приватном праву – сукоб закона у погледу сурогат материнства 485

Др Маја Станивуковић, ванредни професор
Заштита потрошача у грађанском и међународном приватном праву 509

Бојан Тубић, асистент-приправник
Људска права – слобода изражавања
(пракса Европског суда за људска права у Стразбуру) 531

Петар Ђундић, асистент-приправник
Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о
грађанскоправним аспектима отмице деце од 25. октобра 1980. године 551

Др Ђорђе Попов, редовни професор
Србија у међународним економским односима 571

Др Фуада Станковић, редовни професор
Пословна етика у земљама у транзицији 595

Др Момчило Вукићевић, редовни професор
Привредно „окружење" и развојна економска политика модерне српске државе 611

Сандра Фишер, асистент-приправник
Библиографија за друштва са ограниченом одговорношћу 629

Table of contents

Marijana Pajvančić, Ph. D., Full Professor
Protection of human rights in draft Constitution of Serbia 7

Pavle Jovanović, Ph. D., Full Professor
Democracy, political parties and political system in the post-communist transition 27

Gordana Vukadinović, Ph. D., Full Professor
Continuity and discontinuity of law in times of social changes 53

Dragan Milkov, Ph. D., Full Professor
Modern government in Serbia 73

Boško Tripković, Teaching Assistant
Political rights and freedoms – international standards and their implementation i nto our national law 95

Agneš Kartag-Odri, Ph.D., Professor
Gender equality – legal and institutional framework 121

Marko Božić, Teaching assistant
Contemporary neo-Thomasian views on the notion of law by Thomas Aquinas 141

Danica Popov, Ph. D., Full Professor
Posession of rights in Serbian legal system 163

Marija Salma, Ph.D., Docent
Participation of third persons in litigation 183

Sanja Radovanović, LL.M., Teaching Assistant
Copyrights upon the author's death 201

Vladimir Marjanski, Teaching Assistant
Certain legal consequences of initiation of the bankruptcy proceedings 225

Ištvan Feješ, Ph.D., Associate professor
Place and role of Criminology within the system of criminal sciences and its development perspectives 249

Ljubomir Stajić, Ph.D., Full professor
Significance of police education for the building of the modern Serbian state 267

Branislav Ristivojević, LL.M., Assistant Professor
Responsibility for premeditation and negligence related to acts of subordinated individuals (command responsibility), with a special review of solutions under national legal systems 291

Predrag Jovanović, Ph.D, Full professor
New tendencies in our labor legislation 329

Senad Jašarević, Ph. D., Docent
Labor and social law framework of Serbian as a state of law 347

Zoran Arsić, Ph. D., Full professor
Contracts on exercising of voting rights 369

Dušanka Đurev, Ph. D., Full professor
Concessions 389

Drago Divljak, Ph.D., Docent
Contemporary problems of the national foreign trade law 411

Rodoljub Etinski, Ph.D., Full professor
The Right to an Effective Remedy in Light of the Practice of the European Court of Humans Rights 429

Sanja Đajić, Ph.D., Docent
Right to life: questions and answers of the International law 461

Bernadet Bordaš, Ph. D., Associate professor
New issues and challenges in Private International Law – conflict of laws with respect to surrogate motherhood 485

Maja Stanivuković, Associate professor
Consumer protection in Civil law and Private International Law of the European Community 509

Bojan Tubić, Teaching Assistant
Human rights – freedom of expression (case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg) 531

Petar Đundić, Teaching Assistant
Habitual residence of a child according to the practice in application of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of October 25, 1980 551

Đorđe Popov, Ph.D., Full professor
Serbia in international economic relations 571

Fuada Stanković, Ph.D., Full professor
Business ethics in the transition countries 595

Momčilo Vukićević, Ph.D., Full professor
Commercial surrounding and economic policy of the modern Serbian state 611

Sandra Fišer, Teaching Assistant
Bibliography for limited liability companies 629

УДК 342.7 : 342.4 (497.11)(091)
342.4 : 342.4 (497.11)(091)
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 7-25

Др Маријана Пајванчић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА У ПРОЈЕКТИМА УСТАВА СРБИЈЕ

Сажетак: *У раду се, применом компаративног метода, анализира уставни концепт заштите људских права у предлозима за нови Устав Србије.*

Основни приступ људским правима ослоњен је на схватање устава као основног гаранта људских права. То се потврђује не само на начелном нивоу као и посебним уставних правила. Каталог људских права који, у највећој мери следи међународне стандарде људских права, допуњавају инструменти заштите људских права. Ограничења и одступања су рестриктивна и допуштена под условима и у границама које утврђује устав. Апсолутно заштићена права су изузета из режима одступања у ванредним приликама. Сви акти који уређују одступања подлежу контроли од стране Народне скупштине.

Предвиђена је нова институција за заштиту људских права. То је заштитник права грађана (омбудсман) који употпуњује судску заштиту људских права. Систем заштите људских права проширен је и на непосредну заштиту пред уставним судом. Начело непосредне примене уставом гарантованих људских права допуњује начело њихове непосредне заштите пред уставним судом. Непосредну уставноправну заштиту људских права омогућује институт уставне жалбе као нови инструмент заштите. Заштита људских права укључује међународноправну заштиту пред међународним телима у чијој је надлежности одлучивање о заштити људских права (судска заштита), као и право на међународни надзор над остваривањем људских права.

Кључне речи: *устав, људска права, заштита, предлози за нови устав Србије, омбудсман, уставна жалба, међународна заштита.*

У уставној дебати која је вођена у стручној јавности током 2003 године у оквиру припреме новог Устава Србије, пажња је била усмерена на неколико уставних пројеката, припремљених у периоду од 2001 до 2003 године. Од укупно пет уставних пројеката два су припремљена у политичким странкама[1], два су резултат рада експертских група окупљених око невладиних организација[2], један је ауторски рад професора уставног права[3]. Општи увид у пројекте упућивао је на закључак да међу ауторима пројеката не постоје суштинске разлике у односу на статус и гаранције људских права и њихову уставну заштиту. Пажљивији увид, међутим, показује да извесне разлике у приступу овој материји устава ипак постоје. У нашем раду желимо да проверимо да ли међу ауторима уставних пројеката постоји консензус у приступу материји људских права, њиховом месту у уставу и уставном уређивању система заштите људских права и нарочито да ли је консензус видљив и у односу на нове институте заштите људских права који у овом тренутку не постоје у уставном систему Србије?

Приметно је настојање аутора пројеката да установе посебне уставне гаранције поштовања људских права зајемчених уставом. Ово настојање видљиво је у генералном приступу који, на нивоу начела, дефинише општи уставни оквир заштите људских права и ближе одређује статус људских права, посебно основних права, у уставном систему. Теоријски став о уставу као гаранту и заштитнику људске слободе потврђује се установљавањем низа посебних правила која операционализују овај начелни приступ.

Основне одредбе устава и заштита људских права

Одредбе о људским правима систематизоване су у посебним поглављима устава која следе иза уводног дела устава (основне одредбе). Значај људских права у контексту уставне државе руководи ауторе пројеката да најважније принципе на којима почива уставни концепт људских права утврде у основним одредбама устава. Ове одредбе на начелном нивоу дефинишу уставни концепт људских права и исказују став аутора према уставу као гарану и заштитнику људских права.

Гарантовање и заштита људских права везују се уз принцип владавине права као његово суштинско својство. Владавина права је „врховна вредност Устава" која се, између осталог, потврђује и остварује „уставним јемствима људских и мањинских права"[4]. Уставним гаранцијама људских права неки аутори придодају и уставно гарантовање заштите људских права, без којих владавина права као принцип на коме се темељи уставна држава, остаје непотпун[5]. Људска пра-

[1] *Нацрт Устава Републике Србије* (Демократска странка Србије), 2003 и *Нацрт Устава Србије* (Демократска странка), 2003.

[2] *Предлог за нови Устав Србије*, Београдски центар за људска права, Београд, 2001; *Пројект Устава Републике Србије, Forum iuris*, Нови Сад 2001.

[3] Др П. Николић: *Устав Краљевине Србије – нацрт*, Издање аутора, Београд, 2001

[4] Пројект ДСС члан 3.

[5] Пројект, Београдског центра за људска права, стр. 22, теза Демократија и владавина права, став 6.

ва наводе се међу начелима на којима почива „демократска, правна и социјална држава" и утврђује обавеза државе да поштује људска права[6].

У основним одредбама устава посебно се установљавају општи оквири гарантовања права националних мањина, због значаја који оваква гаранција има у мултиетничком друштву. Права националних мањина[7] гарантована међународним правом призната су и у унутрашњем праву[8]. Мере афирмативне акције, у контексту гарантовања права националних мањина, наводе се у основним уставним одредбама само у два пројекта[9]. Ове мере се, сагласно стандардима међународних конвенција, предузимају у циљу „подстицања равноправности националних мањина"[10], односно „превазилажењу фактичких разлика у условима за остваривање универзалних људских права"[11] и не сматрају се дискриминаторним.

Принцип непосредне примене устава

Принцип непосредне примене устава у материји људских права опште је прихваћен од стране аутора пројеката. Овај принцип експлицитно је утврђен у уставу[12]. Разлике које бележимо односе се на извесне допуне начелног става о непосредној примени устава садржане у некима од пројеката. То се посебно односи на непосредну обавезу свих државних органа да поштују уставна јемства људских права и устав „као највиши и непосредно примењиви закон земље"[13]; међународне стандарде људских права и њихово уставно гарантовање и непосредну примену[14]; непосредну уставносудску заштиту људских права, посебно основних права[15].

[6] Пројект др П. Николића члан 2 став 2 и члан 5; пројект ДС у основним одредбама утврђује само општу обавезу државе да поштује, штити и унапређује људска и мањинска права. (члан 4), док експлицитнеих одредби о мањинским правима нема.

[7] Приметна је разлика у терминологији: „националне и етничке мањине" (П. Николић); „националне мањине" и „мањинске националне заједнице" (*Forum iuris*); „националне мањине", „људска и мањинска права" (ДСС).

[8] Пројект др П. Николића члан 6; Пројект ДСС члан 14; пројект *Forum iurisa*, стр. 19 теза 6.

[9] Пројект ДСС члан 14 став 2 и пројект *Forum iurisa*, Теза 6 став 2 стр. 21.

[10] Пројект ДСС члан 14 став 1.

[11] Пројект *Forum iurisa*, теза 6 стр. 21.

[12] Пројект др П. Николића члан 22; пројект ДСС, члан 17; пројект *Forum iurisa*, стр. 27 теза 4 став 1; пројект, Београдског центра за људска права теза Непосредна примењивост, став 1 стр. 24; пројект ДС члан 21.

[13] Пројект, Београдског центра за људска права, стр. 24 теза Непосредна примењивост и обавезност, став 2.

[14] Пројект ДСС, члан 17 став 2; пројект ДС, члан 21.

[15] Пројект *Forum iurisa* теза 4 став 2 стр. 27.

Рестриктивне надлежности законодавца у материји људских права

Видљиво је настојање да се сузи простор деконституционализацији људских права путем закона нарочито у случају ограничења или одступања од уставом гарантованих људских права. Људска права гарантују се уставом и примењују непосредно на основу устава. Надлежност законодавца у овом домену је ограничена и допуштена је само на основу устава и у границама утврђеним уставом. Аутори пројеката полазе од оваквог приступа уставном статусу људских права. Он се, између осталог, манифестује у постављању услова, граница и оквира законодавне надлежности у материји људских права.

Међу ауторима постоје извесне разлике, које се односе на услове под којима је могуће успоставити надлежност законодавца у материји људских права. С обзиром на ове разлике могуће је уочити три приступа.

Један, код аутора који наводе алернативно два услова за успостављање надлежности законодавца да ближе уређује људска права гарантована уставом. Први, да постоји изричито овлашћење у Уставу да се законом уреди ова материја, и други да је законско уређивање „појединих људских права неопходно за остваривање права"[16]. Формулација одредбе упућивала би на закључак да су овлашћења законодавца ограничена. Он може уредити само поједина права позивом на одредбу да је то неопходно за њихово остваривање.

Други, код аутора који наводе само један услов – изричито уставно овлашћење да се законом уреди материја људских права, уз постављање ограничења за законодавца који људска права може уредити само „у границама које одређује устав"[17], као и да се основна права уређују уставним законом за чије је доношење прописана строжија процедура [18]. Аутори који прихватају ово решење праве одређену разлику између основних и законских права у погледу њиховог уставног статуса, што има утицаја и на надлежности законодавца у домену основних односно законских права. Када су у питању ова друга, сагласно њиховој природи, „закон може уредити обавезе државе" у домену социјално економских права „на основу овлашћења и у обиму који одређује Устав"[19].

Трећи, који услове за законодавну делатност у материји људских права прописује само у случају када законодавац уређује ограничења љуских права. Ограничења се могу уредити законом „само на основу уставом прописаних ограничења"[20], или су законска ограничења људских права допуштена само уколико то „допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, и у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву" као и да „ограничење не сме задирати у суштину права"[21].

[16] Пројект др П. Николића, члан 22 став 2; пројект, Београдског центра за људска права теза Непосредна примењљивост и обавезност, став 2 стр. 24.

[17] Пројект *Forum iurisa* теза 3 став 1 стр. 27.

[18] Ibidem, теза 3 став 3 стр. 27.

[19] Ibidem, теза 3 став 5 стр. 27.

[20] Пројект ДС члан 19 став 1.

[21] Пројект ДСС члан 17 став 1.

Већина аутора је сагласна у томе да су овлашћења законодавца у домену људских права ограничена на уређивање начина остваривања уставом гарантованих права. То се и експлицитно наводи у уставу[22].

Законодавац није овлашћен да уређује садржину права, јер је она гарантована уставом. Овај став, у некима од пројеката, експлицитно је утврђен у уставу, али га аутори везују за статус свих основних права[23] или само за случај када законодавац, на основу изричитог уставног овлашћења, прописује ограничења људских права[24].

Ограничење људских права

Посебно осетљиво питање уставног статуса и заштите људских права су случајеви у којима је допуштено ограничење уставом гарантованих људских права. У свим пројектима устава, који су били предмет анализе, овом питању поклоњена је дужна пажња. Одговоран и озбиљан приступ овом важном питању које уједно показује и приступ аутора уставном статусу људских права исказује се нарочито у неколико основних полазних начела, која су у пројектима ближе уређена.

Ограничења људских права допуштена су само у случају када је то прописано у самом уставу. Начелни приступ да се људска права гарантују уставом, као и да се уставне одредбе о људским правима примењују непосредно, добија на овај начин и посебну потврду у околностима у којима се ограничава право гарантовано уставом. Анализа уставних пројеката показује да се на уређивање ограничења примењују две основне групе правила. Прва група односи се на уређивање општих оквира, услова и граница у којима је ограничење допуштено. Видљиво је да аутори своју пажњу посебно концентришу на ову групу правила, која недостају у важећем Уставу Републике Србије, следећи у томе међународне стандарде људских права као и Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама[25]. Друга група правила се односи на ограничења конкретних права када се ограничење уређује у самом уставу.

Начелни приступ који ближе дефинише оквире, услове и границе у којима је допуштено ограничење људских права, ближе одређују следећа уставна правила:

[22] Пројект др П. Николића члан 22 став 2; пројект Београдског центра за људска права теза Непосредна применљивост и обавезност, став 2 стр. 26; пројект *Forum iurisa*, стр. 27 теза 3 ставови 2 и 3 стр. 27.

[23] Пројект *Forum iurisa* теза 3 став 4 стр. 27.

[24] Пројект ДСС, члан 17 став 1 ин фине; пројект Београдског центра за људска права теза Ограничења људских права, став 5 стр. 26.

[25] Члан 5 *Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама.*

– Људска права се могу ограничити само „ако то устав допушта”[26], само „на основу уставом прописаних ограничења”[27], само „уз позив на уставну одредбу која допушта ограничење”[28], забрану прописивања генералних ограничења[29] или суспендовања људских права[30], „само на основу Уставом прописаних ограничења законом који има општу примену и који садржи позив на уставну одредбу којом се ограничење дозвољава”[31], односно само „у случајевима утврђеним самим Уставом”[32]

– При ограничавању људских права оквир и границе овлашћења одређује сврха због које „устав *допушта* (подвукла М. Пајванчић) ограничење”[33], односно „сврха због које је ограничење *уведено* (подвукла М. Пајванчић)”[34]. Упоређивање ова два приступа пример је како се при изради прописа брижљво треба односити према терминима који се користе, јер они битно могу изменити смисао и садржај норме. Прво од наведених правила одређује границе овлашћења приликом одлучивања о ограничењу људских права везујући их за устав. Сврху ограничења и допустивост ограничења прописује устав, што је у складу са међународним стандардима људских права. У другом случају сврха ограничења људских права везује се уз критеријуме који дефинише пракса због које се уводе ограничења људских права што није у складу са међународним стандардима. Ближе одредбе о овом питању не садржи само један од пројеката[35].

– Начелан став о рестриктивном приступу могућим и допустивим ограничењима људских права гарантованих уставом, као и доследно поштовање принципа да се само уставом могу утврдити ограничења људских права, потврђује се и у уставном правилу да се „ограничења не могу уводити у друге сврхе осим оних због којих су уставом прописана”[36].

– Обим у коме устав допушта ограничавање људских права представља, такође, један од критеријума за поступање приликом одлучивања о ограничавању људских права. Људска права могу се ограничити „у мери која је не-

[26] Пројект ДСС члан 18 став 1.

[27] Пројект ДС члан 19 став 1. Формулација ове одредбе („на основу уставом прописаних ограничења”, члан 19 став 1 ин фине), доведена у везу са целином члана који уређује ограничење људских права није прецизна и може бити повод различитим интерпретацијама. Нејасно је да ли се ограничења људских права уређују уставом или устав мора уредити само правни основ за овлашћење законодавца („законом се могу ограничити”, члан 19 став 1).

[28] Пројект *Forum iurisa* теза 1 став 7 стр. 26.

[29] Ibidem, теза 1 став 3 стр. 26.

[30] Ibidem, теза 1 став 4 стр. 26.

[31] Пројект Београдског центра за људска права теза Ограничења људских права, став 1 стр. 26.

[32] Пројект др П. Николића члан 22 став 2.

[33] Пројект ДСС члан 18 став 1; пројект *Forum iurisa* теза 1 став 7 стр. 26; пројект Београдског центра за људска права теза Ограничење људских права став 1 стр. 26.

[34] Пројект ДС члан 19 став 1.

[35] Пројект др П. Николића.

[36] Пројект Београдског центра за људска права теза Ограничења људских права, став 3 стр. 26; пројект ДСС члан 18 став 1; пројект *Forum iurisa* теза 1 став 8 стр. 26; пројект ДС члан 19 став 3.

опходна да би се у отвореном и слободном демократском друштву"[37] задовољила сврха због које устав допушта ограничење. У једноме од уставних пројеката критеријум који одређује меру у којој је допустиво ограничење људских права не везује за уставом прописану допустивост ограничења, већ за постизање сврхе због које је „ограничење уведено", што релативизује уставну заштиту људских права, и није сагласно принципима непосредне примене устава у материји људских права и уставне заштите људских права[38].

– У свим анализираним пројектима устава експлицитно је утврђено да ограничење људских права „не сме задирати у суштину права"[39]. Овом уставном нормом се поставља општи оквир за законодавну делатност у области људских права, ограничава се законодавац и прецизира, већ наведено уставно правило да се законом може уредити само начин остваривања, али не и материјална садржина права. Аутори пројеката доследно прате свој основни приступ људским правима и њиховом статусу у уставном систему. Уставни статус људских права и принцип да се људска права уређују уставом потврђује се посебно и уставном одредбом према којој законодавац није овлашћен да, уређујући ограничења људских права задире у саму суштину права. У том погледу приступ аутора се разликује од оног који налазимо у Уставу Републике Србије, који допушта могућност да се законом уреди не само начин већ и услови под којима се законом могу уредити људска права уз услов да је то предвиђено Уставом[40].

– Напослетку, само један од пројеката садржи још један сет уставних правила којима се штити уставни статус људских права, посебно основних људских права. У основним одредбама устава, одређен је начелни став о односу устава и људских права, у оквиру којег и општи оквир ограничења људских права. Ограничење људских права допуштено је „само у складу са општеприхваћеним принципима међународног права, по процедури прописаној Уставом, и на начин који не доводи у питање људску слободу и функционисање уставне демократске заједнице"[41]. Према ауторима овог пројекта свако ограничење људских права је „изузетак и рестриктивно се уређује уставом"[42], није допуштено „прописивање генералних ограничења људских права"[43], као ни „суспензија људских права"[44].

---

[37] Пројект Београдског центра за људска права теза Ограничења људских права, став 1 стр. 26; пројект ДСС члан 18 став 1; пројект *Forum iurisa* теза 1 став 7 стр. 26.

[38] Пројект ДС члан 19 став 2 ин фине.

[39] Пројект Београдског центра за људска права теза Ограничења људских права, став 5 стр. 26; пројект ДСС члан 18 став 1; пројект *Forum iurisa* теза 1 став 5 стр. 26; пројект ДС члан 19 став 4.

Пројект Београдског центра за људска права теза Ограничења људских права, став 1 стр. 26; пројект ДСС члан 18 став 1; пројект *Forum iurisa* теза 1 став 7 стр. 26.

[40] Члан 12 став 1 Устава Републике Србије. О критици ових уставних правила шире код др М. Пајванчић: *Уставни оквири и границе остваривања људских права,* Архив за правне и друштвене науке, бр. 2 – 3/ 1991 стр. 230 – 237.

[41] Пројект *Forum iurisa* теза 5 став 3 стр. 21.

[42] Ibidem стр. 26 теза 1 став 6.

[43] Ibidem стр. 26 теза 1 став 3.

[44] Ibidem стр. 26 теза 1 став 4.

Поред начелних одредаба које принципијелно ситуирају ограничење људских права у уставни контекст, други модалитет уставног ограничења људских права јесу ограничења која устав прописује *уз одређена права.* Овај вид ограничења представља изузетак од општег уставног правила[45] уз који се прецизирају услови под којима је могуће и допуштено ограничење појединог права, разлози који допуштају ограничење као и основна правила поступања приликом одлучивања о ограничењу. Уз то у уставу се наводи и орган власти у чијој је надлежности одлучивање о ограничењу права.

Одступање од људских права

Могућност одступања од уставом гарантованих људских права у време ванредног стања[46] предвиђена је у свим пројектима устава. Ближе одредбе о околностима под којима је допуштено одступање, органима у чијој је надлежности одлучивање о одступању од уставом гарантованих људских права као и правима која су изузета од режима одступања (апсолутно заштићена права) садрже сви осим једног пројекта[47]. Одредбе које се односе на ова питања систематизоваме су у поглављима устава која се односе на људска права[48] или у поглављу о организацији власти у делу који уређује надлежности органа власти који одлучују о одступању од људских права[49]

Околности у којима су допуштена одступања од уставом гарантованих људских права аутори пројеката везују уз ванредно стање. Ванредно стање се, сагласно међународним стандардима[50] у овој области, ближе дефинише као стање „које угрожава опстанак заједнице"[51]. Пажљивија анализа показује да се, у неким пројектима, ближе одређују облици ванредног стања. Ванредно стање постоји у више облика, као ванредно стање и ратно стање[52] и стање непосредне ратне опасности[53]. Разлика између ванредног стања и ратног стања ближе је

[45] Видети, на пример: личну слободу, слободу кретања, тајност писама, слободу окупљања, право на политичко организовање и др.

[46] Видети др М. Пајванчић *Режим слобода и права грађана у ванредним приликама*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1993 стр. 73-79; др К. Чавошки *Ратне уредбе*, Зборник Уставност и владавина права, ЦУПС, Београд, 2000, стр. 457 – 481; др М. Пајванчић *Уставност ванредног стања*, Зборник Уставност и владавина права, ЦУПС, Београд, 2000 стр. 435 – 457.

[47] Пројект др П. Николића.

[48] Пројект Београдског центра за људска права теза Одступања став 1 стр. 26; пројект ДС члан 20; пројект *Forum iurisa* теза 1 став 9 стр. 26.

[49] Пројект ДСС (члан 141).

[50] Пакт о грађанским и политичким правима, члан 4 став 1, издање Београдског центра за људска права, Београд, 1998, стр. 15

[51] Пројект Београдског центра за људска права, теза Одступања од људских права став 1 стр. 26; пројект ДСС чланови 140 и 141 став 1; пројект *Forum iurisa*, тезе 1 и 2 стр. 26 и 27; пројект ДС не одређује ближе природу ванредног стања као ни пројецт др П. Николића.

[52] Пројект ДСС члан 140; пројект ДС члан 20; пројект Београдског центра за људска права Теза Надлежност скупштине, став 1 алинеја 7, стр. 45.

уређена у неким пројектима. Основна разлика везује се за околности које су повод за проглашење ванредног стања и околности због којих се проглашава ратно стање. У првом случају разлози су унутрашње природе у другом спољашње природе. Занимљиво је указати на нијансиране разлике при дефинисању природе унутрашњих прилика које су повод за проглашење ванредног стања. Ванредно стање може бити проглашено због оружане побуне усмерене на свргавање органа власти у Републици Србији, оружаног насиља које угрожава безбедност и имовину грађана, као и када наступе природне, привредне или техничке катастрофе[54], односно и у случају „нелегитимног и нелегалног преузимања и искључиве контроле јавне власти" као и у случају „масовног угрожавања (подвукла М. Пајванчић) безбедности и имовине грађана"[55].

С обзиром на последице по статус и одступања од уставном гарантованих људских права у време специфичних околности у којима функционише уставни систем у време ванредног стања, неколико питања заслужују посебан коментар.

Прво, ко располаже правом да прогласи ванредно стање, по којој процедури се одлука доноси и да ли одлука подлеже контроли?

Одлучивање о проглашењу ванредног стања је у надлежности скупштине[56]. Своју одлуку скупштина доноси на предлог владе[57]. Од овог основног правила могућ је изузетак. Одлуку о проглашењу ванредног стања може донети влада, под условом да скупштина није у могућности да се састане.

Друго, у ком обиму је допуштено одступање од људских права и да ли је одступање допуштено у односу на сва или само нека људска права?

Одступања од уставом гарантованих људских права допуштена су само у границама које прописује устав, следећи међународне стандарде у погледу статуса апсолутно заштитћених права, која се изузимају из режима одступања, као и у погледу обима и садржаја одступања. Мере одступања од људских права не смеју да доведу до разликовања на основу неког личног својства појединца (боја коже, пол, раса, језик, национална припадност, вероисповест, друштвено порекло)[58]. Садржај мера којима се одступа од људских права гарантованих уставом ограничен је природом стања у коме се налази уставни поредак, а од-

[53] Др П. Николић разликује три облика ванредног стања члан 147 став 2.

[54] Пројект ДСС члан 141 став 1.

[55] Пројект Београдског центра за људска права, теза Надлежност скупштине, став 1 алинеја 7 стр. 45.

[56] Пројект *Forum iurisa*, теза 2.7, став 1 алинеја 11, Надлежности Народне скупштине, стр. 57; пројект ДС члан 84 став 1 тачка 7; пројект ДСС члан 140 став 2 и члан 142 став 1. У овом пројекту одлучивање о проглашењу ратног стања је у надлежности Скупштине Србије и Црне Горе. Овакво решење сагласно је Уставној повељи заједнице Србија и Црна Гора, а будући да је овај пројект настао након доношења Уставне повеље и решења су усклађена са надлежностима Државне заједнице.

[57] Пројект ДСС члан 140 став 2.

[58] Пројект Београдског центра за људска права теза Одступања од људских права, став 2 стр. 26; пројект ДС, члан 20 став 2; пројект ДСС, члан 141 став 1.

ступања морају бити сведена на нужну меру коју такво стање изискује[59]. У сваком случају ове мере подлежу контроли од стране Народне скупштине којој се подносе на потврду.

Треће питање односи се на временско и просторно дејство одлуке о одступању[60]од уставом гарантованих људских права.

Временско дејство одлуке о одступању од људских права је ограничено. Временско дејство одлуке прописано је у уставу. Међу уставним пројектима бележимо разлике у погледу дужине временског дејства одлуке као и могућност обнављања (продужавања) временског дејства одлуке. Временско дејство одлуке је према предлозима три уставна пројекта[61] најдуже 90 дана, уз могућност да се временско дејство одлуке обнови, односно обнавља на додатних 90 дана. Само један[62]предлог прописује знатно краће временско дејство одлуке о одступању од људских права (30 дана), уз могућност да се дејство одлуке обнавља на по 15 дана. Мере одступања од људских права престају да важе, по сили устава, са престанком ванредног стања.

Територијално дејство одлука није посебно уређено.

Четврто, парламентарна контрола одлука о одступању од уставом гарантованих људских права у време ванредног стања.

Одлуке о одступању од људских права, донете у време ванредног стања подлежу контроли од стране скупштине чим се стекну услови да се скупштина састане. Такво решење омогућава да и у току трајања ванредног стања акти извршне власти којима се одступа од уставом гарантованих људских права буду предмет контроле од стране скупштине, као и да, у складу са тим скупштина потврђује или укида мере предузете од стране извршне власти. Ово основно правило аутори два уставна пројекта допуњују још једним прописујући да „одступања престају да важе завршетком прве седнице Народне скупштине одржане по проглашењу ванредног стања"[63]. Овакво решење ослоњено је на основно уставно правило да се одступања од људских права могу прописати само општим актима скупштине, а само изузетно актима извршне власти. Отуда скупштина, када се стекну услови за заседање има прилику да својим актом уреди одступања од људских права, а мере извршне власти престају да важе.

Пето, каталог апсолутно заштићених права полази од међународних стандарда у овој области, али се он проширује у неким пројектима[64] или статус не-

[59] Пројект Београдског центра за људска права, теза Одступања од људских права, став 1 стр. 26; пројект *Forum iurisa*, теза 1 ставови 8, 9 и 10, стр. 26; пројект ДС члан 20 став 1; пројект ДСС члан 141 став 1.

[60] Видети шире о одлуци о проглашењу ванредног стања код др М. Пајванчић *Доношење одлуке о увођењу ванредног стања,* Правна мисао бр. 5 – 6/1991 стр. 3 – 9.

[61] Пројекти Београдског центра за људска права, *Forum iurisa* и ДС.

[62] Пројект ДСС.

[63] Пројект Беопградског центра за људска права, теза Одступања од људских права, став 6 *in fine*, стр. 27; пројект *Forum iurisa*, теза 1 став12, стр. 26.

[64] Пројект ДС употпуњује овај каталог следећим правима: лична слобода и безбедност, забрана насилне асимилације, забрана изазивања расне, националне и верске мржње члан 65.

ких права и обим одступања могу бити различити с обзиром на облик ванредног стања[65].

Систем и облици заштите људских права

Систем заштите клоји обухвата различите видове заштите људских права уређен је у свим уставним пројектима. Посебна поглавља устава посвећена заштити људских права садрже два пројекта[66], док је у осталима ово уређено како у поглављу о људским правима тако и у поглављу о организацији власти у оквиру надлежности одговарајућих органа државне власти.Заштита људских права се остварује у унутрашњем праву као и гарантовањем права на обраћање међународним институцијама за заштиту људских права.

Систем заштите људских права у унутрашњем праву обухвата судску заштиту људских права која се остварује пред редовним судовима, непосредну уставносудску заштиту коју обезбеђује уставни суд као и заштиту пред другим државним органима и организацијама која врше јавна овлашћења нарочито гарантовањем судске контроле законитости коначних управних аката[67]. Поред тога посебно се гарантује стручна правна помоћ у заштити људских права коју обезбеђују адвокатура, бранилац грађана, јавни бележници[68] и „друге законом предвиђене службе"[69].

Примарни облик заштите људских права у унутрашњем праву је судска заштита[70] која се остварује пред редовним судовима. Уз гарантовање овог облика заштите људских права гарантује се и сет права везаних за право на правично суђење[71] и утврђује начело хитности и приоритета[72] као основно начелно процесно правило приликом одлучивања о заштити људских права пред судовима.

Људска права уживају и непосредну уставносудску заштиту. Ова права гарантује непосредно устава па је отуда неопходно установити и могућност непосредно уставносудске заштите људских права. Овај концепт заштите прихваћен је од стране свих аутора и садрже га сви пројекти устава[73]. Основни инструмент

[65] Пројект ДСС разликује одступања у случају ванредног стања која се односе на слободу кретања, неповредивост стана, тајност писама и других средстава комуникације, слободу окупљања, права на штрајк и права азила (члан 143 став 1) од забране одступања за време рата (члан 143 став 2).

[66] Пројект *Forum iurisa* Одељак III тезе 1 – 4, стр. 51 и пројект др П. Николића, Глава В чланови 91 – 100.

[67] Овај вид заштите посебно је уређен у пројекту др П. Николића чланови 94 и 95

[68] Пројект *Forum iurisa* теза 3 стр. 52.

[69] Пројект др П. Николића члан 98 став 2.

[70] Пројект *Forum iurisa*, теза 1 став 3, стр. 51; пројект др П. Николића, члан 92; пројект ДС, члан 31; пројект ДСС, члан 21; пројект Београдског центра за људска права, теза Судска заштита права, стр. 41.

[71] Нпр. пројект ДС, члан 31.

[72] Нпр. пројект *Forum iurisa*, теза 1 став 4, стр. 51.; пројект др П. Николића члан 92.

[73] Пројект др П. Николића, чланови 93 и 157 став 1 под б; пројект ДС, члан 124 став 9; пројект ДСС, члан 178; пројект Београдског центра за људска права теза Надлежност Уставног суда став 3 алинеја 7, стр. 64; пројект *Forum iurisa* теза 1 став 5, стр. 51 и теза 2 став 1 алинеја 8 стр. 86.

непосредне уставноправне заштите људских права пред уставним судом је уставна жалба. За разлику од актуелног Устава Србије који не познаје институт уставне жалбе као инструмент непосредне уставносудске заштите људских права, сви анализирани пројекти установљавају овај основни инструмент заштите људских права пред уставним судом.

Уставна жалба конципирана је као инструмент установљен у корист лица чије је право повређено. Поред тога уставну жалбу могу поднети и други субјекти. То је заштитник људских права који то може учинити уместо лица чије је право повређено[74] или неки други субјект који у уставу није ближе одређен, већ се уређивање овог питања делегира законодавцу[75].

У неким уставним пројектима ово питање остаје отворено, јер у уставу није ближе одређено ко има активну легитимацију за подношење уставне жалбе.

Разлике које постоје међу пројектима односе се на услове под којима је могуће користити уставну жалбу као инструмент непосредне уставносудске заштите људских права. Уставна жалба се може користити само под одређеним условима. Уставна жалба се може користити под условом да „није обезбеђена судска заштита слободе или права"[76], под условом да су „исцрпени редовни судски правни лекови"[77], односно када су „исцрпљена редовна правна средства заштите људских права"[78]. Прецизирање услова под којима је могућа уставна жалба указује још ближе на разлике у конципирању овог института и његовом месту у систему заштите људских права. За неке ауторе уставна жалба је институт који замењује одсуство судске заштите људских права (нпр. у случајевима у којима није допуштен управни спор), за друге она је правни инструмент заштите који се покреће када су у оквиру судске заштите људских права искоришћена сва расположива редовна правна средства заштите. Може се приметити да су услови везани само за редовне правне лекове предвиђене у судским поступцима. Следећи овакав став уставна жалба би се могла искористити као инструмент непосредне уставносудске заштите паралелно са применом ванредних правних лекова у поступку пред редовним судовима.

У оквиру унутрашњег права један специфичан вид заштите људских права обезбеђује бранилац права грађана (заштитник људских права, омбудсман)[79].

Право на обраћање међународним институцијама за заштиту људских права гарантује се експлицитно у већини пројеката[80] у складу са начелним ста-

[74] Пројект ДС члан 125 став 2; пројект Београдског центра за људска права теза Надлежност омбудсмана, став 1 алинеја 5 стр. 41, пројект *Forum iurisa* теза 2 став 4 алинеја 4 стр. 52.

[75] Пројект ДСС члан 178 став 2.

[76] Пројект *Forum iurisa* теза 2 став 4 стр. 87; пројект др П. Николића, члан 93.

[77] Пројект београдског центра за људска права, теза Надлежост уставног суда, став 5 алинеја 7; пројект ДСС члан 178 став 2.

[78] Пројект ДС члан 125 став 3.

[79] О браниоцу грађана његовом положају у систему заштите људских права у пројектима устава Србије видети шире код др М. Пајванчић *Омбудсман у уставном систему Србије – од идеје до реализације*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, XXXVII бр. 1-2/2003, стр. 43-59.

[80] Пројект др П. Николића члан 96; пројект *Forum iurisa* теза 6 став 5 *in fine* стр. 28; пројект ДСС члан члан 21 став 2;

вом о прихватању, признању и поштовању међународних извора људских права уз услов да су ратификовани, као и уважавању општеприхваћених правила међународног права у овој области, а у складу са међународним стандардима у области људских права.

Међународно правна заштита људских права обухвата два права. Једно од њих је по садржају шире и односи се на гарантовање међународног надзора над остваривањем људских права, што је део обавеза владе која је ратификовала одређену међународну конвенцију. Право међународног надзора над остваривањем људских права уређено је само у једном од уставних пројеката[81]. Друго је, по садржају, уже и обухвата право на обраћање међународним институцијама за заштиту људских права.

Услове под којима је заштиту људских права могуће потражити пред међународним органима у чијој је надлежности одлучивање о заштити људских права садржи само један од пројеката, који упућује на „услове и поступак који су утврђени међународним правом"[82]. Право на обраћање међународним институцијама за заштиту људских права је право којим се може користити сваки појединац као и држава[83].

Пажњу заслужује и уређивање извршења одлука међународних органа о заштити људских права. Овом важном питању само један од пројеката поклања дужну пажњу уређујући одговорност Републике Србије у овом домену. Република Србија „извршава одлуке међународних органа и сноси њихове трошкове"[84].

Појединачне гаранције заштите људских права

Заштита људских права обухвата и низ појединачних гаранција чија је сврха и смисао да обезбеде поштовање људских права, са једне стране и заштите појединца који је носилац тих права.

Највећи број ових гаранција односи се на личну слободу, па ће наше интересовање бити усмерено на облике и садржај гаранција које се односе на ову слободу. Најзначајније посебне гаранције које штите личну слободу обухватају:

Право на једнаку заштиту људских права као један од облика у коме се опште начело једнакости грађана, због значаја за статус грађана у уставном систему, гарантује и као правна једнакост или једнакост пред законом. У свим уставним пројектима гарантује се право на једнаку заштиту права, а у некима од пројеката[85] уз ово основно право ближе се одређују органи које обавезује ово правило (судови, други државни органи, имаоци јавних овлашћења, органи региона и јединица локалне самоуправе). Ипак, бележимо и извесне разлике у

[81] Пројект *Forum iurisa* теза 6 став 5, стр. 28.

[82] Ibidem, теза 6став 5 ин фине.

[83] Ibidem, теза 6 тачка 5.

[84] Пројект ДСС члан 21 став 3.

[85] Пројект ДСС члан 34 став 1; пројект Београдског центра за људска права теза Право на правично суђење став 1 стр. 30.

дефинисању садржаја овог права. Садржај овог права обухвата једнакост пред законом[86] као и право на једнаку заштиту пред законом[87].

Право на правну сигурност и правично суђење гарантује се као посебно право грађана у некима од пројеката[88] и ближе уређује садржај овог права који, између осталог, обухвата више посебних права: претпоставку невиности; принцип легалитета дела и санкције; право на суђење пред независним, непристрасним судовима који су установљени законом; право на природног судију; сет права која има лице о чијој се одговорности одлучује (јавна расправа пред независним и непристрасним судом образованим на основу закона; решавање о предмету у разумном року без непотребног одлагања и одуговлачења, право на делотворан правни лек, јавно изрицање пресуде, право на бесплатног преводиоца и др.);[89] као и посебан сет права која се гарантују лицима окривљеним за кривично дело (право на браниоца; право да у најкраћем року, на језику који разуме, буде обавештен о основама и правној природи дела које му се ставља на терет; право на довољно времена за припремање одбране и др.)[90].

Међу ауторима постоје извесне разлике када се пажљивије анализира како дефинишу садржај појединих права. Илустроваћемо то на примеру гарантовања претпоставке невиности. Ово начелно правило дефинише се различито: „свако се сматра невиним"[91], „свако има право да се сматра невиним"[92], свако ће се „сматрати невиним"[93], „нико се не може сматрати кривим"[94], „сматра се невиним" и „не може се сматрати кривим"[95].

Забрана ретроактивности као важан принцип правне сигурности начелно се гарантује у свим пројектима устава уз општи изузетак од овог правила када је у питању кривично законодавство[96]. У том случају ретроактивна примена закона је допуштена уколико је закон блажи по учиниоца кривичног дела. Међу ауторима постоје значајне разлике у односу на могућност одступања од начелне одредбе којом се искључује ретроактивно дејство закона.

У једној групи су уставни пројекти који не допуштају изузетак од овог општег правила изузев у кривичном законодавству уколико је закон повољ-

[86] Пројект др П. Николића члан 18 став 3; пројект *Forum iurisa* теза 1.6 став 2 стр. 33; пројект ДС члан 17 став 1.

[87] Пројект *Forum iurisa* теза 1.6 став 3 стр. 33; пројект ДС члан 18 став 2.

[88] Пројект др П. Николића члан 31 став 1; пројецт *Forum iurisa* теза 1.4 стр. 31.

[89] Пројект *Forum iurisa* теза 1.4 став 1 алинеје 1 до 5, стр. 31.

[90] Ибидем став 6 алинеје 1 до 5, стр. 32.

[91] Пројект ДСС члан 32 став 2.

[92] Пројект Београдског центра за људска права теза Претпоставка невиности стр. 31.

[93] Пројект *Forum iurisa* теза 1.4 став 2 стр. 31.

[94] Пројект ДС члан 33.

[95] Пројект др П. Николића члан 33 ставови 1 и 2.

[96] Пројект ДСС члан 32 став 1; пројект ДС члан 34; пројект *Forum iurisa* теза 1.4 став 4 стр. 31; пројект Београдског центра за људска права теза Кажњавање на основу закона став 2 стр. 31.

нији за учиниоца кривичног дела[97]. Другој групи припадају уставни пројекти који допуштају изузетке од забране ретроактивног дејства закона не само када је у питању кривично законодавство повољније за учиниоца кривичног дела, већ и у другим случајевима „ако то налаже општи интерес утврђен при доношењу закона"[98] односно само „поједине одредбе закона" могу имати повратно дејство „када то налаже општи интерес"[99] и „уколико је то утврђено у поступку доношења закона"[100]. Допуштање одступања од забране ретроактивног дејства закона позивом на општу клаузулу („јавни интерес") уз могућност ретроактивног дејства свих а не само појединих законских одредаба озбиљно доводи у питање принцип правне сигурности и владавину права.

Уз забрану ретроактивности тесно је везано и ступање на снагу закона. У свим пројектима ступање на снагу закона могуће је након објављивања закона, а по протеку времена чекања. Само један од аутора допушта могућност одступања од овог правила под условом да закон који се доноси другачије уреди ступање на снагу[101]. Такво решење није сагласно начелу правне сигурности и свакако није одлика правног система заснованог на начелу владавине права.

Право на делотворни правни лек гарантују сви уставни пројекти. Ово право гарантује се како начелном одредбом тако и посебним навођењем појединих правних лекова међу којима је посебно гарантовано право на жалбу[102] право на уставну жалбу[103] и право на испитивање и оспоравање законитости и оправданости лишења слободе (*habeas corpus*)[104]. Само у једноме од пројеката исцрпније су уређена питања везана за инструменте заштите људских права[105]. То се посебно односи на уставно гарантовање правних средстава за заштиту људских права; природу и својства правних средстава за заштиту људских права која, сагласно међународним стандардима у овој области, морају бити доступна и могућа; посебно гарантовање права на оспоравање законитости и оправданости лишења слободе као и навођење субјеката који се могу користити правним инструментима за заштиту људских права.

---

[97] Пројект београдског центра за људска права теза Основна начела уставности и законитости став 8 и пројект *Forum iurisa* теза 4 стр. 85.

[98] Пројект ДСС члан 170 став 2.

[99] Пројект ДС члан 119 став 1.

[100] Пројект др П. Николића члан 9 став 2.

[101] Пројект др П. Николића члан 9 став 1.

[102] Пројект ДС члан 32; пројецт ДСС члан 34 став 2; пројецт Београдског центра за људска права теза Право на жалбу стр. 31; пројецт др П. Николића члан 97 гарантују право на жалбу или друго правно средство; пројецт *Forum iurisa* теза 5 стр. 85.

[103] Пројект ДС члан 23 став 2 и члан 125; пројецт др П. Николића члан 93; пројецт ДСС члан 178; пројецт Београдског центра за људска права теза Надлежност Уставног суда став 5 алинеја 7, стр. 64; пројецт *Forum iurisa* теза 2 став 1 алинеја 8 стр. 86.

[104] Пројект ДС члан 28 став 6; пројект ДСС члан 26 став 3; пројект Београдског центзра за људска права теза Забрана противуставног кажњавања или лишења слободе став 2 стр. 30; пројект *Forum iurisa* теза 2 став 3 стр. 51.

[105] Пројект *Forum iurisa* теза 2 ставови 1 до 4, стр. 51 и 52.

Право на професионалну правну помоћ[106] и право на тумача[107] начелно се гарантује свим лицима. Посебно ова права се гарантују у кривичном поступку пред судовима где се остварује и у једном посебном облику као право на обезбеђивање обавезне професионалне одбране (обавезни бранилац) које аутори пројеката посебно наводе[108]. У неким од пројеката ближе се уређује садржај права на професионалну правну помоћ које укључује право на слободан избор браниоца, право на несметану комуникацију са браниоцем и право на довољно времена за припрему одбране[109]. То су свакако најзначајнија права које штити појединца и његова права у поступку пред судом. Ово право често се гарантује уз право на одбрану, право на правично суђење или општа јемства законитости.

Право на тумача (преводиоца) ослоњено је на начелни уставни принцип према коме непознавање језика на коме се води поступак не сме бити препрека коришћењу права[110]. Уз право на тумача неки аутори посебно утврђују да су услуге преводиоца за лице против кога се поступак води бесплатне[111].

Начело јавности при изрицању пресуде гарантују сви уставни пројекти,[112] а поједини и посебно уређују принцип јавности суђења и прецизирају услове под којима је могуће искључити јавност суђења[113].

Начело *non bis in idem* гарантовано је у свим уставним пројектима[114], али се може приметити да се садржај овог правила односи на различите ситуације: искључивање „одговорности за кривично дело",[115] на искључивање „могућности кажњавања за кривично дело"[116]односно искључивање „поновног суђења" као и „поновног кажњавања" за исто кривично дело[117].

Право на рехабилитацију и уз њега право на накнаду штете гарантује се лицима која су без основа кривично осуђена или су без основа лишена слободе.

---

[106] Пројект др П. Николића члан 98; пројект ДС члан 30 став 2; пројект ДСС члан 27 став 1 и члан 31 став 1; пројект *Forum iurisa* теза 1.4 став 1 алинеја 4; пројект Београдског центра за људска права теза Посебна јемства став 2 стр. 31.

[107] Пројект београдског центра за људска права теза Општа јемства законитости ставови 11 и 12 стр. 63 и теза Посебна јемства став 4 стр. 63; пројект ДСС члан 173; пројект ДС члан 30 став 4.

[108] Пројект ДС члан 30 став 3; пројект ДСС члан 27 став 1 ин фине; пројект *Forum iurisa* теза 1.4 став 6 алинеја 2 стр. 32.

[109] Пројект *Forum iurisa* теза теза 1.3 став 6 алинеја 2 стр. 30 и теза 1.4 став 6 алинеје 2 и 3 стр. 31.

[110] Нпр. пројект ДСС члан 173 став 1.

[111] Пројект *Forum iurisa* теза 1.4 став 1 алинеја 4.

[112] Пројект ДС члан 107; пројект др П. Николића члан 171; пројект ДСС члан 30; пројект Форум јуриса теза 1.4 став 1 алинеја 3; пројект Београдског центра за људска права теза Право на правично суђење став 3 стр. 31.

[113] Пројект ДСС члан 30; пројект *Forum iurisa* теза 1.4 став 1 алинеја 3.

[114] Пројект ДСС члан 32 став 3; пројект *Forum iurisa* теза 1.4 став 5 стр. 31; пројект Бео-градског центра за људска права теза Не бис ин идем стр. 31; пројект ДС члан 35; пројект др П. Ни-колића члан 34.

[115] Нпр. пројект Београдског центра за људска права.

[116] Нпр. пројект ДС.

[117] Нпр. пројект др П. Николића.

Аутори свих пројеката сагласни су у погледу садржаја и обима ових уставних права[118]. Само у једноме од пројеката уз ова права сваком лицу које је незаконито или неоправдано лишено слободе гарантује се и право на јавно извињење[119]. Поједини аутори, поред тога, експлицитно утврђују одговорност државе за накнаду штете коју појединцу нанесу државни органи својим незаконитим или несавесним радом[120].

Посебне гаранције заштите права националних мањина, уз посебна права националних мањина садрже два уставна пројекта. Права националних мањина уређују се органским законом[121] који се доноси по посебној процедури, строжијој од оне предвиђене за доношење обичних закона. Строжија процедура доношења закона којима се уређују права националних мањина представља својеврсну гаранцију заштите ових права, јер овај закон, према његовој правној снази ставља изнад осталих закона и представља својеврсну препреку олакој измени гаранција садржаних у њему. Поред тога, у једноме од пројеката експлицитно се гарантују стечена права општом одредбом да се „достигнути ниво људских и мањинских права, индивидуалних и колективних, не може смањивати"[122] као и посебном одредбом која се односи на права припадника националних мањина „стечена прописима који су се примењивали до ступања на снагу Устава као на основу међународних уговора којима је СР Југославија и државна заједница Србија и Црна Гора приступила", а која се не могу уклинути нити мењати[123].

На крају прегледа основних уставних решења која се односе на заштиту људских права могуће је указати и на неколико општих запажања.

1. Основни приступ људским правима ослоњен је на схтавање устава као основног гаранта људских права што се потврђује не само на начелном нивоу већ и низом посебних уставних правила која ближе дефинишу садржај оваквог начелног приступа.

2. Каталог људских права који, у највећој мери следи међународне стандарде људских права, допуњен је једнако важним инструментима заштите људских права. Устав није само основни акт који позитивира већи или мањи број појединачних права, већ у првом реду основни и најважнији гарант њихове заштите. Посебна пажња усмерена је на заштиту људских права и установљавање институција чије су надлежности везане за заштиту људских права и ус-

[118] Пројект др П. Николића члан 35; пројект ДС члан 36; пројект ДСС члан 33 и члан 172; пројект *Forum iurisa* теза 1.3 став 9 стр. 30; пројект Београдског центра за људска права теза Право на рехабилитацију и накнаду штете, стр. 33.

[119] Пројект *Forum iurisa* теза 1.3 став 9 стр. 31.

[120] Пројект др П. Николића члан 10.

[121] Пројект ДСС члан 73 став 2 ин фине.

[122] Пројект ДС члан 71 став 1.

[123] Пројект ДС члан 71 став 2. Ово решење ослања се на Повељу о људским и мањинским правима и грађанским слободама, члан 57, Службени лист СЦГ бр. 6/ 2003.

тавно гарантовање инструмената чији је смисао обезбеђивање ефективне заштите људских права.

3. Видљиво је настојање аутора да се сузи простор деконституционализацији људских права путем закона нарочито основних права која задржавају статус уставних, а не законских права. Израз оваквог настојања је видљив и у великој пажњи која је, у посвећена је ограничењима односно одступањима од уставом гарантованих људских права која се уређују рестриктивно и представљају изузетак који је могућ и допуштен под строго прописаним условима које утврђује сам устав.

4. Апсолутно заштићена права дефинитивно су изузета из режима одступања у ванредним приликама. Све мере које се односе на одступања од уставом гарантованих права могуће су само у оквирима и границама које дефинише устав. Сви акти који уређују одступања подлежу контроли од стране Народне скупштине.

5. Предвиђене су и нове институције у домену заштите људских права. То је заштитник права грађана (омбудсман) који употпуњује судску заштиту људских права.

6. Систем заштите људских права употпуњава и међународноправна заштита која је општеприхваћена као један од видова заштите људских права. Она обухвата, поред заштите пред међународним телима у чијој је надлежности одлучивање о заштити људских права (судска заштита) и право на међународни надзор над остваривањем људских права.

7. Систем заштите људских права укључује и непосредну заштиту људских права пред уставним судом. Начело непосредне примене уставом гарантованих људских права употпуњено је начелом њихове непосредне уставноправне заштите пред уставним судом. Непосредну уставноправну заштиту људских права омогућује институт уставне жалбе као правно средство којим се обезбеђује непосредна уставно судска заштита људских права.

Закључци до којих смо дошли омогућују да се позитивно одговори на питање које смо поставили у приступу. Међу ауторима постоји консензус у приступу људским правима и њиховом месту у уставу. То је посебно видљиво у односу на систем заштите људских права и нове институције и институте заштите људских права.

Marijana Pajvančić, Ph. D., Full professor
Novi Sad School of Law

Protection of human rights in draft constitution of Serbia

Abstract

This paper analyses through comparison the concept of human rights protection contained in the proposals for the new Constitution of Serbia.

The main approach to human rights protection is based on comprehension of Constitution as the principal safeguard of human rights. This is expressed not only as a principle, but is also inserted in special constitutional provisions. The list of human rights corresponds to the international standards, but is also followed by the instruments of human rights protection. Limitations and deviations are defined restrictively and they are permitted only within the constitutional framework. Absolutely protected rights are exempt from deviations under extraordinary circumstances. All the documents envisaging deviations are subject to the control by the National Assembly.

A new institution for protection of human rights is also envisaged. It is the advocate of the rights of citizens (ombudsman), who completes the judicial protection of human rights. The system of human rights protection is expanded by the immediate protection granted by the Constitutional Court. The principle of direct application of constitutionally guaranteed human rights fulfills the principle of human rights protection by the Constitutional Court. Direct constitutional protection of human rights is provided by the notion of constitutional complaint as a new instrument of protection. Human rights protection includes legal protection before international bodies authorized to decide on human rights protection (judicial protection), and the right to international supervision over exercising of human rights.

УДК 342.4
329
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 27-51

Др Павле Јовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ДЕМОКРАТИЈА, ПОЛИТИЧКЕ ПАРТИЈЕ И ПОЛИТИЧКИ СИСТЕМ – У ПОСТКОМУНИСТИЧКОЈ ТРАНЗИЦИЈИ –

Сажетак: *У раду се разматрају неки основни елементи успостављања (демократске) политичке заједнице, партијског плурализма и партијског система те цивилног друштва – као елемената политичког система, како се тај развија под општим условима посткомунистичке транзиције.*

Кључне речи: *Политички систем. Посткомунистичка транзиција. Демократија. Политичка заједница. Политичке партије. Партијски систем. Политичка култура. Цивилно друштво.*

1. Демократска транзиција насљеђује инклузивно бирачко право као и одговарајућу политичку заједницу. Комунистичке власти су испрва проводиле различите облике дискриминације према припадницима „непријатељских класа" – мада не у истој мјери и на исти начин у свакој од ових земаља – да би потом те класе једноставно нестале с промјенама у социјалној структури, у новој привреди и друштву. За узврат су у том новом друштву укинути сви традиционални, или само затечени, облици неравноправности по основу пола, расне, националне или вјерске припадности. Комунистичке власти су се увијек хвалиле овом својом тековином, која је у неким очима могла поткријепити „реалност" њихове демократије у односу на либералну демократију коју су ограничавале не само социјалне разлике и антагонизми него и споро ширење бирачког права, облици формалне и фактичке дискриминације. Без обзира на то што је природа комунистичке власти, и поретка који је она створила, доводила у питање

смисао ових права, па и сам егалитаризам тога друштва, нема сумње да је она за собом оставила друштво равноправних грађана.[1]

Штовише, у социјално-економском и културном погледу то је друштво релативно хомогено. Када се одбије номенклатура комунистичке власти – које више нема – оно не познаје велика богатства нити крајње сиромаштво, нити уопште велике разлике угледа и утицаја. Све би се оне могле смјестити на три до четири ступња „средње и доње средње" те „горње и средње ниже" емпиријске класе неког развијеног и разуђеног модерног друштва. Свакако да је то друштво на почетку транзиције атомизовано и недовољно солидарно, па и аномично. У том смислу је оно испрва можда непогодан амбијент за развитак партија и партијског система. Но се, с друге стране, оно чини као повољан амбијент за конституисање или реконституисање једне политичке заједнице.

Та заједница добија облик нације (нације-државе), или је тај облик донекле већ имала, па је он сада оснажен/потврђен.[2] На неки начин је то при-

[1] У Руској револуцији је, као потврда нове и безусловне равноправности, обновљено у званичном општењу ословљавање са грађанине/грађанко – установа Француске револуције (у којој је, нарочито за владе Конвента, подразумијевало и обраћање у другом лицу једнине). Све традиционалне титуле су укинуте, као и сви други облици обраћања. Ословљавање са друже/другарице (*Товариш, Genosse, Camarade, Comrade, Compagno*) пренијето је из старих радничких партија у крило нове, комунистичке, а касније проширено и на међусобно општење припадника државних апарата. Пошто је и ова промјена била праћена насилним одвикавањем/ привикавањем понегдје није успјела или се није исплатила. Тако је у неким земљама под комунистичком влашћу, нарочито у онима у којима је та власт успостављена претежно уз помоћ Црвене армије, задржано традиционално ословљавање (господине/госпођо), док су само чланови партије били „другови" („грађана" „није било"). За узврат, у земљама у којима су комунисти имали већу подршку, или су могли претендовати на њу (Југославија, Албанија), унутарпартијски облик ословљавања претворен је у општеобавезни. С крајем комунистичке власти и транзицијом свуда је прихваћен стандард (господине/госпођо) који се чини општим или бар „европским" и који заправо одговара „пристојном грађанину", ослобођеном колективистичких терета и грандеовских претензија.

[2] U. Preuss каже како су за разлику од Француске револуције – у којој је народ дјеловао као конститутивна власт, без икаквих ограничења и правила – у овој транзицији очекивања срећом била мања. Услијед нереволуционарног, легалног, пријелаза нема ни оне „мистериозне моћи" уставотвораца да развију један поредак *ab ovo*. У исто вријеме, међутим, он примјећује да у дефинисању/редефинисању (нове) политичке заједнице преовлађује један „комунитаристички" уклон. „Социјални и економски циљеви државе, социјална права, институционалне гарантије, и комунитаристички концепт грађанства су главне особине уставног развитка у Источној и Централној Европи..." Те објашњава: „Разлике између концепта /грађанства/ заснованог на правима и овог комунитаристичког леже у различитим претпоставкама у погледу односа између индивидуа и друштва у коме оне живе. На основу првог концепта индивидуе се цијене у складу са њиховим својством да су људска бића која заслужују подршку и помоћ према универзалним начелима, према правилима која се примјењују на свакога. Насупрот томе, други концепт схвата индивидуе као чланове посебне заједнице – њихове вриједности и циљеви су обликовани по самој тој заједници. Та заједница је конститутивна за њихов индивидуални идентитет, и стога она не може бити отклоњена кад се постави питање о прикладној врсти правде...Ако треба окарактерисасти врсту уставности која преовлађује у посткомунистичким земљама Источне и Централне Европе, можда би се могло рећи да је то једна прилично етатистичка варијанта, која открива наклоност ка понешто ауторитарном типу демократије. Или она која наглашава ауторизујућу, легитимирајућу и интегративну функцију устава, док је његова ограничавајућа улога од мањег значаја." (*Constitutional Aspects of the Making of Democracy in the Post-Communist Societies of East Europe,* Zentrumfür Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen, Diskussionpapier 2/1993, pp. 33-37, 41.) Cf. и U. Preuss, *Patterns of Constitutional Evolution and Change in Eastern Europe* у E. Matynia, *Grappling with Democracy,* Prague 1996, pos. pp. 116-127.

родна посљедица распада комунистичке идеологије – која у овом погледу није била једнозначна – и краја совјетске империје као наднационалне. Национално осјећање је морало букнути тамо гдје је дуго било потискивано – у земљама које су деценијама биле понижене као совјетски доминиони или сателити, или пак у онима које су први пут добиле прилику да се осамостале. У неку руку, наиме с обзиром на структуру дотранзицијског политичког вођства и на дотранзицијску социјалну структуру, „нова нација" има неке црте нације коју образује „трећи сталеж". Сљедствено, јавили су се озбиљни проблеми у вишенационалним земљама, односно у земљама са значајним националним мањинама. Све су ове земље биле и прије комунизма у саставу империја које су се распале. Тако да су „младе", етнички и културно обиљежене нације, биле основ још млађих држава, које, у складу са својим поријеклом, нијесу могле бити етнички хомогене. Сада је њихова обнова (или претварање протодржаве у државу) у многим случајевима обновила старе проблеме, као што их је, у другим случајевима, радикално „отклонила" – све наднационалне политичке заједнице су током ове транзиције разврнуте.

Овако или онако, све су ове државе као политичке заједнице, у својим уставима одређене двоструко. С једне стране оне су националне заједнице, с друге заједнице грађана. Подразумијева се, наиме, равноправност свих грађана без обзира на сва њихова партикуларна обиљежја, па и оно национално. Ипак, случајеви неке систематске, масовне, дискриминације по националном/етничком основу нијесу ријетки.

Замисливо је да држава уставом буде одређена само као заједница својих грађана/држављана[3], и да тако буде отворен пут интеграцији свих као уставних патриота[4], што би могао бити и начин осујећивања националистичких тенденција. Упркос томе што је ова димензија заједнице увијек присутна, она тешко може бити доминантна/једина у случају државе која је настала као дјело једне и то углавном етнички одређене нације. То можда није случај са старијим државама-нацијама, оним класичним или пионирским, али овдје управо јесте. Национални језик или национална култура, или већ магловитији „национални интерес" не могу овдје бити оно што су једном, у друкчијем контексту, били (и остали), на примјер, француски језик или француска култура, енглески језик или енглеска култура – грађански језик или језик цивилизације за припаднике више етничких група – односно што је интерес француске или енглеске државе. Национални језик или национална култура су овдје обиљежја националне заједнице и државе која је еманира[5], и у том смислу се ни на који начин не може игнорисати подјела на националну већину и националну мањину(е). Интеграција једне већинске нације око њене државе подстиче интеграцију мањинске нације пр-

[3] О општем смислу грађанства, укључујући и неизбјежни „bifocal gaze" у самој заједници и преко њених рубова В. нпр. L.K. Kerber, *The Meanings of Citizenship,* Dissent, Fall 1997, pp. 33-47.

[4] V. J. Habermas, *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State* у A. Gutmann (ed.), *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*. Princeton 1994, pos. pp. 134-135.

[5] Cf. H. Huttenbach, *The International Legitimization of the Ethnic State* у C. Bianchini and G. Schöpflin, *State Building in the Balkans. Dilemmas on the Eve of 21st Century. Ravenna 1998,* , пп. 81-90.

венствено око настојања да сачува свој идентитет и осујети асимилацију.[6] Хоћемо ли онда говорити о двије политичке заједнице, обје националне, па у складу с тим о могућности, чак и неопходности једне консоцијалне (консензуалне) демократије[7], или пак о стварности заједнице грађана која обухвата али и надилази ове националне заједнице, у којој дакле природно функционише већинска демократија – то зависи од низа различитих околности.

Упозорићу само на двије које су за ове земље можда типичне. Прво, послије свих ратова и комунистичке владавине мањине у њима углавном нијесу бројне. Тиме на један начин слаби, а на други јача мотивација да се политичка заједница одреди анационално, као заједница грађана. Слаби утолико што скупина „оних других" то не може изборити, што нема ни вето – моћ. Јача утолико што постаје могућност која неће угрозити националну природу те државе. Друго, у великом броју случајева припадници ових мањина су уједно припадници већинског народа у сусједној држави што поврх свега обично значи да нијесу расијани него концентрисани на одређеној територији. Ово је одувијек био разлог тешких конфликата, па и ратова, и свакако да чини цијелу ствар крајње деликатном.

Либералнодмократско начело тражи политичку заједницу као заједницу грађана/држављана која апстрахује свако партикуларно обиљежје грађанина[8], па и оно етничко (национално). Ипак, извјесни облици солидарности, извјесне линије легитимирања, извјесне претпоставке комуницирања, разумијевања и саморазумијевања воде националном идентитету заједнице, и у томе не може бити никаквог изузетка[9], иако национални идентитет не мора бити етнички де-

---

[6] Cf. C. Offe, *Ethnic Politics in East European Transition* u E. Matynia, *Grappling..., op. cit*., pp. 226-247. Мада одбацује комунитаристичко становиште (наводећи M. Walzera за кога припадност одређеној култури/заједници има предност над пуким „бескарактерним грађанством" те за кога је „трибализам", као привржености појединаца и група властитој историји, култури и идентитету – просто перманентна особина живота људи у друштву), Offe не превиђа „рационалности" етничке (националне политике). Она може инсистирати на етничким подјелама ради политичких, војних, економских или конститутивних (како би се лакше успоставила политичка јединица/заједница) циљева. Посебно, у случају ове транзиције, атомизирање друштва као посљедица комунистичке владавине чини да – у одсуству класа, професионалних група итд. – једино национализам даје упутство за колективну акцију. (Наводи у том контексту и једну чешку досјетку из 1991: љевица овдје нема идеологије, десница нема пара, што остаје, то је национализам.) Могућа је отуда и рационална консидерација политичке елите да употријеби национализам ради премошћавања тешкоћа транзиције. (пп. 229, 230, 239-240.)

[7] V. A. Lijphart, *Democracy in Plural Societies*. *A Comparative Exploration*. New Haven and London 1977, pp. 25-53. Као и: A. Lijphart, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries,* New Haven and London 2000, pp. 31-34.

[8] Cf. R. Dworkin, *Sovereign Virtue*. *The Theory and Practice of Eljuality*. Cambridge (Mass.)– London 2000, pp. 211-237.

[9] J. Habermas каже: „Но је инхерентно конкретној природи ствари које треба регулисати посредством права, за разлику од моралности, да је процес доношења нормативних правила за облике понашања отворен према утицају политичких циљева друштва. Због тих разлога сваки правни систем је дакле израз посебног облика живота, а не пука рефлексија универзалног садржаја основних права." (*Struggles*...у A. Gutmann, *Multiculturalism..., op. cit*., п.124.) Са своје стране M. Walzer: „Све нације-државе дјелују тако што репродукују људе и жене одређене врсте: норвешке, француске, холандске, или било које друге." (*Comment* у Ibid., p. 101.)

финисан (то јест, с неким разликама Американци су Американци, а Швајцарци Швајцарци). У овим транзицијским земљама потреба да се овај идентитет ојача и нагласи бар испрва прилично је велика, и то без обзира на проблем мањина. С тим проблемом, међутим, та се потреба може још и увећати и произвести неравнотеже или озбиљне дефиците у функционисању заједнице као заједнице грађана. Ипак, токови транзиције у ових петнаест година показују да та опасност постепено опада, мада понекад тек послије тешких сукоба, и редукованог броја припадника мањина. Неки облици тзв. позитивне дискриминације посљедњих (посебно надзаступљеност или зајамчена мјеста у представничком тијелу), консоцијални аранжмани у неким доменима, те често висока коалициона способност странака националних мањина унијели су постепено више склада у конституцију заједнице као националне, односно заравнали тло за њено симултано функционисање као грађанске.

2. Између заједнице у оба њена вида и средишњих политичких установа – парламента и мање или више диференциране тзв. извршне власти – налази се узбуркани простор политичког организовања и дјеловања. Њиме доминирају политичке партије у мјери свога жара, свога непрекидног настојања да освоје подршку, да је сачувају или повећају. Истина је да су партије само главни, а понекад само посебни, актери у том простору. На артикулисање различитих интереса, идеја и ставова, на њихово стабилно позиционирање и повремено превредновање, на њихово повезивање односно агрегирање – утиче и низ других актера различите структуре, организованих и спонтано везаних, од којих неки граде јавно мњење, други пак оно што се зове цивилно друштво, као што су неке перформансе тога процеса условљене културом, а друге економијом, одговарајућим матрицама или односима.

У транзиционим земљама, међутим, партије одмах избијају у први план.[10] Кад то кажем не превиђам неке крупне разлике. У неким случајевима либерализација је била узнапредовала и прије краја комунистичке власти па су већ прилич-

[10] За сажет преглед заснован на литератури друге половине деведесетих година прошлог вијека Cf. F.W. Rüb, *Parteien und Parteisysteme in Osteuropa,* Politische Vierteljahrschrift, 39 (1998), SS. 625-633. Наглашава сљедеће: структура и организациони развитак ових партија добио је специфичну форму у односу на Запад и друге дијелове свијета; доминантне су партије које заступају „све", које не слиједе друштвене подјеле него су створене „одозго", као дјело политичких елита; обично „*party in public office*" маргинализује „*party on the ground*" (све то углавном не вриједи за насљеднице комунистичких партија); неке од посљедица: партијска елита мобилише чланство више посредством информативних медија него партијског апарата (који је неразвијен) и отуда „медијски ратови", систем заснован на оваквим партијама тендира „елитистичкој демократији", партијама се не управља демократски – њима доминира мала професионална партијска елита итд. Има једна друштвена подјела/сукоб која ипак диференцира партије у овим земљама. Она се тиче модернизације, и главне супротности између конзервативаца и модернизирајућих. Прве представљају националистичке и популистичке партије, друге „форум" партије и либералне. Сви основни конфлики могу се поредати према том обрасцу: државни интервенционизам и политичка прерасподјела вс. либерална привредна политика, национална привреда вс. међународна кооперација, етатизам вс. децентрализација, ауторитарни корпоративизам вс. аутономија, клијентелизам вс. једнакост шанси, асимилација мањина вс. заштита грађанских односно мањинских права итд.

но организоване опозиционе партије дочекале прве изборе, као што се пред тим, или убрзо потом, и сама комунистичка партија реформисала, настојећи обично да се „социјалдемократизује". У неким другим комунистичка власт се такорећи одједном распала препуштајући читав простор једном „покрету народа". Али, из моје перспективе те разлике не доводе у питање оно што сам рекао. Слобода политичког организовања, што је први корак транзиције, убрзо је донијела плодове, упркос свим рефлексима „антиполитике". Уосталом, без политичких партија та демократија једноставно не може функционисати. Ове земље нијесу наслиједиле никакву културну или економску елиту која би, по угледу на неке старије примјере, могла представљати окосницу новог управљачког слоја, политичке елите или класе. У ствари су се у многима од њих, у раним фазама транзиције, поједини припадници интелектуалне елите нашли у значајним политичким улогама. Но је то било нешто пролазно и појединачно. Неки од ових људи су напустили свијет политике, неки се пак претворили у професионалне политичаре, и као такви нестали у бујици нових. Партије су веома брзо произвеле нову политичку класу/елиту. Наравно, један њен важан дио свуда чине млађи припадници апарата раније комунистичке власти, поготову тамо гдје су се комунистичке партије успјешно трансформисале у такмичарске, али не једино тамо.

С друге стране, грозничави партијски активизам није био праћен, у већини ових земаља, бар не у почетку, одговарајућим присуством у политичким процесима организованих интереса, као ни актера из сфере цивилног друштва. То је сасвим разумљиво као дио наслијеђа претходног поретка, који је сваку врсту самоорганизовања и аутономног артикулисања интереса/ставова искључивао. Потом, активизам цивилног друштва под крај комунистичке власти представљао је главну базу новог политичког активизма – и такорећи преко ноћи прелио се у нове политичке партије које су, са своје стране, брзо стале на ноге, у најмању руку као актери изборних процеса са тако важним улозима. Ове неравнотеже су навеле неке писце да ову демократију у настајању назову не „партитократијом" него „електократијом".[11]

3. Уколико је партијски систем доиста систем тада представља релативно затворени свијет, свијет за себе, који производи властите разлоге и посљедице. Што значи да се они више не могу редуковати на социјалну структуру, социјалноструктурне подјеле, на стабилне интересе или идеје, на политичку културу/подкултуре, на један ментални свијет или што друго. На самом почетку транзиције тај систем је рудиментиран, и још дуго нестабилан, но се ипак релативно брзо успоставља. То значи да су основне позиције заузете, простор покривен, да се међу ефективним партијама – чији се број временом обично смањује – успостављају смјернице „игре", борбе и комуникације, једне особите рационалности. И кад се стабилизује овакав систем еволуира. Међутим, крупне

[11] Cf. K. Dawisha, *Electocracies and the Hobbesian Fishbowl of Postcommunist Politics,* East European Politics and Societies, Vol. 13, No. 2 (Spring 1999), pp. 256-270.

и убрзане промјене може донијети само његова крајња дисфункционалност, или значајна институционална реформа, што обично иде руку под руку.

Сви партијски системи у овим земљама су нови. Покушаји да се обнове партије из предкомунистичког времена углавном нијесу успјели. Обновљене су само поједине партије у појединим земљама, али нигдје оне нијесу одиграле важну улогу, бар не у обликовању партијског система. Просто, комунистичка власт је сувише дуго трајала, и произвела сувише дубоке промјене, да би те старе партије поново нашле себе. То вриједи и за оне партије које су чиниле владајући блок, на челу са комунистима, у земљама у којима ови нијесу увели формално једнопартијски систем. Не само што су и те партије биле наслијеђе предкомунистичког времена – услови „фронтовског" савеза под комунистима лишили су их утицаја и ауторитета, али и идентитета.

У ствари, развитак партија и партијских система у земљама ове транзиције показује низ особености, и веома се разликује од онога што се дешавало у класичним земљама демократије, на Западу, или од онога што се дешавало раније, у транзицијама из некомунистичке аутократије. Уосталом, док су нове уставне институције могле бити производ свјесног или бар координираног „инжењеринга", на развитак партија и партијског система утицало је много више чинилаца, од којих се многи не могу контролисати. Поменуо бих неке који ми се, у једној општој перспективи, чине важним. То је, најприје, она почетна ситуација првих избора и њена природа. Затим, то су чиниоци који извиру из социјалне структуре и социјалноструктурних подјела. Затим, то су чиниоци који извиру из (нових) институционалних аранжмана. Затим, симултаност двије (или чак три) транзиције, односно њихов ток, снажно утиче на даље обликовање партија/партијског система. На послијетку, партије/партијски систем свакако можемо довести у везу и са одликама политичке културе.

У складу са двије опште линије подјеле – грађанско друштво/режим и нове елите/стара номенклатура – насупрот комунистичкој партији на почетку транзиције затичемо један шаролики блок опозиције. Није, наравно, свеједно да ли тај блок наступа под једном заставом, или не, да ли га чине већ прилично организоване партије, или недиференцирани покрет („форум") цивилног друштва.[12] Нити је свеједно да ли је на другој страни конзервативна комунистичка партија која је изненада остала без власти, или она која је под утицајем реформиста способна да преговара о условима слободних избора и почетку транзиције. Понајмање је свеједно какав је исход тих избора. Мада се може рећи да су они, без обзира на исход, увијек увод у два паралелна процеса. С једне стране, то је (даља) трансформација комунистичке партије која настоји да сачува што више ресурса и да заузме позицију главне лијеве партије[13], сада у демо-

[12] Уколико је јачи и дужи процес политичког диференцирања (опозиције) прије почетка транзиције утолико ће бити стабилнији партијски систем у њој и послије ње. – Cf. D. Segert, *Spätsozialismus und Parteibildung in Osteuropa nach 1989,* Berlin 1996, S. 27.

[13] Понекад снага партије насљеднице КП није посљедица њеног реформског замаха него претходном репресијом ослабљене демократске опозиције. – Ibid., C. 165 и сљед.

кратском процесу, што не искључује расцјеп и одвајање једног ортодоксног крила. С друге стране то је диференцијација, или јасније профилисање, у до јуче опозиционом, а сада обично владајућем блоку. Ова диференцијација може слиједити све актуелне и историјске линије подјела, али је сигурно да на њу у неуобичајеној мјери утичу нарасле лидерске амбиције. Треба имати у виду да ове партије још нијесу чврсто организоване, још мање изнутра бирократизоване, да још функционишу претежно као сљедбеништва појединих вођа или првака.

Вјерујем да при разумијевању тога сложеног процеса треба имати у виду својства социјалне структуре коју за собом оставља комунистичка власт. Она је на неки начин хомогена. Но је, опет, та хомогеност у великој мјери посљедица насилног Gleichschaltunga: подјеле и сукоби су потиснути, што значи да се могу испољити у неочекиваном облику и снази. Уз то, хомогеност чува сјећање на своју хетерогеност – ова социјална структура је на на неки начин двострука. Хоћу да кажем: поједине одлике ове структуре, и поједине подјеле, посљедице су големих преструктуирања које је извела комунистичка власт, поретка који је градила. Али, њени напори нијесу могли уклонити неке дубље слојеве, или оно што је могло бити схваћено од ње као споредно. Отуда подјеле које су испреплетене, другдје тешко схватљиве, и које се, и послије одласка комунистичке власти, артикулишу и изражавају на особит начин.

Тако се може разумјети зашто овдје нема услова за класични сценарио настанка традиционалних партија на Западу, када промјене у социјално-економској структури воде подјелама и конфликту, а овај покрету из кога се развија партија, која најзад постаје парламентарна партија. Томе насупрот, овдје партије обично настају у парламенту[14], односно у краткој секвенци избора или поводом ње, тако да њихова веза са социјалном структуром остаје магловита или „вишеструка". То није само зато што оне заступају све, то јест настоје да буду *catch-all* партије, већ и зато што вјетрови који их носе сублимирају претежно само извјесна магловита расположења и стања, која се благо диференцирају у односу на иначе неспорни пројекат двоструке транзиције. (Партија која је носилац оне треће по другој логици заступа све – све припаднике „титуларне" нације, оне постојеће или *one in spe*.)

На исти начин је, наравно, она почетна ситуација – обиљежена линијом сукоба покрета („форума") заступника мирне револуције у име грађанског друштва (односно аналогно широке коалиције партија) и (рефомисаних) комуниста – непозната земљама које нијесу прошле „стадијум социјализма"[15]. И она

[14] V. K. von Beyme, *Systemwechsel in Osteuropa,* Франкфурт ам Меин 1994, С. 279. Треба примјетити, међутим, да су у једној ранијој фази развитка („либерална држава") на Западу, партије стваране – како каже Сартори – „интерно", тј.у скупштинској арени, и тек потом излазиле напоље, ради гласова. Тек су социјалистички, католички и сл. покрети рођени вани, и то као опозиција-негација постојећег поретка. – V. G. Sartori, *Comparative Constitutional Engineering*. *An Inyuiry into Structures, Incentives and Outcomes*. Houndmills and London 1994, p. 77.

[15] K. von Beyme, *Systemnjechsel..., op. cit*., S. 295.

се мора довести у везу с одликама социјалне структуре која је, на политичком нивоу, омогућила хомогенизацију (цивилног) друштва наспрам владајуће партије, или њене „номенклатуре".

Међутим, с одласком комунистичке власти путању даљег развитка објашњава, према C. Offeu, прије свега одсуство „конфликтне класне структуираности".[16] Отуда, ускоро потом, раширено незадовољство, отуђење и цинизам у односу на политичке елите и њихову политику промјена. Јер, ни слом старог поретка ни изградња новог не могу бити приписани замисли неке кохерентне и сразмјерно моћне противелите која има своју, особиту класну базу. Умјесто тога, како деструктивни тако и конструктивни исходи морају бити посматрани претежно као посљедице анонимних контингентности гдје је „све" узрок, а намјера готово да и нема. Будући да нема побједничке противелите (као у правим револуцијама), као што нема ни јасног одговора ко је то учинио да стари поредак оде – нема ни одговора ко је овлашћен да води друштво према бољој будућности. Отуда је пожељан облик новог режима, институционални обрасци које треба усвојити у његовој консолидацији, предмет тешких спорова међу јадно организованим заступницима три дивергентне оријентације. То су, прво, прозападно оријентисани „модернизатори". Они држе да представничка демократија и тржишна економија доносе просперитет, који је највиша вриједност, па је све што је потребно – опонашати и пресађивати западне узоре. Стари поредак окривљују због његове „ауторитарне неефикасности". „Традиционалисти" – они су други – окрећу се даљој прошлости, у настојању да реактивирају, или чак поново пронађу, институционалне моделе који су били у употреби у неком времену прије доласка комуниста. Обично дјелују снажно се позивајући на религиозне и етнонационалне идентитете. Стари поредак окривљују због његова служења „страним господарима" и отуђења од аутентичне националне културе. Трећи, екскомунистички „реформатори", окренути су блиској прошлости социјалистичког система. Они су за тржишну привреду и приватизацију уз задржавање бар неких тековина државног социјализма и идеје друштвене правде, прије свега у облику социјалне сигурности и пуне запослености. Стари поредак окривљују због „грешака" које је починио, те због неодржаних политичких и економских обећања.[17]

Ниједна од ових широких оријентација ни у ком случају није отјеловљена у чврсто успостављеним партијама него је обично заступљена у бројним нејасним, укрштеним и кратковјеким организационим иницијативама (за чије је представнике односно политичке предузетнике типично да једно мисле, друго говоре, треће чине), па је у одсуству могућности слања јасних програмских порука политички дискурс обојен харизматским претензијама и личним лојалнос-

[16] C. Offe, *Agenda, Agency, and Aims of Central East European Transition: Contours of the Post-Socialist Path to Consolidation* у S. Bianchini and G. Schöpflin, *State Building*..., *op. cit*., p. 32.

[17] Ibid., p. 32-33.

тима. Сљедствено томе тешко је замислити владајућу већину било којега од та три табора. Умјесто тога, на дјелу могу бити три савеза (каолиције): лијево-либерални (екскомунистички реформатори са модернизаторима), социјалистичко-националистички и национал/конзервативно – либерални. Све заједно, закључује Offe, ова политичка агенција дјелује крајње расцјепкано, некохерентно, неодређено и краткога даха.[18]

На развитак овог новог партијског система утичу посебно још и сљедеће околности везане уз социјалну структуру, на које указује вон Бељме.

Примјетан је недостатак, бар испрва, организационих услова једног аутентичног плурализма у сфери интересних група и елита, што значи да су важни социјални интереси неиздиференцирани, испод прага (политичке) релевантности, неартикулисани. Не слиједи нужно да ће их партије игнорисати. Напротив, оне могу бити њихови гласни или прикривени заступници, могу их артикулисати или у различитим врстама не-јавних трансакција промицати. Међутим, стапање политичких и неполитичких интереса, партија и интересних скупина, може имати крупне, углавном негативне, посљедице по партијски и политички систем.

Посебна је невоља што оно вриједи и за тако кардиналне категорије као што су рад и капитал. Интереси рада и капитала су у партијском систему земаља транзиције недовољно, или недовољно јасно заступљени. Док се предузетничка елита у настајању – а она се образује спорије од политичке елите – склања под скуте неке широке, „народне" партије, пада у очи одсуство радничких партија, нарочито било какве модерне антитејлористичке љевице, и уопште низак ниво свих облика организовања те велике социјалне скупине.

Разлика село-град, односно одговајући сукоб, још игра значајну улогу у већини ових земаља, много значајнију него било гдје на Западу, упркос убрзаној и насилној индустријализцији и урбанизацији коју је спровела комунистичка власт, или управо у складу с њом.

То је случај поготову са етничким подјелама. Њихов се утицај на партије и партијски систем у овим земљама тешко може прецјенити. То не вриједи само за етнички хетерогене земље. Националне/националистичке партије играју важну улогу и у етнички готово хомогеним земљама, када посебно долази до изражаја национално обојена подјела на модернизаторе и њихове противнике, подјела на западњаке и привржене домаћих, баштињених вриједности.[19]

4. Многе од ових партија задуго су протопартије, које ће тек с консолидацијом демократије постати праве партије, или нестати са сцене. Многе су пак псеудопартије, које могу играти неку улогу само у једном прелазном раздобљу. Већину обиљежава одсуство масовне и организоване базе (за неке се каже да су „такси-партије") те, сљедствено, висок ступањ персонализације. Поред тога овим партијама својствена је сличност њихових програма. Понекад их је по том

[18] Ibid., p. 34.

[19] K. von Beyme, *Systemwechsel..., op. cit*., SS. 285-295.

основу готово немогуће разликовати, па није ни мало ријетко да номинално лијева партија заступа десни програм, номинално десна лијеви.[20] Такве другдје углавном непознате појаве не треба повезати само са одликама социјалне струкуре и неко вријеме неограниченом слободом лова на бираче већ и са природом представа које, у великој мјери недиференцирано, мотивишу ова друштва у њиховој тежњи за „нормализацијом". Ондје су „сви" за „правну државу", за „демократију" и „за државу благостања" – мада прву узимају као дату, другу тумаче према својим потребама, а трећу виде сувише често кроз социјалистичко-егалитарне наочаре – док „сви" могу бити учесници у једном новом/старом национализму.[21]

На обликовање и функционисање партијског система у овим земљама, утичу и институционални чиниоци. Међу њима се издваја изборни систем са сложеним пратећим установама, чије је дјеловање систематски изучавано но и даље прилично спорно, што потврђују и неријетки случајеви погрешних прорачуна неке од партија учесница у преговорима око изборних реформи. Знатно је чешће примјењен неки облик пропорционалног система са вишим или нижим прагом у облику минималног процента гласова за улазак у парламент – него већински систем. Могло би се рећи, у складу са познатом дилемом[22], да то показује више бригу за репрезентативност владавине него за њену ефикасност. Но се може рећи и то да ове партије показују изразиту жељу да доминирају политичким животом, на уштрб независних кандидата, ванпартијских угледника и чинилаца: ко жели учешће у политичком (парламентарном) животу мора се прикључити некој партији, и бити прихваћен од ње, уколико не располаже способностима и ресурсима да створи властиту.

На партијски систем свакако утиче и конфигурација средишњих политичких установа. „Чист" парламентаризам као да повољније дјелује на консолидацију партијског система него „мјешовити" облик, с непосредно бираним, јаким предсједником. Установа јаког предсједника може, наиме, подстаћи фрагментацију партија и флуидност партијског система, односно ослабити подстицаје за кретање у супротном смјеру. Мада обично двокружни метод избора оваквог предсједника тјера на коалирање у другом кругу коначна „предсједничка већина" долази до изражаја прије свега у том часу. Или, ако је случајно стабилнија ипак не достиже нивое стабилности и повезаности које мора имати једна пар-

[20] Ibid., SS. 279-282.

[21] Ibid., S. 294. На истом мјесту аутор каже: мирне револуције у Источној Европи одиграле су се у име једне теорије цивилног друштва. Интенционално је тај појам био узет за озбиљно. Функционално, пак, посљедица је била прије један нови национализам.

[22] „Представнички системи спадају у два главна обрасца...Енглески тип жртвује репрезентативност парламента у корист ефикасне владе, док француски жртвује ефикасну владу у корист репрезентативности парламента...не можемо изградити представнички систем који би истовремено и подједнако обављао функцију функционисања и функцију одражавања." (G. Sartori, *Comparative Constitutional Engineering. An Inyuiry into Structures, Incentives and Outcomes*. Houndmills and London 1996, p. 54.)

ламентарна већина, да би могла уредно функционисати парламентарна влада. Јаки предсједник, поново, може утицати на то да се смањи потреба за онаквом стабилношћу/повезаношћу већине у парламенту, као што може, као јаки и у односу на парламент спољни чинилац, пресудно утицати на компоновање и прекомпоновање те већине у фрагментираном народном заступништву.

Ово су у најбољем случају илустрације утицаја институција на развитак/дјеловање партијског система. Свакако да постоје још неки прилично важни институционални моменти. На примјер: правила која се тичу регистровања партија, нарочито могућих рестрикција у погледу њиховог програма или унутрашње организације; правила које се тичу партијске имовине и финансија, јавног надзора над финансијама и евентуалног јавног учешћа у њима; правила која се тичу изборних кампања, дужине и начина вођења, посебно финансирања и права на надокнаду из јавних фондова, а нарочито коришћења масовних медија у приватном и јавном власништву.[23] Анализирање ових веза не спада овдје, и ја их остављам другима уз напомену да је ова транзиција пружила ријетку прилику истраживачима да провјере неке старе и нове претпоставке.

Остављајући то по страни, задржимо се на једном другом општем моменту. Пошто је двострука транзиција симултана сигурно је да ће на развитак партијског система утицати сам њен ток. Успостављање и развитак установа тржишне привреде те привредни опоравак и развитак у ужем смислу, имају начелно пресудан значај, мада их је тешко одвојити од других, унуташњих и спољних, околности. Ова су друштва, на крају крајева, под притиском неодољивог узора својих западних сусједа, и пред крајње тешким задатком да им се приближе. Овдје се ради о једном великом напору/послу преструктуирања, о (релативном) успјеху или неуспјеху, о теретима и плодовима те њиховој расподјели, поред тога што сама транзиција доноси тренутну подјелу на добитнике и губитнике. Динамика ових сложених момената тражи, преко партијског система односно државне политике, уравнотеживање или повремену промјену термина равнотеже. На тој основи се у неким земљама транзиције јавио још недовољно развијени и осигурани двопартијски или двополни систем који, врло грубо, почива на разликовању либерално/социјално (уз могуће судјеловање разликовања модерно/традиционално односно радикално/постепено). На истој основи у неким другим земљама једна партија настоји да се смјести у центар па да одатле, мијењајући коалиционе партнере, или чак без такве промјене, повремено ревидира своју политику. То је начелно могуће према природи ових партија и њихових програма. У случају озбиљног неуспјеха, застоја читавог механизма или кризе, није, најзад, искључено да се против постојећег партијског система („естаблишмента") изведе нека врста „пуча", успјешним продором но-

[23] Сартори за „видео-демокатију" каже да производи растућу партиципацију на основу мобилизације афеката под условом опадања и осиромашења информисаности. Тај његов суд тиче се прије свега развијених, одавно консолидованих демократија. У земљама транзиције дјеловање ових „појачивача и умноживача ступидности" може бити само неповољније. – *Comparative Constitutional..., op. cit.*, pp. 149-150.

ве (или дотад маргиналне) партије/покрета с масовним сљедбеништвом.

У неким случајевима, као што знамо, имамо посла не са двије него са три транзиције. Трећа – хронолошки обично прва – тиче се успостављања нове (нације) државе, обично на темељу „протодржаве", чланице федерације коју су били обликовали комунисти. Ова транзиција води особеној политичкој конфигурацији. Основна линија подјеле је она која дијели присталице и противнике нове државе (независности) и с обзиром на улог она, бар за неко вријеме, може избрисати/обухватити све остале. Отуда је јасно да партија која заступа прве лако задобија својства масовног покрета, као и то да њену окосницу, у мањој или већој мјери, може чинити и (реформисана) комунистичка партија. А јасно је и то да они други, то јест њихове партијске удруге, могу лако доћи у опасност да буду екскомуницирани – из политичке заједнице у настајању – па чак стављени ван закона. Ово је, наравно, сасвим посебна ситуација у којој елементе партијског система производи постојање неких аспеката старе, шире заједнице, и неких аспеката легалитета у процесу одвајања. У супротном може доћи, и долази, до озбиљних сукоба. Тако да тек са коначним утемељењем нове државе, и њеним примањем у „клуб" суверених, може почети стварни развитак партијског система. Но и тада основне секвенце поменуте транзиције, начин на који је изведена, у значајној мјери одређују трајекторију тог развитка.

5. Једва да је потребно рећи да се у свему томе питају и својства менталног свијета који остаје иза комунистичке власти. Понекад се томе придаје изузетан, готово пресудан значај. Сматра се да је модернизација у овим земљама својевремено запела прије свега услијед њихове културне заосталости[24], или културне особености. У првом случају ријеч о њиховом периферном положају у европском систему држава, односно у европској економији и цивилизацији[25], у другом уза све то иде и припадност једном посебном културном кругу, византијском хришћанству (православљу), често уз дуготрајну доминацијом иновјерног отоманског царства.[26] Па се и сама комунистичка владавина – упркос несумњивим елементима наметања по надмоћној спољној сили – може посматрати

[24] Наравно да смо овдје вазда и у друштву неких предрасуда. Тако М. Олсон истиче како су Кинези, све до привредног „чуда" на Тајвану и у Сингапуру, просјечно сматрани као неспособни за модерни развитак, а то је важило и за Јапанце у другој половини XIX. стољећа. (*The Rise and Decline of Nations. Economic Growth, Stagflation and Social Rigidities*. New Haven and London 1982, pp. 150-151)

[25] A. Przeworski истиче да упркос Хавеловом елоквентном хваљењу субверзивне моћи истине, није тежња за слободом (уколико се та разликује од независности од Совјетског Савеза) него религија и национализам – односно посебан амалгам то двоје – била она духовна снага која је осигурала трајни извор опозиције комунизму. У ствари, (политичка) култура која је по завршетку Другог свјетског рата потиснута од стране комуниста била је у овим земљама (са изузетком Чешке) религиозно-националистичко-ауторитарна смјеса која је донијела неколико диктатура у раздобљу између два свјетска рата. Под комунистичком влашћу она је била замрзнута, па није било прилике да еволуира у демократском смјеру, као у неким другим дијеловима Европе. У великој мјери то је била култура која је одмрзнута у јесен 1989. (*Democracy and Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge-NewYork 1991, p. 93.)

[26] Постоји, наравно, још један културни круг у Европи, или на њеним рубовима – исламски.

као израз ове заосталости/особености, као њен одговор на тешкоће које је донијела модернизација, односно на респективне неуспјехе. У истој оптици се радо тумаче и својевремене јужноевропске диктатуре, као и то што ипак нијесу прошле „стадијум социјализма". Тако да се може поставити питање у којој је мјери комунистичка власт, са својим идеолошким монополом и са својом варијантом убрзане модернизације промјенила основне матрице ове културе, а у којој је мјери заправо потврдила и ојачала. Зар је могла развити склоност индивидуализму, толеранцију, дијалог и сумњу, релативизам и разборитост, кад је живјела од неког митолошког и насилничког колективизма, апсолутизма „откривене истине", ритуализованог монолога, ауторитарности, ксенофобије, да не говорим о зависти, мржњи и производњи непријатеља. Тај ментални свијет – који има способност извјесног прилагођавања, но који је заиста најтеже покренути с његова мјеста, што је у овој транзицији можда неопходно – обухвата и једну политичку културу, али се не своди на њу.

Са ове тачке гледишта основно мјерило разликовања политичких партија – уједно важан елеменат њиховог идентитета и повезивања у систем – јесте њихов однос према самој транзицији, у оба њена вида, али прије свега према транзицији у модерну тржишну привреду (капитализам). Постоје само двије основне могућности: радикална и брза транзиција, или еволутиван, постепен, опрезан приступ. Начелно је могуће бити и против ове транзиције, за повратак у социјализам, или за неку врсту тржишне привреде која није приватновласничка. Међутим, опште прилике, како унутрашње тако и спољне, не обећавају оваквим оријентацијама неку озбиљнију подршку. Што је важније, уношење таквих, или толиких, политичких разлика замутило би слику (под)културних разлика коју овдје преузимам од A. Ágha.

Он истиче да је артикулација оног односа (радикално-еволутивно) мотивисана основним политичким подкултурама. То се не изражава толико у партијским програмима колико у суштински различитом политичком дискурсу. По његовом мишљењу, у Средњој Европи су релевантни сљедећи политички дискурси (који иначе показују блискост са онима у Јужној Европи): (1) традиционално-легалистички дискурс – језик традиционалне политичке класе која се враћа на власт; (2) популистичко-националистички дискурс – стил џентријског (шљахтинског) месијанског национализма и популизма; (3) литерарно-умјетнички дискурс – самоидентификација традиционалне интелигенције као супститута средње класе; (4) религиозно-црквено-оријентисани дискурс – политичка комуникација старијег свијета и запуштених крајева; (5) рационалистичко-европски дискурс – израз традиције реформског процеса и идеје „повратка у Европу".[27]

Истом приликом овај писац представља четири сценарија заснивања политике у овим земљама. Прва два су сценарији историјског понављања, друга

[27] A. Ágh, *The „Comparative Revolution" and the Transition in Central and Southern Europe* у G. Pridham (ed.), *Transitions to Democracy: Comparative Perspectives from Southern Europe, Latin America and Eastern Europe*, Aldershot 1995, pp. 412-415.

два сценарији стварне транзиције. Први и четврти се тичу прије свега Средње Европе, други и трећи цијеле Источне Европе. Већина политиколошких анализа Средње и Источне Европе, сматра он, комбинује црте ових сценарија – заправо наративних матрица – у један противрјечни наративно-дескриптивни и/или теоретско-аналитички оквир.

Први „сценарио" („Успавана љепотица" или „Отети Запад") тврди да је модернизација на западни начин у овим земљама брутално прекинута совјетским освајањем. Совјетска доминација наметнула је туђе улоге и правила, али није могла промијенити суштински западну природу (цивилних) друштава. Сада је „млади принц пробудио успавану љепотицу". Повратак демократији и слободном тржишном друштву изводи се брзо и лако. (Та утопија лаке транзиције присутна је нарочито у Чешкој.)

Према другом „сценарију" („Дубоко смрзавање", „Вјечни Исток"), послије еуфорије све постаје неизвјесно. Прошлост, славна за конзервативце, срамна је за слободну интелигенцију и штампу. Она показује стогодишње противрјечности модернизације коју води држава, емотивни национализам, недостатак демократске културе и тржишног понашања. Совјетска окупација је производ истог тла. (/СФР/ Југославија је најбољи примјер за овај „сценарио", но служи и као веза с наредним.)

Трећи „сценарио" („Латиноамериканизација", „Проширени Југ") у правом смислу ријечи је најгори. Значи могућност супротног кретања, од демократизације натраг у аутократију. Ове земље су увијек биле полупериферија Европе. Масовно незадовољство економским недаћама може да прокрчи пут десном популизму.

Четврти „сценарио" („Повољно вријеме", „Сјевер који обећава") дозива примјер нордијских земаља које су својевремено успјеле да превазиђу економску заосталост развијајући особит социјални модел. Но се може рећи да у већој мјери данас охрабрује јужноевропски (посебно шпански) модел, као хронолошки ближи успјех. „Повољно вријеме" упућује на то да међународни чиниоци више него икад погодују овој демократизацији и развоју тржишне привреде.[28]

Могуће је – нарочито потпунијим укључивањем источноевропског искуства – установити и друкчији распоред политичких дискурса, још неки тип или значајну варијацију у типовима које описује Ágh, као што је могуће везати поједине од ових наративних матрица („сценарија") за карактеристичан дискурс. Умјесто тога, примјетимо да ови дискурси, са својим носиоцима, свједоче о изразитој културној хетерогености ових земаља, о одсуству интегративне политичке културе. Друкчије речено, њихова „испрекидана" историја свједочи о понављаним, значи неуспјелим покушајима успостављања стабилног поретка/владавине односно културне хегемоније. Отуда су овакви дискурси, те наративне и с њима повезане легитимационе матрице – које објашњавају и оправдавају претензију на вођство односно управљање – често важније осе партијског

[28] Ibid., pp. 416-422.

окупљања од социјалноструктурних подјела/расцјепа које евентуално сублимирају али не као актуелне него такорећи кроз више епоха. У исто вријеме је њихов паралелизам, и њихово дјелимично преплитање, важан основ партијског плурализма, и функционисања партијског система, важнији него што је то углавном неизражајни плурализам реалних социјалних интереса.

6. „Слободно и активно" цивилно друштво, чини један од пет момената („арена") на чијем узајамно складном дјеловању почива, према Линцу и Степану, консолидована демократија.[29] Но, што је то „цивилно друштво", и у чему се састоји његово дјеловање на корист демократије?

Питање није тек реторичко. Око „цивилног друштва" заметнула се крајем прошлог стољећа једна ипак плодна контроверза. Термин иначе има дугу историју, све од успостављања вјерске толеранције, можда и античке коријене, али је послије фреквентне употребе у различитим контекстима током XVIII. и XIX. стољећа, готово заборављен у XX. стољећу, скупа с напуштањем поларне опозиције друштво-држава. Оживјели су га, изгледа, интелектуалци-дисиденти у Средњој и Источној Европи у вријеме посттоталитаризма.

Ондје је цивилно друштво схваћено као „паралелни полис" (В. Бенда), као ознака за антиауторитарни, антикомформистички импетус, утемељен на поновном открићу људских права и немакијавелистичке политике. Оно је алтернатива доминацији бирократског инструменталног разума, антиполитички облик политичке акције зато што се одиграва ван или испод официјелних структура. Цивилно друштво изражава захтјев за истином који изазива логику конформизма у терминима опортунистичке санкције „доброг владања". Оно је „моћ немоћних" који се боре за друкчији тип политике, заснован на транспарентности, толеранцији и истини, одговор на смртоносни загрљај институционализоване лажи (Хавел). Као такво, цивилно друштво представља политички мит у Сореловом смислу – галванизује снагу, подстиче социјално буђење, надахњује машту.[30]

Да би се цивилно друштво појавило као противмоћ, или антисистемски покрет, треба да буду испуњени неки услови: потпуна ерозија самопоуздања владајућих елита, код којих идеолошки жар уступа мјесто вољи за моћ ради моћи; увјерење те елите да је постојећа друштвена и економска парадигма застарјела и да су реформе очајнички потребне за опстанак система; образовање паралелних нуклеуса активизма охрабрених одустајањем владајуће групе

[29] Тих пет момената („арена") чије постојање и узајамни (позитивни) утицај заснивају могућност да до консолидације демократије уопште дође су: „слободно и активно" цивилно друштво, „аутономно и цијењено" политичко друштво, владавина права, употребљив државни административни апарат и „институционализовано економско друштво". (Поред тога, или пред тим, мора постојати самостална држава, јер „демократија је облик управљања државом".) – H. Linc и A. Stepan, *Демократска транзиција и консолидација,* Београд 2002, с. 20-21.

[30] V. V. Tismaneanu, *Civil Society, Pluralism, and the Future of East and Central Europe,* Social Research, Vol. 68, No. 4 (2001), pp. 977-991.

од директно и систематски офанзивне политике; постепено поновно заузимање јавног простора од стране тих нуклеуса и њихова постепена али смишљена рехабилитација политике као часног људског посла; артикулација од стране тих независних група политичке, социјалне и културне агенде способне да изрази захтјеве „тихе већине"; обнова смисла за солидарност у неформалним заједницама које граде заметке цивилног друштва.[31]

Ове идеје немају универзалну вриједност. У њима се рефлектује покушај да се у оквиру посттоталитарног поретка, који је доживљен као нека врста окупације којој се крај међутим не види, заснује могућност достојног живота. Цивилно друштво је једини простор у коме је такав живот могућ. Није јасно гдје се тај простор налази. Могло би се рећи, свуда и нигдје. Зато што је тај простор вишеструк и фрагментиран, што је одређен негативно у односу на посттоталитарну државу/власт, као мјесто које она не контролише односно не може контролисати. У крајњој линији, тај простор, као нека аура, постоји око сваке индивидуе с моралним интегритетом, и он се шири у складу са социјалним везама које такве индивидуе граде. Пошто је та држава у опадању, пошто су њени носиоци изгубили вјеру и самопоуздање, и налазе се у дефанзиви, ово цивилно друштво може да се шири. Међутим, ако у очима својих актера представља нешто као основно начело (друштвеног) живота, то је можда зато што не обухвата нити може обухватити државу, као ни грађанско друштво (уколико је то економија). Другим ријечима, кондензовање цивилног друштва око истине и моралних вриједности могуће је само зато што је лаж монополизирана, уосталом као и економија, и док је тако. Отуда тзв. антиполитика или покушај да се нађе „трећи пут", представља само сјећање на прошлост у којој се знало ко је крив (или одговоран) за „све", у коме се могла засновати слобода и смисао једноставно непокорношћу[32] или само презривим игнорисањем власти, а цивилно друштво једноставном искреношћу и оданошћу.

Тешко је рећи у којој је мјери овај „паралелни полис" и живот у њему допринио крају комунистичке власти[33], а у којој је мјери заправо само свједочило о њеној кризи, и немоћи. Треба имати у виду да су га настањивали углавном припадници традиционалне интелигенције. Вјероватно и зато вон Бељме каже

---

[31] Ibid., p. 981

[32] У вези с тим Cf. J. Rawls, *The Justification of Civil Disobedience* у R.E. Flathman (ed.), *Concepts in Social and Political Philosophy,* London 1973, pp. 219-229.

[33] K. von Beyme (*Systemwechsel..., op. cit.,* С.123) наводи ријечи једног угледног мађарског социолога: друштво је ову велику промјену преживјело у апатији. То је, уосталом, био разлог што је промјена власти прошла мирно. Нијесу импулси из цивилног друштва мотивисали промјену него, обратно, нова политика мора мотивисати изградњу цивилног друштва. У вези с тим Cf. i R. Jacoby, *The End of Utopia. Politics and Culture in an Age of Apsthy* . New York 1999. За једну од најуспјешнијих транзиција, ону шпанску, O.G. Encarnaciόn каже да ју је дочекало неразвијено и неактивно цивилно друштво, које се ни касније углавном није промијенило. (*Civil Society and the Consolidation of Democracy in Spain,* Political Science Yuarterly, Vol. 116, No. 1 /Spring 2001/, pp. 53-79.

да је цивилно друштво њена посљедња идеологија.[34] С крајем комунистичке власти, с почетком демократске транзиције, ова идеологија – уколико се може говорити о идеологији – губи упоришта, осим уколико је не апсорбује неки облик популизма или национализма. Сви покушаји, или само наде, да ће се на идејама овог цивилног друштва, на његовој комуникативној основи и на његовом етосу, моћи засновати нова (политичка) заједница, или да ће она – након коначног ослобођења од комунистичке власти – бити прожета његовим вриједностима, показале су се као наивна утопија. Брже него што се ико надао успостављено је „политичко друштво", са својим правилима и својим актерима, а једнако се брзо испоставило да је цивилно друштво, према условима опште и зајамчене слободе организовања и удруживања, у овим земљама заправо неразвијено.

Међутим, криза и крај комунистичке владавине, односно „реалног социјализма" довели су до својеврсне кризе лијеве интелигенције на Западу. Претежно у том контексту може се разумјети ширење обновљених идеја о цивилном друштву ван изворног мјеста те обнове. Тамо су те идеје повезане са другим и новим, свакако лијевим, прерадама као што је комунитаризам.

Управо с такве позиције амерички филозоф M.Walzer иронично каже: „За разлику од тога /од Источне Европе/, ми на Западу живјели смо у цивилном друштву много година не знајући за то." И додаје: „Ми имамо сопствене разлоге да прихватимо позив. Живот асоцијација у „напредним" капиталистичким и социјалдемократским земљама све је више угрожен... хобсовски опис друштва увјерљивији је него што је једном био."[35]

За њега цивилно друштво означава простор непринудног асоцирања људи, а такође и скуп одговарајућих мрежа – образованих на корист породице, вјере, интереса и идеологије – које испуњавају тај простор.[36] Он одбацује могућност да би тако схваћено цивилно друштво могло бити алтернатива било којем од четири конкурентна модерна „пројекта ослобођења" (човјек као грађанин у политичкој заједници, човјек као произвођач, човјек који има слободу избора и човјек као припадник вјечне нације).[37] Оно се не може упоредити са њима и прије може бити коректив – свијету политике, тржишту, национализму – или „оквир оквира", заснован на либерализму у једном ширем смислу, добар начин за супротстављање неједнакостима и доминацији. Цивилно друштво не подразумијева републикански хероизам и грађанске врлине[38] , па би се могло помис-

[34] *Systemwechsel..., op. cit.,* С. 100-101. „Читава интелигенција социјалистичких земаља била је у положају њемачких професора из XIX. стољећа: алиментирана од стране државе и биједно збринута била је стога онемогућена да подстакне опозицију маса, али је тако, својим самоограничавањем у друштвеним повластицама, купила дио духовне слободе." (Ibid., С. 115.)

[35] M. Walzer, *The Concept of Civil Society* у M. Walzer (ed.), *Toward a Global Civil Society,* Providence-Oxford 1995, p. 8.

[36] Ibid., p. 7.

[37] Ibid., pp. 9-15.

[38] Ibid., p. 18.

лити да је живјети у цивилном друштву исто што и „говорити у прози".[39] Другим ријечима, цивилно друштво нуди другостепене али поуздане могућности обуздавања/очовјечавања великих дјела „ослобођења".

7. Како изгледа један развијени концепт цивилног друштва из те, лијеве, односно критичке перспективе, показаћу на примјеру J. Cohen, за коју је цивилно друштво „пројекат, терен и мета демократске политике".[40]

Она полази од трипартитне подјеле која одваја цивилно од грађанског (bourgeoise) друштва или, једноставније речено, разликује цивилно друштво, економију и државу. Само тако, истиче J. Cohen, концепт цивилног друштва може бити средиште критичке теорије у друштвима у којима је тржишна економија већ развила своју аутономну логику или је на том путу. „То нам допушта – каже она – да разлучимо задатак успостављања одрживе тржишне економије...од пројекта јачања цивилног друштва у односу на државу и ослобођене тржишне силе". Поред тога, одвајање цивилног од грађанског друштва, односно од тржишне економије, олакшава супротстављање конзервативним концепцијама друштвеног живота, шири простор егалитаристичким, хоризонталним, несексистичким, отвореним облицима политике заснованим на правима индивидуе, на демократском учешћу у асоцијацијама и јавности. Цивилно друштво може тако бити средина у којој се заснивају политички пројекти и култивишу идеали усмјерени на акцију – насупрот политичкој култури грађанског приватизма или „реализму", који није способан да створи довољно мотивација не за ширење него ни за само одржавање постојећих права, демократских установа, солидарности или правде.[41]

J. Cohen схвата цивилно друштво, дакле, као сферу социјалне интеракције различиту од економије и државе, коју прије свега чине асоцијације (укључујући породицу), и јавност. Модерно цивилно друштво се ствара и репродукује преко разних облика колективне акције, а институционализује правом, посебно субјективним правима. Мада могу постојати одвојено, на дуже стазе су и независна акција и институционализација неопходни за репродукцију цивилног друштва.[42]

Цивилно друштво се, међутим, не може изједначити са читавим друштвеним животом ван државе и економије. Од цивилног треба разликовати једно „политичко друштво" (партије, друге политичке организације, политичка јавност), као и једно „економско друштво" (организације производње, дистрибуције, одговарајућа јавност, установе колективног преговарања, синдикати, коморе итд.). Одлучујуће је то што актери у посљедња два не могу подредити стратешке и инструменталне критерије матрицама нормативне интеграције и отвореној комуникацији која је својствена цивилном друштву. Наиме, док су

[39] Ibid., p. 27.

[40] J. Cohen, *Interpreting the Notion of Civil Society* у M. Walzer (ed.), *The Concept of Civil..., op. cit*., p. 39.

[41] Ibid., pp. 36-37.

[42] Ibid., pp. 37-38.

асоцијације цивилног друштва комуникативно координиране, политичке и економске установе морају бити координиране посредством медија власти и новца, без обзира на то колико се тамо комуникативне интеракције може наћи. За узврат, политичка улога цивилног друштва није директно повезана с освајањем власти, него с генерисањем утицаја, дјеловањем демократских асоцијација и неометане дискусије. То значи да је неопходно посредовање политичког друштва у односима између цивилног друштва и државе, али је исто тако неопходно да политичко друштво буде укоријењено у цивилном друштву. Слично се могу схватити и односи између цивилног и економског друштва (мада је, историјски гледано, економско друштво под капитализмом било успјешније изоловано од утицаја цивилног друштва него политичко друштво). На тај начин је, признаје она, тродјелна подјела постала петодјелна. Ипак, политичко и економско друштво су очито само посредујуће категорије између три основна елемента. Све то не значи да је по дефиницији цивилно друштво у опозицији према држави и економији. Преко економског и политичког друштва оно може имати утицаја на политичко-административне и економске процесе. Антагонизам настаје кад то посредовање изостане, односно кад политичке и економске установе изолују процес одлучивања и његове носиоце од комуникације са друштвеним организацијама, иницијативама и дискусијама или – од њиховог утицаја.[43]

У складу са својом концепцијом цивилног друштва, J. Cohen разликује четири типа политике који настају у њему, а обраћају се самом цивилном, политичком и/или економском друштву. Једно је политика идентитета, свјесна борба за моћ да би се изградили нови идентитети, преобликовале установе те у складу са тим и културна и нормативна очекивања. Само цивилно друштво је и простор и терен ове политике. Друго је политика утицаја која циља на јавно мњење у цивилном и политичком друштву, и настоји да измијени свијет политичког дискурса у складу са основним начелима и културним промјенама које су артикулисане у цивилном друштву. Треће је политика инклузије, усмјерена на ширење политичког или економског друштва како би оно укључило нове актере, који би добили приступ власти или бенефицијама. Четврто је реформска политика, коју воде већ признати актери настојећи да стратешком акцијом дођу у прилику да остваре неке од својих циљева (што вриједи бар за актере који долазе из друштвених покрета).[44]

Мислим да треба имати у виду овај (или овакав) концепт цивилног друштва не само зато што је, да тако кажем, максималистички, већ и зато што се у том облику откривају извјесне слабости цијеле ствари. Он заиста преводи категорије опште социологије на терен политике и политичке социологије, што и сама Cohen признаје[45], и то нас може оријентисати али и завести. Цивилно

[43] Ibid., pp. 38-39.

[44] Ibid., pp. 39-40.

[45] Ibid., p. 39.

друштво је друго име за старо *tout court* друштво, као у старијим контекстима једини извор тежњи, покрета, идеја, идеала, или као простор у коме се укрштају и преплићу различити учинци „система" на појединце као живе људе и њихове мале, слободне удруге. Истина, поред цивилног постоје и „политичко" и „економско" друштво, али то су посредујуће категорије, гдје су актери ипак првенствено оријентисани према држави и економији, односно власти и новцу. Оштро одвајање цивилног друштва заснованог на непринудној комуникацији, на отвореном дискурсу и нормативној интеграцији – од државе и економије које су претежно „системи" или „машине" повезано је, очито, с тим што му се повјеравају тако важни задаци, односно што се у њега полажу тако велике наде. Међутим, апстрактна заводљивост тог максимализма не смије да нас баш заслијепи. Цивилно друштво по дефиницији јесте оно што јесте за Cohenovu, али је оно истовремено једна резидуална категорија. Смијемо ли, у њој, ипак издвојити цркве, бар оне велике, традиционалне, те професионалне и разне приватистичке удруге и, посебно, породицу – сва она мјеста која су за пројекат цивилног друштва неприкладна, ирелевантна или проблематична? Што остаје? Слободно асоцирање у слободном простору, друштвени покрети, борба, утицаји – политике, управо идентитета и инклузије. То су специфичне политике које у политички процес долазе извана, но и зато што се он затворио, отуђио, што послује по властитим правилима, баш као и тржишна економија. Сасвим је могуће да ова схема одговара једном постиндустријском друштву у коме можда постоји јасна издиференцираност цивилног, политичког и економског друштва, као друштава.[46] Само, док је углавном јасно ко су припадници другог и трећег, за прво се то не може рећи. Отпада могућност да су то сви (сви грађани – мада виртуелно, повезујући се и комуницирајући без принуде, то заиста могу бити сви), и ја се узгред питам ко су носиоци, поново, пројекта цивилног друштва?[47] Но, ако се остави по страни тај максимализам, и цивилно друштво „на миру", његова хетерогеност остаће природно својство околине (или оквира) дјеловања државе или економије, која се субјективира на више начина, а тада отпада и питање о „носиоцу". На крају, није сасвим јасно зашто из цивилног друштва, како га је одредила J. Cohen, не би могли стићи конзервативни утицаји, политика чувања неког идентитета или ексклузије умјесто инклузије?

8. Но се у међувремену – од цивилног друштва источноевропске дисиденције до цивилног друштва лијеве интелигенције на Западу – одиграло још нешто. Цивилно друштво је ушло у *mainstream* политичку науку. Наравно, не као еманципаторски пројекат, већ као синоним за активизам у широким слојевима,

[46] Раније сигурно није било тако. Cf. анализу „идеолошких односа моћи" M. Manna, гдје он показује повезаност развитка капитализма и дискурзивне писмености, те говори о двоструком лицу цивилног друштва и његовој испреплетености са државом. (M. Mann, *The Sources of Social Power. Vol. II. The Rise of Classes and Nation-States, 1760-1914*. Cambridge– New York-Melbourne 1993, pp. 36-42.)

[47] О неким савременим облицима повезаности цивилног друштва и државе Cf. и M. Walzer, *Rescuing Civil Society,* Dissent, Winter 1999, pp. 62-67.

за мреже грађанског ангажмана и различита невладина удружења.[48] То је, по свој прилици, и оно што под цивилним друштвом разумију Линц и Степан, уз онај захтјев. Уосталом, сви напутци које транзитологија упућује протагонистима транзиције садрже сличан захтјев, а у складу с тим је и помоћ, финансијска и техничка, која се са богатог Запада упућује „трећем сектору", управо невладиним организацијама у овим земљама.

Комунистичка власт је за собом оставила, сматра се, углавном атомизовано, неповезано друштво. Мада су у неким земљама пред њен крај стале да се развијају активности па и организације (па тако и она „идеологија") које се могу подвести под наслов цивилног друштва, остало је оно заправо сасвим неразвијено. Велика мобилизација с којом је почела транзиција била је политичка мобилизација окренута прије свега успостављању демократије, или основа демократског поретка. Главне ресурсе те врсте потом је ангажовало организовање политичких партија и разгорјевање политичке борбе између њих. Препреке развитку цивилног друштва у овим ипак све разноликијим земљама не могу бити мале. Могу се видјети и у политичкој култури, у организационим и финансијским дефицитима итд., но прије свега у чињеници да су ова друштва у превирању и журби, у великом преображају, те је овај „говор у прози" још задуго у сјенци оног „поетског", или ћутања. „Говор у прози" ипак одговара једном сталоженом друштву, или углавном сталоженом. То не значи да ове препреке неће бити савладане. Ријеч је и о једном процесу учења који никад не престаје. При томе изгледа неизбјежно да се уз демократију, и у њој, уз тржишну привреду, и у вези с њом, конституише дакле и (цивилно) друштво у својој резидуалној слободи и осјетљивости.

При томе, како истиче А. Арато, концепт цивилног друштва у скорије вријеме употребљава се у два различита смисла: да означи скуп друштвених покрета, иницијатива и облика мобилизације и – да укаже на оквир утврђених установа (права, асоцијација, јавности). Међутим, то је разликовање флуидно – мобилизација увијек тражи неку институционализацију. У ствари, можемо разликовати прије свега ступњеве институционализације односно њене стабилности.

Институционализација цивилног друштва у смислу политички релевантних и стабилних удружења и јавности постиже се преко сљедећих установа и пракси:

(1) гарантовања основних права удруживања, окупљања, говора и штампе, што претпоставља:

(2) постојање устава који дјелује као потпуно законит документ, подржан подјелом власти, посебно независним судовима;

(3) институционализацију политички доступних и такође децентрализованих медија комуникације, релативно независних и од владе и од тржишта;

---

[48] Cf. npr. R.D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy,* Princeton 1993. Могуће је, наравно, цивилно друштво схватити и уже – као онај дио демократске политичке заједнице који није непосредно укључен у процесе владања/управљања. Cf. L. Diamond, *Toward Democratic Consolidation,* Journal of Democracy 5 (July 1994), pp. 4-17.

(4) политичку и економску децентрализацију која укључује независну локалну самоуправу те могућности и олакшице за локална и мала предузећа;
(5) прихватање и признавање дјеловања националних и интернационалних невладиних организација и установа посвећених надгледању и заштити права (омбудсман, транснационални судови) и
(6) финансирање асоцијација цивилног друштва.[49]

Ступањ институционализације цивилног друштва у периоду транзиције зависи од више чинилаца: од образаца цивилног друштва који су развијени прије транзиције, од захтјева одоздо, од односа моћи учесника у одговарајућем политичком процесу и њихове идеологије, од постојања релативног консенсуса о будућем политичком оквиру (Ј. Киш), али наравно и од мјере успјеха у успостављању (уставне) демократије. У вези с тим Арато сматра да у условима Источне и Средње Европе треба претпоставити да што је развијенија институционализација цивилног друштва, посебно оних момената (горе наведених од 3-6) који не спадају у минималну дефиницију демократије (полиархије) – утолико ће бити чвршћи консенсус који подржава демократско уређење са слободним и такмичарским изборима и са одговорном владом, утолико ће бити јача легитимност демократије, па тако и њена стабилност и квалитет.[50]

Свакако да у овим земљама недостаје, или је недовољно развијена, одговарајућа култура цивилног друштва и његова дјеловања – култура јавности и критике, консултовања и децентрализације, уздржавања и толеранције, кооперације и стварања претпоставки за „игру с позитивном сумом", нарочито у односу на носиоце власти, итд. Развитак овакве културе ствар је времена, и он се не може пројектовати попут институција. Али, прикладан институционални оквир може засновати повољну „структуру могућности", подстичући тако оне облике дјеловања цивилног друштва који могу позитивно утицати на поменути културни развитак.[51]

Арато најзад указује и на једну оријентацију која из цивилног друштва може угрозити демократску консолидацију. То је, наравно, антиполитичка традиција и непријатељство према политичким партијама. Таква опасност може бити повећана амбицијама појединих асоцијација цивилног друштва да ојачају свој утицај и узму непосредног учешћа у политичком (односно владавинском) процесу, те да се ради тога заложе за неки облик корпоративизма, или за ширење облика непосредне демократије, као што је референдум. Но, она може бити повећана и манипулацијама појединих партија, као и „непросвијетљеном политиком" владе или парламента. Томе се треба супротставити, сматра Арато, прије свега даљим отварањем простора за утицај цивилног друштва. Али – на крају наглашава – ако демократија треба да остане демократија, једнако је

[49] A. Arato, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy,* Lanham-Boulder-New York-Oxford 2000, pp. 71-72.
[50] Ibid., p. 73.
[51] Ibid., pp. 74-75, 77.

важно да се у цивилном друштву актери свих типова, од цркава до синдиката, уздрже од сваког облика популизма и да стално уче „велику демократску умјетност политичког самоограничавања”.[52]

[52] Ibid., pp. 76-78, 80.

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

Democracy, political parties and political system in the post-communist transition

Abstract

This paper discusses the key elements for establishment of a (democratic) political society, pluralism of parties and partisan system and the civil society, as elements of development of a political system growing under the circumstances of a post-communist transition. What is analyzed are the particularities related to constitution of a new political community emerging from the atomized and equalized society inherited from the communist era. Departure of such a society means renewal of suppressed social and cultural issues. The new partisan pluralism, unprecedented in many ways, picturesquely expresses the particularities of such development. The author underlines certain characteristics of political culture of this area, and the unique civil society ideology, which emerged here even before the transition and remained influential and disputed for quite some time.

УДК 340.12 : 323.27 (497.11) „1804/1813”
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 53-71

Др Гордана Вукадиновић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

КОНТИНУИТЕТ И ДИСКОНТИНУИТЕТ У ПРАВУ У ДОБА ДРУШТВЕНИХ ПРОМЕНА

Сажетак: *Одбацујући редукционистичка схватања права која поједностављују стварност, аутор се опредељује за интегралистичко поимање права, и долази до тројног концептуалног оквира за даљу анализу предмета истраживања. Затим разликује хијерархијско и научно значење израза правни систем тј. национални и општетеоријски. Револуцију схвата као континуитет дисконтинуитета и дисконтинуитет континуитета. Што се тиче правних вредности и револуције аутор у функцији реализације слободе, поред реда и мира анализира се и правну сигурност. У том смислу, свако право – и тзв. старо и ново, које у датим оквирима нужности успева да афирмише, односно да помогне афирмацији историјски оптималних могућности човека и друштва у одређеном историјском тренутку - у суштини је средство слободе. Критеријум остварења циља револуције се непосредно изводи из оквира историјске ситуације.*

Кључне речи: *Континуитет. Дисконтинуитет. Револуција. Друштвене промене. Правни систем. Правне вредности.*

I

Први српски устанак стално и изнова представља предмет интересовања не само историчара, већ и правника, политиколога, књижевника[1], социолингвиста и других стваралаца.

Са становишта правне науке, посебно опште теорије права постављају се изузетно значајна, многобројна, и сложена питања. Једно од њих је однос правног система и револуције, одн. шта се збива са правом у доба друштвених преврата, шта је са континуитетом и дисконтинуитетом у праву? У том смислу научна анализа, која има амбицију да размотри овај однос мора почети са елементарним одређењем основних појмова: права, тј. правног система и друштвених промена, посебно, револуције, континуитета и дисконтинуитета.

Међу питањима на која правна наука није дала коначан и потпун одговор јесте и питање шта је право. Историјски посматрано постоји мноштво теорија, школа и праваца који различито одређују појам права. Само, у савременој теорији и филизофији права поред „традиционалних" постоји више од десет праваца истраживања који обележавају „мапу" савремених схватања права. Међу њима најзначајнији су: аналитичка правна теорија, теорија система, дијалектичка аргументација и топичка јуриспруденција, теорија јуристичког дискурса, покрет *Critical Legal Studies*, школа економске анализе права, наративна теорија права, деконструкционизам у праву и др.[2] Остављајући по страни многобројне спорове и вишесмислености око појма права, уочавају се три основне димензије стварности: нормативна, вредносна и релацијска, на које се мисли када се говори о праву. Ако се тако, право схвати интегралистички, „тродимензионално", онда се оно исказује као посебан друштвени процес у коме су понашања, вредносни ставови и нормативна сфера узрочно и функционално повезани и међузависни. Право чини динамичко јединство норми, одређених конфликтних друштвених односа, вредносних ставова и циљева. Ово правнотеоријско становиште обједињује тријадну структуру права: нормативну, социолошку (или релацијску) и вредносну (аксиолошку) димензију. Одбацујући редукционистичка схватања права која поједностављују стварност, а опредељујући се за интегралистичко поимање права, долазимо до тројног концептуалног оквира за даљу анализу предмета нашег истраживања.

Ако се право узме у свом нормативном делу, не као хаотично мноштво, већ као кохерентно јединство правних норми, онда је за његову спознају и спознају револуције потребно поћи од правног система. Израз *правни систем,* односно систем права као синтагма, постоји и у другим језицима[3]. Међутим у теорији, али и социологији права, наилази се на различита значења израза

[1] в. најновији рад С. Велмар-Јанковић: *Востаније*, Београд, 2004.

[2] Г. Вукадиновић, Р. Степанов: *Теорија права I*, Петроварадин, 2001, 22 и даље.

[3] На пример, у енглеском Legal System, System of Law; у француском système juridique; у италијанском, sistema giuridico; у немачком језику Rechtssystem, Rechtlische System, итд.

правни систем, што је делом последица чињенице да се не разликују правни систем и правни поредак[4], или се у правној литератури термини, систем и правни поредак уопште, па, дакле, и правни систем и поредак употребљавају као синоними. Ево једног карактеристичног мишљења о односу ова два израза. „Не постоји погоднији термин од термина 'поредак', мада понекад, уместо њега могу да послуже појмови 'систем', 'структура', или 'образац'. Наравно, појам 'поредак' има дугу историју у друштвеној науци"[5]. „Али се у скоријим временима уопштено избегава, углавном због двосмислености његовог значења и честог повезивања са ауторитарним гледиштима". Ипак, не можемо без њега а и од погрешног тумачења ћемо се сачувати ако оштро дефинишемо општи смисао у којем ћемо га користити[6]. На истом месту Ф. Хајек упућује на свој есеј *О теорији сложених феномена*[7]. Он, тј. поредак „је резултат методолошких разматрања која су ме довела до тога да наставим са употребом непопуларне идеје 'поретка'"[8]. Такође, и у делу *Контрареволуција науке* Ф. Хајек истиче „ако друштвени феномени не показују поредак осим ако су свесно планирани онда, заиста нема места за теоријске науке о друштву и постојали би, као што се често тврди, само проблеми психологије"[9]. Затим наводи, да се у неким радовима колебао па је појам систем често користио у готово истом смислу у којем овде користи поредак, који му још увек изгледа бољи закључује Хајек[10].

По нашем мишљењу правни систем се разликује од правног поретка јер чини његов део. Са друге стране, правни поредак је шири појам, пошто обухвата и нормативан (правне норме и правне акте) и фактички елеменат (правне односе). Правни поредак представља „конкретан скуп правних норми чврсто међу собом повезаних које се више или мање остварују у односима међу људима, који се понашају по њима", тј. правни поредак је једна сложена појава састављена од општих и појединачних правних аката односно, норми и људских радњи у којима се правне норме остварују[11].

[4] О тој разлици види детаљније Г. Вукадиновић, Р. Степанов: *Теорија државе и права*, Петроварадин, 2003, 349 и даље.

[5] Изгледа да коришћење идеје поретка у политичкој теорији иде све од св. Августина.

[6] Ф. А. Хајек: *Право, законодавство и слобода*, Београд, Подгорица, 2002, 42

[7] F. A. Hayek: *Studies in Philosophy*, Politics and Economics, London and Chicago, 1967.

[8] Исто.

[9] Ф. А. Хајек: *Контрареволуција науке*, Подгорица, 1999, 39

[10] Ф. А. Хајек: *Право, законодавство и слобода*, 42

[11] Р. Лукић: *Увод у право*, Београд, 1988, 199

II

Први пут[12] срећемо значење правни систем, готово индентично данашњем у XVIII веку, код Бентама као *Systems of Law* и код Жан-Жак Русоа у *Contrat social* у коме помиње различите законодавне системе. Све до XIX века правни систем означава скуп правних норми једног друштва, пре свега, скуп закона. Током XIX века испитивање правног система добија на замаху, нарочито у оквиру историјско – правне школе, да би у XX веку постигло завидан ниво како у општој теорији права, тако и у социологији и антропологији права.

Најдоследније залагање у поимању права као система и разликовања правног система од правног поретка налазимо у *Чистој теорији права* Ханса Келзена, према коме : „Право није, како се понекад каже, правило. Оно је скуп правила која имају ону врсту јединства коју ми схватамо као систем. Немогуће је схватити природу права ако своју пажњу ограничимо на једно изоловано правило. Односи који повезују појединачна правила једног правног поретка су, такође, битни за природу права. Једино на основу јасног схватања тих односа који чине правни поредак може се потпуно схватити природа права".[13] Систем права на сличан начин везан је за схватање права и у оквиру скандинавског реализма, нарочито А. Роса[14], аналитичке теорије права Х. Л. А. Харта и XX. Раза[15], и у англоамеричкој јуриспруденцији, у монументалном делу Р. Паунда *Јуриспруденција*[16]. С друге стране, и неки од аутора, који су заступници социолошких теорија права, описују и објашњавају целину веза између система правних норми и друштвених односа са којима су норме повезане (на пример: Ж. Гурвич и Ж. Карбоније)[17].

Из мноштва значења израза правни систем издвајамо схватање које нам уноси јасноћу у разумевању сложене проблематике правног система, његовог

[12] Посматрано историјски, почетке систематизације права налазимо у старом Риму код Гаја у његовој трипартицији – лица, ствари и тужбе. У XIII веку поновним откривањем Аристотелове логике и преласком од глоса ка коментарима, јавила се постепено идеја права као једног системског здања. У XVI и XVII веку идеја система права јавља се не само на теоријском него и на практичном нивоу, изражена различитим изразима: умеће (*ars*), подела (дистрибутио), закони (*leges*), итд., у делима Алтузиуса *De arte jurisprudentiae Romanorum*, Бодена *Distributio iuris universi*, Брактона *De legibus et consuetudinibus Angliae,* и Дома *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. (Види тематски број *Archives de philosorhie du droit* посвећен систему права, а нарочито прилоге J. Gaudemet: Tentatives de sistematisation du droit à Rome, *Archives de philosophie du droit*, 1986, T. 31, 11; R. S_ve: Introduction, *Archives de philosophie du droit*, 6).

[13] Х. Келзен: *Општа теорија права и државе*, Београд, 1998, 55 и даље. Слично схватање налазимо и у нашој теорији права код Р. Лукића, по коме је „Право скуп норми које примењује држава". (Р. Лукић: *Увод у право*, 31).

[14] А. Рос: *Право и правда*, Подгорица, 1996.

[15] H. L. A. Hart: *Појам права*, Подгорица, 1994; J. Raz: *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970.

[16] Р. Паунд: *Јуриспруденција*, књ. 1-3, Подгорица, 2000.

[17] Ж. Гурвич: *Социологија права*, Подгорица, 1997, 235-261; Ж. Карбоније: *Правна социологија*, Сремски Карловци, Подгорица, 1992.

континуитета и дисконтинуитета у доба друштвених преображаја. С једне стране, правне норме разврставају, систематизују, или сређују уставотворни законодавни органи према њиховој правној снази на више и ниже норме. То је хијерархијско значење израза правни систем. Поред назива *хијерахијски*, среће се, као синоним, израз *фактички*, или *вертикални*. На тај начин, динамичко мноштво правних норми у сваком друштву чини целину, а не хаотичан скуп, „једно релативно стабилно и кохерентно јединство где владају посебне законитости и поступци њиховог стварања, примене, мењања и престанка"[18].

С друге стране значење израза правни систем односи се на систематизовање или сређивање правних норми према њиховом садржају, односно, друштвеним односима који се нормама уређују. Тако правни систем чини динамичку, логички сређену и непротивуречну целину многобројних општих правних норми једног правног поретка[19]. Ова друга појава назива се научни правни систем и у вези је са првом, чинећи укупност општих правних норми које правна наука сређује у једну кохерентну целину према неким обележјима њиховог садржаја, тј. према сродностима и разликама друштвених односа који су тим нормама регулисани. У класификацији норми, у научном правном систему важну улогу има научно утврђивање функције правних норми у животу. На тај начин право постаје приступачно за свакога кога оно интересује и ко по праву треба да се понаша. Смисао сврставања правних норми у систем испољава се у олакшаном проналажењу правних норми и њиховој примени. Без система била би не само отежана, већ и скоро онемогућена примена права. Поред ове функције у друштвеном животу систематизација служи и томе да се право сазна, схвати и протумачи. Систематизација такође омогућава отклањање противуречности између норми, правних празнина и незаконитости. Поред непосредне практичне примене, систематизација правних норми у правне институције, правне гране и правне области омогућава конституисање научних правних дисциплина. Дакле, тако створен правни систем назива се: *научни правни систем*, с обзиром ко га систематизује, *хоризонтални* у односу на предмет и начин систематизације и *формални*, имајући у виду научно, плански приступ у нормирању друштвених односа. На тај начин разликујемо два значења израза правни систем.

Фактички и научни правни систем имају низ заједничких особина. И један и други састоје се од правних норми међу којима постоје релације међузависности. Прво, постојање фактичког система, као објективног јединства правних норми, чини нужну претпоставку за изградњу научног правног система. Друго, сређивање извора права у научном правном систему обављају научници, правници на основу неких објективних својстава друштвених односа и правних норми из фактичког правног система. Треће, једном изграђен научни правни систем повратно утиче на фактички правни систем: на стварање, примену и престанак правних аката и норми. Научни правни систем нужан је, у првом реду, ради правилне примене права. Он у великој мери помаже доносиоцима

[18] Н. Висковић: *Појам права*, Сплит, 1981, 227

[19] уп. И. Мелвингер: *Увод у право*, Нови Сад, 1965, 314 и 445

општих правних аката јер им указује на правне празнине, садржинске нелогичности, противуречности и друге неусклађености, да би се или извршила измена постојећих, или донели нови општи правни акти којима би се успешније регулисали друштвени односи. Четврто, створен правни систем представља полазну тачку за развој правне науке. Тек кроз систем права општа правна наука у стању је да открије суштину и улогу права у друштву[20]. Оба наведена правна система, фактички и научни правни систем, јављају се у општем правном искуству и у правној теорији на два нивоа – на нивоу конкретне националне проблематике и на нивоу општетеоријске проблематике.

У фактичком смислу израз национални правни систем представља једно мноштво правних норми које сада важе, или су некада важиле у одређеном друштву. Он се употребљава да означи, на пример, „римски", „српски средњовековни", или још уже, правни систем у периоду „борбе за српску државу 1788/1804. до 1833. год."[21]

На општетеоријском нивоу система испитивање постојећих правних система почиње, како је истакнуто, током XIX века, да би у XX веку достигла пун развој. Традиционална филозофија права и као већи део модерне позитивистичке теорије права полазиле су првенствено од истраживања појединих елемената правне појаве, нарочито од идеје правде, правне норме или појединачног интереса Савремена правна теорија усмерава се све више на спознају општих законитости састава и деловања целине правне појаве, – што значи првенствено и „непосредно на правни поредак и правни систем"[22].

На сличан начин поставља се национална и општетеоријска проблематика научног правног система.

Најпре правна наука изграђује националне, научне системе права, тј. сређује изворе права заједно са правним начелима националног, фактичког правног система, који важи (или је важио) у одређеном времену и на одговарајућем простору, у једну кохерентну целину полазећи од извесних обележија садржаја правне норме и разврставајући их у мноштво правних установа, у мањи или већи број правних грана и правних области. При томе не постоји, као утврђена, једна једина могућа шема у стварању националних научних правних система, тј. „један једини репертоар основа за сређивање правних норми" који би у целини и у појединостима био обавезан за правну науку у свим конкретним историјским условима[23]. Не само различите правне системе него, такође, један исти правни систем могуће је научно систематизовати на више различитих начина. Поједини правници, научници, у границама објективних могућности и према извесним циљевима које су себи поставили, врше сврставање полазећи од различитих својстава друштвених односа као основе разврставања.

[20] И. Мелвингер: *Увод у право*, Нови Сад, 1965, 446; Н. Висковић: О правном систему и самоуправном праву, *О систему права СФРЈ*, Београд, 1978.

[21] Љ. Кркљуш: *Правна историја српског народа*, Нови Сад, 2002, 173

[22] Н. Висковић: *О правном систему и самоуправном праву*, 86

[23] Нав. дело: 88

У правној науци до општетеоријских научних система права долази се одбиром и уопштавањем постојећих научних систематизација већег броја националних права. Најчешће су то врло апстрактне шеме за окупљање неких темељних правних установа које су већ утврђене у свим или већини националних научних правних система. У моденој правној науци један од првих и најпознатијих покушаја изграђивања опште теорије научног правног система извршио је Карл Фридрих фон Савињи, а његов програм настасвила је школа појмовне јуриспруденције[24].

С обзиром да правни систем поред просторне има и временску димензију[25], он је стално подложан променама како правних норми, тако и правних грана и правних области. Иако правни систем карактерише јединство (у коме постоји плурализам) правних норми, оне се мењају, трансформишу током времена. Тако и правне установе нису вечне премда их обележава систематичност и трајање. У конкретном правном систему током историје број, садржај и називи правних установа и грана непрестано се мењају. Промене у друштвеним односима, у нормативним решењима као и у научним критеријумима утичу тако да се неке јединице научног система права гасе, или преображавају, а да истовремено друге настају. Најбрже се наравно, мењају правне норме, као и број, садржаји и називи правних установа (које су најуже јединице класификације с „најлабавијом" материјом), док се знатно спорије мењају број, садржаји и називи правних грана и правних области[26].

Поред дневних, „ситних", еволутивних[27] промена у правном систему, постоје и битне радикалне промене – револуције[28].

---

[24] Г. Вукадиновић, Р. Степанов: *Теорија права* I, 154-162

[25] J-L. Bergel: *Théorie générale du droit*, Paris, 1985, 115-139; С. Врачар: Историчност државноправног поретка, *Анали Правног факултета у Београду*, 1991, бр. 1-3, 77

[26] Н. Висковић: О правом систему и самоуправном праву, 88 и даље.

[27] Анализирајући улогу правника у политичкој еволуцији Ф. Хајек истиче: „правник је нужно више несвесно оруђе, карика у ланцу догађаја које не види као целину, него свесни покретач. Било да делује као судија или онај који скицира статут, њему је дат оквир општих идеја у које морамо да уклопимо његову одлуку и његов задатак је да примени те опште правне принципе, а не да их доводи у питање. Ма колико да је заинтересован за будуће импликације својих одлука, он о њима може да суди само у контексту свих других признатих принципа закона који су му дати. Од суштинског значаја за правно размишљање и праведне одлуке јесте да правник тежи да целину система учини конзистентним". Међутим, када је у питању улога правника у револуционарном преображају „ситуација је потпуно друкчија од када је општа филозофија права, која није у складу са већим делом постојећег права, стекла превагу. Исти правници ће истим навикама и техникама и углавном несвесно, постати револуционарна снага, исто тако ефикасна у детаљном трансформисању права као и претходно у његовом очувању. Исте силе, које су првобитно доприносиле недостатку кретања, сада ће тежити да убрзају промену све док не трансформише укупно право далеко изван тачке коју је било ко могао да предвиди или пожели. Да ли ће тај процес довести до равнотеже или дезинтеграције укупног права, у смислу у којем још разумемо ту реч, зависиће од карактера нове филозофије. (Ф. А. Хајек: *Право, законодавство и слобода*, 67-68).

[28] M. Virally: *La pensée juridique*, Paris, 1960, 191-199

Израза *револуција* представља изведеницу од латинске речи *revolvere* која изворно значи обртати, натраг ваљати[29]. Ова реч се прво јавља у природним наукама, у делу Н. Коперника *De Revolutionibus orbium coelestinum* . У терминологији природних наука револуција је означавала стално враћање на исту тачку, стално и периодично кретање, кружно кретање. Али већ од XIV века термин револуција био је коришћен и за означавање друштвених појава. Браћа Вилани из Фиренце употребљавају 1343. године израз *rivoluzione* за нереде и немире који се тада дешавају у Фиренци, а који су по њиховом мишљењу настали под утицајем кретања небеских тела[30]. Када је појам пренесен с подручја астрономије на подручје социологије дошло је до суштинске промене у значењу појма револуције. Тек од револуције из 1688. године реч револуција почиње да се користи и у приближно свом савременом друштвено-политичком значењу[31]. Заправо, „да би се стигло до прве праве револуције која се таквом декларисала треба стићи у 1789., а декларишући се као таква Француска револуција је преобраћала астрономско значење речи: 'револуција' није више била периодично кретање, већ, напротив, разорни удар. Од тада реч револуција означава раскид... који затим рестаурира власт". Подразумева се, да је у историја било пуно народних побуна и устанака, али то нису биле револуције, јер нису имале план, недостајао им је „пројекат„, биле су то само експлозије. „Исто тако историја је поприште државних удара и дворских побуна, али их не сматрамо револуцијама, јер су изведене 'без маса'. Дакле, револуције су народни устанци мобилисани идејама и идеалима који предвиђају 'нови поредак'. Зато је Француска револуција била нови тип догађаја регистрован и уписан као нови концепт„[32]. Од тада револуција означава један тип коренитих друштвених промена где се нешто „старо" замењује „новим" и другачијим.

На питање зашто је до промене значења израза револуција дошло, одговор није баш сасвим јасан. Због те двоструке употребе овог појма у научне сврхе с једне стране, неки аутори предлажу да треба напустити подручје етимолошког значења термина револуција, које у науци живи само као метафора[33]. С друге стране, писци који се залажу у прилог задржавања овог термина истичу његову еластичност, његову широку примену и општу популарност. Израз рево-

[29] Енциклопедија лексикографског завода, Т 5, Загреб, 1969. Прецизније револуција значи: „1. Кореницу, темељну промену, преврат у друштвено-економским односима, брзи преображај једне преживеле друштвено-економске формације у другу (обично напреднију) насилним путем; 2. Коренит преображај, преокрет у једној области живота и рада (схватању, психи, култури итд.); 3. Врста кретања небеских тела око других небеских тела." (*Речник Српскохрватског књижевног језика*, књ. 5, Нови Сад, 1973, 477).

[30] Д. Симеуновић: *Државни удар или револуција* (Реконструктивни оглед о насиљу и револуцији), Београд, 1991, 9

[31] Исто.

[32] Ђ. Сартори: *Демократија. Шта је то?* Подгорица, 2001, 279

[33] П. Јовановић, Н. Димитријевић: *Савремени политички системи I*, Нови Сад, 1991, 69; A. Künzli: Против парсифалсоцијализма, *Praxis*, 1969, бр. 1-2

луција има сличну судбину као и реч демократија[34], због вишезначности и прекомерне употребе ове речи[35] У сваком случају револуционарном променом једна „ствар" прелази у другу, мења се њен смисао и суштина, та појава престаје бити то што је била и постаје нешто суштински друго. Револуција је „једини политички догађај који нас усред историје директно и неизбежно суочава са новим почетком". За разумевање, не само модерних револуција као историјски радикалног чина[36] „пресудно је то да су идеја слободе и искуство новог почетка међусобно спојени у самом догађају"[37] .

И изрази *континуитет* и *дисконтинуитет* нису непознати савременим, пре свега европским језицима. У латинском језику постојао је израз континуитет. Он долази од глагола *continuo* који значи прикључити, свезати са, сјединити, наставити. Континуитетом се означава непрекидност, трајање или повезаност једне појаве. Ипак континуитет је и „нешто више од пуког трајања"[38] јер подразумева и „мале континуиране промене"[39]. Са вредносног становишта, како ка-

[34] Аренд Лајпхарт један од најзначајнијих истраживача демократије даје једну „мапу" са 36 демократија. (А. Лајпхарт: *Модели демократије*, Београд, Подгорица, 2003, 106-116); Ђовани Сартори указује: „да је расправа о демократији пуна замки. Прва замка је терминолошка: расправља се о речи занемарујући бит. То је прва симплификација о којој ћу да говорим под насловом етимолошка или буквална демократија, друга симплификација је 'реалистичка', боље речено ради се о лошем реализму: то је изјава да је важно само оно што је реално и да идеал није важан. Трећа симплификација је, обрнуто, 'перфекционизам': максималан идеал у све већим дозама. После тога, односно после замки, следићу нит конверзије идеала у реалност: који је то коректан однос између треба-бити и бити. Сви ми мање-више знамо (то је најлакше) како треба да изгледа идеална демократија, али се мало зна (а то је најтеже) о условима могуће демократије". (Ђ. Сартори: *Демократија. Шта је то*? 92); Поред А. Лајпхарта и Ђ. Сарторија и Роберт Дал истиче: „На самом почетку суочавамо се са чињеницом да се и у уобичајеном и у филозофском речнику реч 'демократија' може исправно употребити да означи како идеал, тако и актуелне, постојеће режиме који су још доста далеко испод тог идеала. Двоструко значење често изазива забуну. Поред тога, ако је демократија истовремено и идеал и стварност која се може достићи, на који начин пресуђујемо да ли је неки конкретни режим довољно близу идеала да бисмо га сматрали демократским. Проблем није безначајан, јер није реч само о употреби поменутог израза, иако је његов значај мали. Он се састоји у одређивању одговарајућег разумног прага или нивоа. Укратко, како најбоље оценити да је један режим, систем или процес демократски а не, на пример, олигархијски, аристократски, или онај у коме се на кључне позиције долази искључиво по заслугама (меритократски)? Очигледно је да су нам за то потребни показатељи подобни за примену у свету реалних политичких система. При стварању и примени показатеља демократије ми нужно излазимо из сфере језика, процена и давања судова – у жаргону савремене политичке науке то јест нормативне теорије – и улазимо у више емпиричке воде. Могу ли се и нормативни и емпирички аспект демократије комбиновати у једну јединствену теоријску перспективу? Као што ће се показати у овој књизи, ја верујем да могу, иако је сам тај задатак веома широких размера". (Р. Дал: *Демократија и њени критичари*, Подгорица 1999, 62).

[35] Д. Симеуновић: *Државни удар или револуција*, 9.

[36] Х. Маркузе: Крај историје. *Есеји о ослобођењу*, Загреб, 1972, 57.

[37] Х. Арент: О револуцији. *Одбрана јавне слободе*, Београд, 1991, 22.

[38] К. Lowith: *Свјетска повијест и догађање спаса*, Загреб, 1990, 49.

[39] Г. Петровић: *Филозофија и револуција*, Загреб, 1983, 155.

же Ф Хајек, „када постане јасно да је оно што је омогућила цивилизација била еволуција традиције, можемо бар да кажемо да је спонтана еволуција нужан ако не довољан услов прогреса[40]".

Израз дисконтинуитет представља сложеницу која је састављена из префикса *dis* који у латинском означава „не", и глагол у инфинитиву[41]. Префикс *dis* употребљава се у значењу супротности уопште. Дисконтинуитет означава прекид, непродужавање појаве па је његов смисао супротан континуитету. Најчешће дисконтинуитет настаје револуционарним променама у ширем смислу (крајем или нестајањем одређених друштава или цивилизација), из којих проистиче нешто различито, нешто друго[42]. Одредивши значење термина, као и нивое и аспекте наше теме приближили смо се одговору на питање шта се збива са раније важећим правом и у праву које се „револуционише"?

III

Да бисмо одговорили на питање о односу правног система и револуције морамо поћи од суштине човека и његовог друштва и права као човековог производа, који се јавља само у људском друштву и којим човек „производи" нова укупна стања и односе. Човек тежи да очува и учврсти оно што је створено, као и жељу да превазиђе наслеђено, да старо замени новим. Или другим речима „оно што човека чини политичким бићем јесте његова способност делања, она му омогућава да се удружује са другима, да дела заједнички и да тежи оним циљевима и подухватима који му, да му овај дар није дат, никада не би пали на памет, а да и не говоримо о жељама његовог срца – да се упусти у нешто сасвим ново"[43]. Човекова потреба за променама, непрекидно незадовољство, непотпуност и недовољност достигнутог исто је тако насушна потреба, као и она да сачува и продужи оно што је затекао. Тако човек појединачно, сам за себе, и као део друштва без обзира на конкретне и цивилизацијске разлике стално мења и своје услове живота и себе[44]. Једино човек као мисаоно, стваралачко и антиципативно биће, тежи да сазна смисао света, буни се и не мири са постојећим. Овај напор има свој основ у најдубљим слојевима човековог бића. Из наведене противуречности, из незадовољства постојећим рађа се свест о алтернативи, ничу идеје продора у један другачији, бољи свет и настаје социјална револуција која симболизује дисконтинуитет, историјски рез, радикални чин или раскид са постојећим и стварање новог поретка. „Силе историје" нису издвојене из кон-

[40] F. A. Hajek: *Право законодавство и слобода*, 404.

[41] М. Жепић: *Латинско-хрватски или српски рјечник*, Загреб, 1989.

[42] K. Lowith: *Свјетска повијест и догађање спаса*, 49.

[43] Х. Арент: *О насиљу*, Београд, 2002, 103.

[44] H. Arendt: *Vita activa*, Загреб, 1991, 237, и даље.

текста људског живота, јер човек представља организовану друштвену снагу која „повлачи конац свих чинилаца на свим тачкама друштвеног процеса... и усклађује деловање различитих сила”[45]. Социјална револуција је, дакле, друштвени преображај у којем су људи непосредно и нужно суочени с проблемом „новог почетка”, а њен циљ данас као и увек не може да буде ништа друго до сама слобода[46]. Поред свеобухватности социјалних и политичких промена којима се прекида континуитет историјског развоја, истовремено се изражава амбиција успостављања једног суштински новог света. Лако је, међутим, увидети да у животу ни једна револуција није срушила постојеће стање тиме што је порекла сва достигнућа ранијих генерација. Елементи старог увек су на неки начин повезани, испреплетени, проткани са новим, или обрнуто, дисконтинуитет је у нужној прожетости и у јединству са континуитетом.

У погледу права карактеристично је да се све промене које не прекидају континуитет врше у складу са одређеним нормама позитивног права. Једном речју, те промене су легалне. Услед тога се у теорији права јављају гледишта да је легалност промена битан показатељ континуитета, а нелегалност знак дисконтинуитета. Па тако, уколико се промене врше супротно нормама позитивног права а суштина права остаје иста, ради се о континуитету. Док постоји континуитет није извршена револуција, али ако је она извршена немогуће је да постоји континуитет. „Дисконтинуитет показује револуцију, а револуција се кроз дисконтинуитет остварује”. Зато се може рећи да је дисконтинуитет критеријум револуције и – обратно, како у садржинском друштвено-политичком, тако и у формалном смислу. Сам појам револуције указује „на квалитативну промену, односно, на смену једног државноправног поретка другим. Дакле, дисконтинуитет је само специфичан израз извођења револуције државноправног поретка”[47]. Једна од могућности разрешења односа права и револуције налази се у револуцији која је још екстралегални, али не и противправни чин. С обзиром да се појам права схвата шире „у смислу његове садржајне сагласности са принципом слободе и једнакости. На тај начин право се не исцрпљује у закону и не да се свести на закон и законитост”[48] По нашем мишљењу критеријум континуитета и дисконтинуитета треба тражити другде, у суштини, у бићу права, одн. да ли помаже даљој афирмацији оптималних могућности човека и његовог друштва.

На једном најопштијем нивоу социјалне револуције су врло сложене појаве које доводе до суштинских промена не само у праву него и у свим сферама друштвеног живота, омогућујући битно другачији положај човека. Са економске стране успоставља се нов начин производње, док са правне тачке гледишта,

---

[45] З. Голубовић: *Човек и његов свет*, Београд, 1973, 274; Ф. Мачек: *Филозофија свјетске револуције*, Загреб, б. г.

[46] Х. Арент: *О револуцији*, 5

[47] С. Врачар: Револуција и дисконтинуитет државно правног поретка, *Анали Правног факултета у Београду*, 1961, бр. 4, 428

[48] Љ. Тадић: *Наука о политици*, Београд, 1988, 136.

револуција увек тежи да сруши цео правни систем. У политичком смислу револуција се показује као замена једног типа политичког система другим, односно као радикално мењање постојећег државноправног поретка као његовог главног дела, док са становишта идеологије револуција представља последицу сукоба двају различитих погледа на свет. Сложеност социјалне револуције огледа се у томе што сви ти елементи чине јединство, а револуционарне промене врше се било истовремено, или пак одређеним редом и условљавањем[49] промене, које имају свој завршетак[50].

Све до недавно социјална револуција посматрана је као унутрашњи преображај у чијој су се позадини налазили међународни односи. Међутим, данас све се више јавља захтев да је неизбежно у њиховом проучавању укључити светске међународне, економске и политичке односе[51].

Социјална револуција са мноштвом разноврсних промена у економској сфери може да буде пропраћена политичком револуцијом, која се увек састоји у освајању политичке власти неопходне за очување и унапређење новог начина устројства живота. У типичним случајевима револуција се изводи радикално, непосредном применом силе и насиља а на крају преуређењем система власти (класични примери су француска и совјетска револуција). Будући да је насиље инструментално, оно је „рационално у оној мери у којој је ефикасно у достизању циља који мора да га оправда"[52]. При томе, насиље као ни моћ нису природни феномени „они припадају политичком домену људских односа чији је суштински, људски квалитет гарантован човековом способношћу делања; способношћу да почне нешто ново"[53] У историји насиље је средство револуционарног преображаја, али се револуција може догодити и без употребе силе, у виду сукцесивних преображаја који тек у целини представљају револуцију (добар пример је енглеска револуција)[54] .

Физичка сила као инструмент политичке револуције нарочито је видљива у њеној изненадној ерупцији која се испољава у рушењу старог политичког и правног поретка „и у (готово неизбежном) терору као пратећој појави политичких револуција". И управо „принуда и насиље који прате ове политичке револуције нарочито њихов 'вишак' деловали су код многих одбојно према револуцији"[55], као и према улози права у револуционарном преображају.

---

[49] Л. Питамиц: *Pravo in revolucija*, Љубљана, 1920.

[50] „Политичка револуција је конфигурисала догађај који се мора завршити (исто као и ратови) у тренутку који је могуће прецизирати: поразом побеђеног и победом победника". (Ђ. Сартори: *Демократија. Шта је то?* 280).

[51] Г. Босвел: Теорија светског система и социјална револуција, *Марксизам у свету,* 1989, бр. 2, 47.

[52] Х. Арент: *О насиљу*, 99 и даље. Х. Арент сматра да је насиље више средство реформе, дакле, еволутивних промена, него револуције.

[53] Нав. дело, 100 и 104.

[54] J. Woddis: *New Theories of Revolution*, Лондон, 1972; E. Hyams: *A Dictionary of Modern Revolution*, Лондон, 1973.

[55] Љ. Тадић: *Наука о политици*, 132

Што се тиче права, будући да друштво изражава себе правом у целости, оно у њему изражава све процесе који се ту јављају. Пошто се правом регулишу нови односи у друштву, „програмирају" нова укупна стања човека и друштвених односа, право се јавља као активан чинилац у процесу револуционарног преображаја. Без обзира на све могуће специфичности историјских околности: начин раскида са старим поретком, социјалним структурама њених носилаца, циљевима, неопходно је имати у виду да сваки револуционарни преображај у себи садржи, условно говорећи, два аспекта. Један је *деструктиван* (разградња темеља постојећег друштва, рушење старог друштвеноправног поретка), а други *конструктиван* (успостављање новог типа друштвених односа и стварање одговарајућих политичких и правних институција). Док разарање старог по правилу кулминира у једном насилном преврату, изградња новог је дуготрајан процес, који се развија деловањем нових структура, укључујући ту и право. Због тога ни дисконтинуитет не може бити „тренутни акт". С једне страна разбија се и елиминише структура ранијег правног система, укидају се правне норме, акти, институти који су га сачињавали и изграђује нов правни систем. „Нестанак ранијег је претпоставка настанка новог"[56]. Када се револуција врши на други начин, када „прображај није тако одсечан и очигледан", тада стари поредак трпи веће или мање модификације у битним или мање битним компонентама[57].

Међутим, као и свугде у објективном свету па тако и на подручју права, ново се рађа из старога и у новом садржају нужно остају елементи старог садржаја58 . „Негирање старог садржаја уједно је и 'моменат везе' и нужног континуитета."[59] У новом правном систему може, а тако и бива, да се испуне неке нове правне обавезе које су настале у старом правном систему, са којим је прекинут континуитет, као што у новом правном систему остају нетакнута нека субјективна права која и даље важе, тзв. стечена субјективна права[60]. Та загарантована стечена субјективна права није ни могуће, а ни сврсисходно укинути. Ни један законодавац није у могућности да укине читаво „право из претходног система јер би тиме у деликатним условима преузимања и организовања нове власти" наметнуо себи велики посао око новог правног нормирања и то у оним односима који нису битни за егзистенцију његове политичке власти. С друге стране, таквим поступком био би доведен у питање минимум правне сигурности[61]. Дак-

---

[56] С. Врачар: Револуција и дисконтинуитет државно правног поретка, 429.

[57] Исто. За револуције које су се скоро десиле „најважнији израз и истовремено показатељ дисконтинуитета јесте доношење новог устава, по садржини радикално различитог од ранијег, а само доношење је супротно правилима о ревизији који садржи стари устав". (Нав. дело, 430).

[58] Б. Перић: *Структура права*, Загреб, 1972, 87 .

[59] Исто.

[60] Види детаљно разматрање о правди и стеченим правима, посебно о сукобу закона у времену и теоријама о стеченим правима код С. Перовића: *Правнофилозофске расправе*, Београд, 1995, 9-145.

[61] Б. Перић: *Структура права*, 82

ле, револуционарни и рационални законодавац, не може сва субјективна права оснажити, нити их све може укинути. То значи да између новог и старог правног система, у ствари, не постоји апсолутни, већ само релативни дисконтинуитет. Тако, на пример, у својинским односима и политичким правима наступа дисконтинуитет, док у другим областима, рецимо, породичним односима, могу да остану елементи старог, претходног права[62].

Видимо, дакле, да у доба социјалних револуција долази до дисконтинуитета у сфери права, а да ипак творевине једног права нису у потпуности изгубљене, већ се преузимају из ранијих система и прилагођавају новој улози. Прекид је према томе постепен, уз постојање веза између претходног и новог права. Тако се динамика права манифестује и изражава у постојању не само различитих облика права, већ и елемената различитих типова права. И поред тога правни систем није мозаик одвојених или суседних домена, већ изразито јединство различитих, понекад чак и сукобљених типова права. На овај начин прихватамо плуралистичку концепцију права, која отвара једну нову, значајну оријентацију у поимању система права у свој његовој сложености и целокупности. Истовремено, превазилазе се једностраности у схватању права што је од нарочитог значаја како за теорију права, тако и за правну праксу, у процесу остваривања, тумачења и примене права.

IV

С обзиром да право схватамо интегралистички као динамичко јединство одређеног типа конфликтних друштвених односа, вредносних ставова и циљева, као и система норми које те односе принудно уређују, неопходно је испитати и његову вредносну димензију у доба друштвених преображаја. Ту димензију правног искуства чине вредносни ставови и циљеви „којима се оцењују и пројектују правно релевантни друштвени односи”[63] . Остављамо по страни непосредно бављење релацијском димензијом, и ограничавамо се на испитивање и револуције и правних вредности.

Мир представља основну и „универзалну” правну вредност која проистиче из саме суштине човека, а чије непостојање укида, или доводи у питање остваривање реда, правне сигурности, као и осталих вредности без којих нема права. И само конституисање друштва у правни поредак постоји онда када се мноштво различитих, чак сукобљених интереса може „организовати”, стабилизовати и принудно усмеравати правним нормама. Бит и суштину мира чини спречавање самовоље или илегалног и насиља појединца или колектива који настоје да монополизују физичку принуду. Стање нереда и насиља, ратова и

[62] Ж. Миладиновић: *Стечена права*, *Jura qaesita,* Београд, 1926.

[63] Н. Висковић: *Појам права*, 107

сукоба погодује аномији и хаосу, стању Хобсовог *bellum omnium contra omnes*. Сама правна вредност мира тежи универзализацији не само у националним, него и оквирима међународног мира како би право могло функционисати. Због тога разликујемо мир у ширем смислу који означава уљуђене односе реда, хармоније, који се успостављају након нереда, побуна, оружаних борби и револуција. У ужем смислу мир на унутрашњем плану у једној држави означава релативно хармоничан и цивилизован однос између људи. С једне стране, „човек је биће реда и мира, стварања а не разарања, па и када крши ред и мир, он то чини, пре свега, ради остварења бољег мира и реда"[64]. С друге стране, „мир једини омогућава опстанак света и у њему остварење највише универзалне светске вредности – опстанак људи у њиховом људском достојанству"[65].

Упоредо са миром иде и ред који право штити, али који је и претпоставка остваривања осталих правних вредности. Ред као онтолошко својство законитости света, постаје у аксиолошком виду вредност што значи да треба да постоји као позитивно својство света. Поред тог објективног постојања реда, ред постоји и субјективно, у садржају људске свести „који обавезује на одређено понашање, који постаје дужност и добија нормативну снагу"[66]. И људи као појединци и друштво као целина стално улажу напор да остваре што чвршћи и што јасније одређен ред. Тако у друштву и код појединаца преовладава тежња за редом која преовладава над такође присутном тежњом за нередом. Од тих рушилачких тежњи треба разликовати настојања за суштинским променама у доба револуције, као и оне за увођењем новог реда и поретка, нових вредности. Имајући у виду да се у току трајања револуције разликују фазе рушења „старог" и период изградње новог, који може да траје дуже или краће[67], појављују се снаге, које су за одржавање датог поретка, и друге које су за његово рушење због чега настају сукоби и борбе. Све у свему, кад се све узме у обзир нема увођења новог реда и поретка који није повезан са борбом и који не носи за собом и неко зло[68]. Међутим, само по себи није никаквим неминовним законима друштва и природе обезбеђено да ће ново право, тј. правни систем бити бољи. Критеријум за то треба тржити у суштини човека и друштва, у степену остваривања циљева слободе. Да би се слобода остварила поред мира и реда нужна је још и правна сигурност.

У анализи правних вредности у доба коренитих промена, посебно у периоду изградње „новог" поретка ваља разликовати три димензије правне сигурности. Пре свега, временску димензију, изражену кроз захтев за стабилност правних прописа у времену. Затим садржинску димензију која је везана за стабилност садржаја којим се усмеравају правни прописи, тако да се правним нор-

[64] Р. Лукић: *Систем филозофије права*, Београд, 1992, 227

[65] Нав. дело, 461.

[66] Нав. дело, 225.

[67] M. Virally: *La pensée juridique*, 193.

[68] Р. Лукић: *Систем филозофије права*, 226.

мама генерално и апстрактно предвиђају обавезе, овлашћења, прекршаји и санкције. И, коначно, друштвену димензију, према којој је правно регулисање усмерено унапред, на све будуће истоврсне односе унутар заједнице.[69] Тако се нужност правне сигурности исказује на свим „нивоима" права, стварању, и примени, тј. његовом остваривању.

С обзиром да је правна сигурност један од темеља друштвене сигурности, коју је још Монтескје одредио као извор „друштвеног спокојства" она је тесно повезана са миром. Двострука веза између вредности мира и правне сигурности исказује се на следећи начин: „Прво, сигурност као трајнија предвидљивост могућа је у конфликтном друштву тек при стању мира будући да самовољно, приватно и насилно решавање сукоба увелико смањује могућности или чак чини илузорним предвиђање и планирање понашања правних субјеката"[70]. У том смислу може се констатовати да је мир један минимум правне сигурности[71]. И друго, „кад је већ успостављен мир и заснована политичка власт принцип правне сигурности тражи још и објективизацију деловања или ог-раничење моћи носиоца политичке власти. Захтева се, наиме, да политичка власт ствара правне норме и врши радње физичке принуде по унапред предвиђеном поступку, и да одржи трајност (стабилност) успостављених правних односа"[72]. И док је мир ограничење насиља међу грађанима, правна сигурност подразумева заштићеност грађана од међусобних самовољних и незаконитих поступака, као и заштићеност грађана од самовољног и незаконитог упадања субјеката политичке власти у њихове интересне сфере[73]. Управо у овом другом делу испољава се посебан значај правне сигурности у процесу друштвених преображаја и њене усмерености на политичку власт, с обзиром да они који имају монопол физичке принуде у друштву, имају и највећу могућност самовоље и гажења закона, па дакле и правне сигурности.

Оно што се односи на правну вредност мира важи и за правну сигурност. Сигурност је релативна зато што је немогуће да се оствари стање потпуне предвидљивости. Та немогућност је онтолошке и гносеолошке природе. Имајући у виду нова сазнања, човек непрекидно и нужно преображава сопствене и туђе услове живота а да при томе потпуно не „контролише" властите творевине. Људима, наиме, није дато да сазнају суштину ствари, коначну истину, крајње узроке и сврху света да би томе саобразе или правно регулисање. И друго, правна сигурност коју носи правни поредак јесте „општа људска вредност у оној мери у којој је нужан услов опстанка друштва и одређеног спокојства и развоја појединаца"[74]. Постоје и могу постојати случајеви нарушавања правне

[69] Е. Пусић: *Друштвена регулација*, Загреб, 1989, 208.

[70] Н. Висковић: *Појам права*, 142.

[71] L. L. Lacambre: *Filosofia del derecho*, Barcelona, 1961, 588.

[72] Н. Висковић: *Појам права*, 142.

[73] Исто.

[74] Исто.

сигурности у доба револуције, у виду недовољне каквоће и количине права, као, рецимо, неусклађеност права и друштвене стварности, предвиђање ретроактивног дејства правних норми, постојање честих правних празнина итд.[75]

Поред тога што је вредност правне сигурности релативна она је и амбивалентна. „Кад је максимално остварена правна сигурност престаје бити пожељна. Неизвесност као доживљај дезоријентације и страха који је извор захтева за сигурношћу, претвара се, кад је сигурност ма и приближно остварена, у спремност на неизвесност у позитивном смислу", као могућност новог, као слободу. То се односи на слободу, потребу за променом постојећег правног система нарочито ако се „у друштву шире и јачају интереси који у оквиру тог система не налазе могућност властитог задовољавања". Променом правног система, међутим, почиње нови циклус неизвесности и сигурности. Модалитети мењања по правилу повећавају степен неизвесности у друштву и то овај пут опет као негативан доживљај помањкања оријентације и непоузданост функционисања институција. Правна сигурност опет постаје пожељни циљ"[76].

Ако се слобода као вредност схвати као битно људско својство и сама суштина човека, онда слобода није ништа друго него самоодлучивање и могућност самоодређења субјекта. Самоодлучивање означава одсуство спољашњих утицаја било природних, политичких, религијских или идеолошких на одлуке које човек доноси. За самоодређење је битно да „омогућује човеку да учествује у стварању самог себе да себе остварује у правцу који сам изабере... додајући себи нешто што му природа није дала, остављајући у њему празнину, коју треба да попуне он и друштво. Дајући човеку тако могућност самостварања слобода је једна од основних вредности за човека и друштво, коју право мора да штити и развија". Слобода је благослов природе за човека јер му омогућава да обезбеди срећу у животу која се заправо суштински састоји у могућности да се живи по својој вољи, што значи слободно. „Ход слободе је ход човечанства, она је једна од основних мерила човештва, па према томе и права"[77].

Ако је крајњи циљ револуције слобода, а ново право које се ствара у том погледу јесте важно средство, поставља се, на крају, питање да ли је оно ту своју функцију у свим револуцијама подједнако остваривало. При давању одговора на питање мора се поћи од тога да је свако право – и тзв. старо и ново, које у датим оквирима нужности успева да помогне афирмацији историјски оптималних могућности човека и друштва у одређеном историјском тренутку, – у суштини средство слободе. Критеријум остварења циља револуције мора се тако непосредно изводити из оквира историјске ситуације (укупност односа нужности, могућност деловања у оквиру њих и подобност датог права да афирмише у том историјском тренутку остварљиве потенцијале човека и друштва). Тако смо стигли до сигурног критеријума оцене вредности правних система

---

[75] С. Перовић: *Првно-филозофске расправе*, 382

[76] Е. Пусић: *Друштвена регулација*, 210

[77] Р. Лукић: *Систем филозофије права*, 222

одређеног друштва. Том мером мерени, правни системи појединих друштава и историјских епоха, показаће се као системи који су стајали испод нивоа својих историјских могућности.

V

На основу претходног излагања о котинуитету и дисконтинуитету права у доба друштвених промена могу се истаћи многобројни закључци. Задржаћемо се само на неким идејама, утолико пре што сви остали закључци проистичу из њих, или се на њима, мање-више, заснивају.

Прво, теоријскоправна расправа мора поћи од разликовања хијерархијског и научног значења израза правни систем. Оба наведена правна система, фактички и научни правни систем, јављају се у општем правном искуству и у правној теорији на два нивоа – на нивоу конкретне националне проблематике и на нивоу општетеоријске проблематике.

Друго, елементи правног система стално су подложни променама. Поред дневних, „ситних", еволутивних промена у правном систему, постоје и битне радикалне промене – револуције. Револуцијом се прекида континуитет историјског развоја, а истовремено се изражава амбиција успостављања једног суштински новог света. Међутим, у животу ни једна револуција није срушила постојеће стање тиме што је порекла сва достигнућа ранијих генерација. Елементи старог увек су на неки начин повезани, испреплетени, уткани у ново, или обрнуто, дисконтинуитет је у нужној прожетости и у јединству са континуитетом. Тако се револуција изражава као „дисконтинуитет континуитета и континуитет дисконтинуитета". У сфери права, творевине једног права нису у потпуности изгубљене, већ се преузимају из ранијих система и прилагођавају новој улози. Прекид је према томе постепен, уз постојање веза између претходног и новог права. Динамика права се манифестује и изражава у постојању не само различитих облика права, већ и елемената различитих типова права.

Треће, што се тиче правних вредности и револуције неопходно је у циљу реализације слободе да се поред реда и мира оствари и правна сигурност. Свако право – и тзв. старо и ново, које у датим оквирима нужности успева да афирмише, односно да помогне афирмацији историјски оптималних могућности човека и друштва у одређеном историјском тренутку – у суштини је средство слободе. Критеријум остварења циља револуције мора се тако непосредно изводити из оквира историјске ситуације (укупност односа нужности, могућност деловања у оквиру њих и подобност датог права да афирмише у том историјском тренутку остварљиве потенцијале човека и друштва).

Gordana Vukadinović Ph.D. Full professor
Novi Sad School of Law

Continuity and discontinuity of law in times of social changes

Abstract

The author rejected reduction in legal concepts, which led to simplification of reality, and she opted for integral views, whereby she came to a trilateral conceptual framework for further analysis of the research topic. She split the notion of legal system by its hierarchical and scientific meaning, into the national and generally theoretical. She understands the revolution as both continuity of discontinuity and discontinuity of continuity. In light of legal values and revolution, the author analyses legal certainty as a tool for exercising liberty, together with law and order. In line with all the previously mentioned, any right – be it old or a new one, which leads to affirmation of historically optimal capacities of an individual or a society within a specific historical moment, represents in its essence an asset of liberty. Criteria that apply to achievement of revolutionary goals are drawn directly from their historical framework.

УДК 342.9 (497.11)
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 73-94

Др Драган Милков, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

МОДЕРНА ДРЖАВНА УПРАВА У СРБИЈИ

Сажетак: *Модерна државна управа подразумева више различитих елемената. То је, најпре, квалитетна унутрашња организација, која пружа претпоставке за ефикасан и економичан рад. Поред тога, за модернизацију државне управе је веома битно поштовање принципа образовања органа управе. Коначно, модернизација нужно подразумева и усавршавање механизама контроле управе укључујући и увођење оних који у Србији у овом часу недостају, а то је институција омбудсмана.*

Кључне речи: *државна управа, модернизација државне управе, унутрашња организација државне управе, принципи образовања органа управе, контрола управе.*

1. Увод

Државна управа спада у оне делове политичког система који изазивају највећу пажњу стручне и опште јавности. Разлог за овакво стање налази се у чињеници да управа представља оног представника државе који са грађанима најчешће успоставља контакте. Стога се у правној и политичкој теорији непрестано траже путеви за промене у државној управи и њену модернизацију.

Стална тежња да управа не буде више сила која је изнад друштва, већ да служи интересима грађана и организација значила је потребу проучавања средстава за њено усавршавање и модернизацију. Међутим, модернизација, сама по себи, не мора нужно подразумевати и то да ће након њеног спровођења

управа квалитетније радити, а грађани лакше и ефикасније остваривати своја права и правне интересе. Она само пружа техничке и организационе претпоставке за ефикаснији и квалитетнији рад управе, али није њихова гаранција.

Модернизација државне управе подразумева више различитих елемената. Пре свега, модернизација значи промене у унутрашњој структури државне управе и проналажење најбољих принципа за унутрашњу организацију. Од унутрашње организације у великој мери зависи ефикасност рада управе. С друге стране, модернизација се тиче и поштовања принципа за образовање органа управе и њихову правилну примену. Коначно, модернизација државне управе се свакако односи и на усавршавање механизама контроле управе.

2. Унутрашња организација државне управе

2.1. Појам и начела

Органи управе представљају одређене организационе целине које имају и своју унутрашњу структуру. Унутрашњу организацију чини систем веза између различитих унутрашњих јединица и радних места. Свака организација, па и орган управе посматран као организација, може се рашчланити на своје саставне елементе. Најужи елемент је *посао*, који је састављен од различитих радних операција. Више повезаних послова (у организационом смислу) чини *радно место*, а више повезаних радних места представља *унутрашњу јединицу*.

Груписање послова у радна места врши се према функционалном принципу, односно према врсти послова, с обзиром на радне операције. Тако се разликују следеће врсте послова:

– нормативни;
– студијско-аналитички;
– управни;
– управно-надзорни;
– информатички;
– финансијско-материјални;
– документациони;
– статистичко-евиденциони;
– стручно-оперативни;
– канцеларијски;
– занатски; и
– манипулативни.

Унутрашња организација органа управе начелно је регулисана прописом Владе: Уредбом о начелима за унутрашњу организацију и систематизацију рад-

них места у министарствима, посебним организацијама и службама Владе[1], а прецизира се Правилником о унутрашњој организацији и систематизацији радних места који доноси министар, функционер који руководи посебном организацијом, генерални секретар Владе, директор Управе за заједничке послове републичких органа и руководилац службе Владе, уз сагласност Владе. Приликом припреме правилника функционер је дужан да припреми документациону основу за израду правилника. У документационој основи се:

– одређују врсте послова који се врше у органу;
– приказује обим послова које је орган вршио у години која претходи изради документационе основе, и то по врстама и степену сложености;
– дају разлози и образлаже се предлог за нову организацију или за измену постојеће организације органа;
– наводи захтевани број запослених и постављених лица у органу и њихова стручна спрема по врстама послова и образлаже се потреба за тим бројем запослених и постављених лица;
– наводи за колико се смањује или повећава број запослених и постављених лица у органу и образлажу се разлози за то.

Функционер доставља правилник заједно са документационом основом на мишљење Министарству за државну управу и локалну самоуправу, Министарству финансија и Републичком секретаријату за законодавство. Након што прибави потребна мишљења, функционер доноси правилник и доставља га на сагласност Влади, са образложењем оних предлога и примедби надлежних министарстава и Републичког секретаријата за законодавство које није прихватио. Правилник на који је Влада дала сагласност доставља се Министарству за државну управу и локалну самоуправу – ради евиденције и праћења организације и систематизације у свим органима – и Министарству финансија – ради обезбеђења потребних средстава за рад органа. Правилник се састоји од два дела: дела којим се прописује унутрашња организација органа и дела којим се прописује систематизација радних места у органу. Део правилника којим се прописује унутрашња организација органа садржи:

– унутрашње јединице у органу, њихове послове и међусобни однос унутрашњих јединица;
– руковођење унутрашњим јединицама;
– овлашћења и одговорности руководилаца унутрашњих јединица; и
– начин сарадње органа са другим органима и организацијама.

[1] „Службени гласник РС", бр. 78/2004. Ова уредба односи се и на унутрашњу организацију и систематизацију радних места у Генералном секретаријату Владе, Управи за заједничке послове републичких органа, органима управе који се налазе у саставу министарстава, као и у Министарству унутрашњих послова и Безбедносно-информативној агенцији, ако њихов делокруг не захтева друкчије уређивање (чл. 1 Уредбе о начелима за унутрашњу организацију и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама Владе). Проф. др Р. Марковић сматра да је ова уредба пример за уставну аутономну уредбу, која је у материјалном смислу закон а не извршни пропис (Управно право, Београд, 1995, стр. 31-32).

Део правилника којим се прописује систематизација радних места у органу садржи:

– укупан број радних места у органу с називом, описом послова и потребним бројем извршилаца за свако радно место; и
– услове за свако радно место.

Ако министарство има орган у свом саставу, правилником се прописују унутрашња организација и систематизација радних места у том органу, начин руковођења органом, унутрашње јединице у његовом саставу и начин руковођења тим јединицама. Приликом израде правилника његов доносилац је дужан да унутрашњу организацију и систематизацију радних места у органу тако прилагоди делокругу и радним процесима у органу да буду остварена следећа начела:

– прилагођеност унутрашње организације целини послова органа;
– стручно, ефикасно, рационално и усклађено вршење послова у органу;
– ефикасан унутрашњи надзор над вршењем послова у органу;
– законито и благовремено одлучивање у управном поступку;
– груписање истоврсних или сродних и међусобно повезаних послова у одговарајуће унутрашње јединице у органу;
– ефикасну сарадњу са другим органима, органима државне заједнице Србија и Црна Гора, органима општина, градова, града Београда, аутономних покрајина и са организацијама којима су поверена управна овлашћења.

Одређени задаци и послови се, због примене принципа економичности и ефикасности, не морају обављати у оквиру сваког појединог органа него заједнички. То су послови аутоматске обраде података, послови превођења на албански и мађарски језик, финансијски и материјални послови, административно-технички и биротехнички послови, послови текућег и инвестиционог одржавања пословних зграда и објеката и други заједнички послови. За вршење тих послова образована је Управа за заједничке послове републичких органа. То значи да она не врши своју делатност само за потребе органа управе, већ за све републичке органе (Народну скупштину Републике Србије, председника Републике Србије, Владу Републике Србије, Уставни суд Србије и правосудне органе). Управа за заједничке послове републичких органа основана је актом Владе, којим су утврђени њена организација, начин рада и руковођења и друга питања од значаја за рад ове институције.[2]

2.2. Унутрашње јединице

Термин „унутрашња јединица" представља заједнички назив за све целине у оквиру унутрашње организационе структуре органа управе. Међутим, у

[2] Одлука о Управи за заједничке послове републичких органа, „Службени гласник РС", бр. 67/91, 79/2002, 13/2004.

органима управе се образују две врсте унутрашњих јединица: основне унутрашње јединице и уже унутрашње јединице.

Основне орг̄анизационе јединице су такве јединице које се образују за вршење задатака и послова из једне или више области из оквира целокупног делокруга органа управе, који представљају посебно подручје рада или ради обједињавања послова више унутрашњих организационих јединица (нпр. у оквиру Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде се могу формирати посебне јединице за поједине целине, као што су шумарство или водопривреда).

Основна унутрашња јединица у министарствима и посебним организацијама је *сек̄тор.* Сектор се образује за извршавање послова који представљају заокружену целину унутар органа. Смисао сектора је да се у унутрашњој организацији изврши таква подела која прати разлике у природи појединих основних група послова једног министарства, уколико такве групе постоје, што зависи од сваког конкретног министарства. С друге стране, чак и ако не постоје ови разлози, сектори се могу образовати и ради обједињавања послова који се обављају у оквиру више унутрашњих организационих јединица. У том случају сектори представљају неку врсту координатора активности унутрашњих организационих јединица.

Унут̄рашње орг̄анизационе јединице су јединице које се формирају за обављање одређених послова, с обзиром на њихову врсту и карактер. Постоје три врсте унутрашњих организационих јединица, а то су одељења, одсеци и групе, при чему је одељење јединица која обухвата одсеке и групе, а разлика између одсека и група је у врсти послова, а не и у ширини јединице. Изузетно се могу предвидети и други називи, као што су центар, служба, рачуноводство, дактило-биро и сл. Уже унутрашње *одељења*, *одсеци* и *г̄рупе* могу да се образују у саставу сектора или изван његовог састава. У органима који се налазе у саставу министарстава могу се образовати основне унутрашње јединице које се уподобљавају сектору.

Одељење је примарна ужа унутрашња јединица, најшира по свом карактеру, у којој се образују одсеци и групе. Образује се за међусобно повезане нормативне, студијско-аналитичке, управне, управно-надзорне, информатичке, финансијско-материјалне, документационе, статистичко-евиденционе, стручно-оперативне, канцеларијске, занатске и манипулативне послове које треба објединити тако да их врши најмање осам запослених.

Одсек се образује за међусобно сродне управне, управно-надзорне, информатичке, финансијско-материјалне, документационе, статистичко-евиденционе, стручно-оперативне, канцеларијске, занатске и манипулативне послове који захтевају непосредну повезаност и организациону посебност и који обједињују рад најмање пет запослених.

Група се образује за међусобно повезане нормативне и студијско-аналитичке послове који обједињују рад најмање троје запослених.

У министарствима се могу образовати још и посебне унутрашње јединице: *секрет̄аријат* и *кабинет̄ минис̄тра.* Секретаријат се образује за извршa-

вање заједничких послова од значаја за цело министарство, с тим што своје послове може вршити и за орган који се налази у саставу министарства. Кабинет министра врши саветодавне и протоколарне послове, послове везане за односе са јавношћу, као и организационе и административно-техничке послове значајне за рад министра. Број запослених у кабинету сваког министра одређује Влада посебним актом, на предлог Министарства за државну управу и локалну самоуправу, водећи рачуна о броју запослених у министарству.

У органу може да се образује пројектни центар као унутрашња јединица изван сектора и секретаријата. Образује се за извршење стручних пројеката – посебно оних који произлазе из међународне сарадње – ако њихов обим није такав да треба образовати посебан орган или организацију.

Посебним актима могу се образовати и тзв. групе: *стална координациона група*, *пројектна група* и *посебна радна група.* Стална координациона група образује се споразумом функционера или актом Владе ради несметаног и што усклађенијег вршења послова који захтевају сталну везу између два или више органа. Пројектну групу образује функционер ради извршавања задатака који захтевају учешће запослених из различитих унутрашњих јединица у истом органу, а који не могу бити извршени у оквиру редовних послова запослених. Уз сагласност функционера, у пројектној групи могу да учествују и запослени у другим органима. Функционер може да образује посебну радну групу – у коју именује стручњаке у области за коју је група образована – ради давања стручне помоћи у најсложенијим пројектним пословима органа. Финансирање посебних радних група уређује се правилником који доноси министар за државну управу и локалну самоуправу у сагласности са министром финансија.

2.3. Руковођење унутрашњим јединицама

Модерна државна управа подразумева поштовање принципа руковођења који пружају гаранције за ефикасан рад. Радом сваке унутрашње јединице, основне или уже, руководе одређени руководиоци који, иако носе различите називе, у суштини имају иста овлашћења. С једне стране, они планирају, усмеравају, надзиру рад унутрашњих јединица и пружају стручну помоћ запосленима. С друге стране, и сами врше најсложеније послове из делокруга унутрашње јединице. Одговорни су за законито, правилно и благовремено вршење послова у унутрашњој јединици којом руководе.

Сектором руководи *помоћник функционера*, који за свој рад и рад сектора одговара функционеру. Кад се у органу који се налази у саставу министарства образују основне унутрашње јединице које се уподобљавају сектору, њима руководе запослени на радном месту помоћника руководиоца органом у саставу.

Одељењем руководи *начелник одељења*, одсеком – *шеф одсека*, а групом – *руководилац групе.* Начелник одељења, шеф одсека и руководилац групе одговарају за свој рад и рад јединице којом руководе функционеру – ако је јединица изван састава сектора и секретаријата, односно функционеру и помоћнику функционера – ако је јединица у саставу сектора, односно функционеру и секретару министарства – ако је јединица у саставу секретаријата.

Секретаријатом руководи *секретар министарства*, који за свој рад и рад секретаријата одговара министру, а кабинетом руководи *шеф кабинета* кога на то место распоређује министар и који за свој рад и рад кабинета одговара министру.

3. Принципи формирања органа управе

Поред добре унутрашње организације, модернизација државне управе подразумева и поштовање принципа за формирање органа управе. Сваки принцип за формирање органа управе са собом носи одређене предности и недостатке, па у том погледу ваља водити рачуна о њиховој примени и последицама које они производе.

Органи управе раде на реализацији различитих циљева друштвене политике и обављају своју активност на различитим нивоима. С обзиром на то, постоје различити принципи по којима се органи управе формирају. Опредељење за један или други принцип, резултат је конкретних околности, а основни опредељујући фактор је могућност ефикасног остваривања задатака и послова који се стављају у надлежност одређеним органима.

У теорији је познато више различитих принципа формирања органа управе, од којих ћемо поменути најважније. Постоје три основна принципа, а то су: реални, територијални и персонални принцип, при чему се у оквиру реалног принципа разликују потподеле на ресорни и функционални принцип.[3]

3.1. Реални принцип

Према реалном принципу, органи управе се формирају с обзиром на *врсту послова* којом се баве, тј. с обзиром на свој основни задатак. Међутим, како критеријум за разграничење врсте послова може бити двојак, новија управна теорија разликује две подврсте реалног принципа.[4] Наиме, дошло се до сазнања да реални принцип обухвата, у ствари, два различита момента. С једне стране, врста посла може бити одређена *према материји*, а са друге, *према сличности радних операција*. Тако се може извршити подела реалног принципа формирања органа управе на ресорни и функционални принцип.

[3] С. Поповић (наведено дело, стр. 170) помиње два принципа формирања органа управе: реални и територијални, при чему не врши поделу у оквиру реалног принципа; Н. Стјепановић (наведено дело, стр. 134-137) под насловом „принципи формирања органа", обрађује реални и територијални, инокосни и колегијални принцип и нешто што више спада у унутрашњу организацију, а не принцип формирања органа: линијску, функционалну и штапско-линијску организацију.

[4] в. Е. Пусић, *Наука о управи*, Школска књига, Загреб, 1975., стр. 159.

3.1.1. Ресорни принцип

Ресорни принцип формирања органа управе се базира на сличности задатака и послова (садржински посматрано), односно на материји која припада једној управној грани или области друштвеног живота (унутрашњи послови, одбрана, спољни послови, финансије, пољопривреда и сл.). Примену реалног принципа намеће реалност, тј. постојање различитих области друштвеног живота, у којима се формирају одговарајући органи. То је уједно и полазишна тачка за одбрану и оправдање овог принципа, јер одговара друштвеној стварности.

Основна предност ресорног принципа се тиче стручности и специјализације у једној одређеној материји. Концентрација послова из једне области и везивање за један орган, обезбеђују већи ниво стручности у њиховој реализацији, пошто се људи који их обављају посебно припремају и током времена усавршавају за питања из те области. Стога се од примене овог принципа формирања органа управе очекује обезбеђење високог степена стручности, ефикасности и квалитета обављеног рада. Друго, у органима који су ресорно формирани лакше је руководити, јер је у питању једна област. Најзад, ресорни принцип обезбеђује добре предуслове за вертикално повезивање органа управе из исте области. То су све разлози који су, вероватно, довели до тога да овај принцип формирања органа управе постане један од најприхваћенијих у пракси многих земаља, па и код нас.

Међутим, ресорни принцип има и своје границе. Оне се тичу, пре свега, обима послова у појединим областима. Наиме, да би формирање органа по ресорном принципу било оправдано, са аспекта рационалности, потребно је да у једној управној грани постоји по обиму довољно послова за формирање једног издвојеног органа. Тај услов је, несумњиво, испуњен код савезних и републичких органа, али то није извесно и за локалне органе.

Основни недостатак ресорног принципа јесте повећавање трошкова и дезинтеграционо дејство. Формирање посебних органа управе у свакој области је скупље, јер захтева паралелно постојање комплетне структуре управе у оквиру сваке целине. С друге стране, ресорна организација, мада погодна за вертикалну повезаност са одговарајућим ресорима ужих нивоа, хоризонтално посматрано, на једном одређеном нивоу, отежава јединство. Ресорни принцип води тенденцији хоризонталне диференцијације, за коју се касније везује тенденција пораста.

Код нас су савезни и републички органи управе образовани углавном на ресорном принципу.

3.1.2. Функционални принцип

Функционални принцип формирања органа управе, као подврста реалног принципа, заснива се на критеријуму сличности радних операција које се обављају, односно на врсти послова у техничком-технолошком, а не садржинском смислу. Групе послова, међусобно повезаних и усклађених, који се заснивају на истим начелима за реализацију, називају се функцијама, па одатле поти-

че и име овог принципа формирања органа. Свака од група задатака и послова захтева различит степен стручности.

Разликује се више група послова, овако повезаних, које могу бити шире или уже. Полазећи од наших важећих прописа, могу се уочити три основне групе. То је решавање у управним стварима, вршење управног надзора и вршење стручних послова.[5] При томе, код нас постоје поједини органи управе који су образовани претежно на функционалном принципу, али је овај принцип ређе заступљен као искључив. То може бити случај са концентрацијом инспекцијског надзора на нивоу округа. У Граду Новом Саду је извршена концентрација обављања инспекцијских послова у оквиру једног Секретаријата за инспекцијске послове. Ту се врше сви инспекцијски послови из надлежности Града (урбанизам, саобраћај, комунална делатност, заштита животне средине...), без обзира на области друштвеног живота о којима је реч. Раније су се поједини инспекцијски послови вршили у оквиру одговарајућег секретаријата (послови урбанистичке инспекције у оквиру Секретаријата за урбанизам, послови саобраћајне инспекције у оквиру Секретаријата за саобраћај итд.). Вршење послова инспекцијског надзора на нивоу република и федерације је и даље ресорно организовано.

У теорији се наводи више предности функционалног принципа. Пре свега, применом овог принципа долази до изражаја специјална квалификација појединих кадрова, без обзира на област друштвеног живота. У ресорним органима се врши специјализација за поједине области друштвеног живота (привреда, здравство и сл.), али не за поједине категорије послова (решавање у управним стварима, надзор и сл.). То значи да кадрови у ресорним органима долазе у прилику да се баве и оним пословима за које немају довољно стручности, само зато што сви послови припадају једној истој области (доношење решења у области привреде и израда привредних анализа, представљају сасвим различите ствари и траже различиту квалификацију). Колико ресорни принцип обезбеђује већи степен „материјалне" стручности, толико функционални обезбеђује технолошку, операционалну квалификованост. Стога се сматра да функционални принцип обезбеђује већу брзину у обављању појединих категорија послова.

Поред предности, функционални принцип има и своје недостатке, пре свега, његова примена отежава вертикалну повезаност. Друго, руковођење у органима образованим на овом принципу је отежано. Такви органи се баве истом врстом посла, али у различитим областима друштвеног живота. Најзад, квалитет обављеног посла се доводи у питање, с обзиром на садржинску разнородност. Наиме, технолошка стручност може представљати предност само ако се одређене радне операције не врше у већем броју различитих области. Што је више ресора (области) у којима се врше одређене радне операције (функције) и што су веће разлике између појединих области, то је тежа примена функцио-

[5] Функционални принцип је још важнији за унутрашњу организацију, па тако Н. Стјепановић (наведено дело, стр. 131) помиње управне послове, нормативно-правне, стручно-аналитичке, стручно-оперативне, стручно-техничке итд.

налног принципа (вршење инспекцијског надзора у области урбанизма и саобраћаја захтева потпуно другачију стручну квалификацију, без обзира што је и у једном и у другом случају у питању иста радна операција – инспекцијски надзор).

Због свих ових предности и недостатака, у пракси је најбоље резултате показала комбинација ресорног и функционалног принципа. Та комбинација се своди на примену ресорног принципа као основног принципа формирања органа, а функционални се користи као корекција у унутрашњој организацији. По функционалном принципу се образују унутрашње организационе јединице.

3.2. Територијални принцип

Територијални принцип формирања органа управе се базира на критеријуму подручја на коме орган управе врши своју делатност. Овако образовани органи управе обављају више различитих активности, али на једној истој територији. Према томе, не води се рачуна о материји, ни о врсти радних операција, него само о подручју.

И територијални принцип има својих предности и недостатака. Прва предност овог принципа је што се његовом применом постиже већи степен јединства управе на једном нивоу. Даље, територијални принцип изазива мање трошкова, јер је везан за једноставнију организациону структуру. Много је економичније формирати један орган, који ће обављати више различитих послова, него за сваку групу послова формирати посебне органе. Најзад, још једна предност, која има и своје наличје, јесте што се, у случају када је примењен територијални принцип, лакше врши замена кадрова. Наиме, територијални принцип подразумева да се у органима управе ангажују кадрови опште стручности, а не специјалисти.

Основни недостатак територијалног принципа је повезан са његовим предностима. У ситуацији када се кадрови баве пословима у свим областима и свим врстама радних операција, квалитет обављеног посла мора бити знатно нижи. Друго, а такође са овим повезано, темпо рада је у таквим органима, по правилу, знатно спорији.

За разлику од реалног принципа, пре свега ресорног, чија примена се везује за тенденцију диференцијације, територијални принцип делује интегративно. Примена територијалног принципа омогућава постизање много већег степена кохезије управног апарата на једном нивоу, а олакшано је и руковођење.

На територијалном принципу су код нас формирани тзв. општи органи управе.

3.3. Персонални принцип

Персонални принцип има сличности са територијалним, па се понекад у теорији и не врши њихово раздвајање.[6] Међутим, постоје и одређене разлике.

[6] в. Е. Пусић, наведено дело, стр. 159.

Органи управе образовани на персоналном принципу такође врше више различитих задатака и послова, али у односу на одређену категорију лица. Према томе, кажемо да је орган формиран по персоналном принципу ако је образован за вршење послова према једној групи лица. То је нпр. случај са органом који се бави питањима бораца и ратних инвалида.

Глобално посматрано, персонални принцип се ретко користи као општи принцип за формирање органа управе, зато што је његова примена доста компликована и скупа. Стога се у пракси више примењује као принцип за унутрашњу организацију и тада даје боље резултате (нпр. подела у оквиру органа који се бави социјалним осигурањем на послове осигурања запослених и земљорадника). На тај начин долазе до изражаја специфичне потребе појединих категорија корисника, а то се чини онда када постоји увећан обим послова и задатака.

Основна предност персоналног принципа јесте посебно поклањање пажње одређеној категорији лица. Држава може имати интереса да се једна група појединаца издвоји и да јој се пружи посебна брига. То се најбоље чини преко органа формираних на персоналном принципу. Но, како је посебан третман изузетак од правила о једнаком поступању, то су персонално формирани органи изузетак од општег принципа – ресорног.

4. Контрола управе

У трагању за одговором на питање који инструменти су најподеснији за пуну и свеобухватну контролу управе, приступ може бити историјски или садржински. У историјском смислу, може се посматрати хронолошки редослед настанка и развоја појединих видова контроле управе. С друге стране, различити инструменти контроле управе се могу посматрати и с обзиром на предмет контроле и овлашћења која контролор има у односу на управу.

4.1. Унутрашња контрола управе

Унутрашња контрола управе је она која се у правној теорији назива управном контролом управе. Управна контрола управе спада у вид контроле управе, који се од других видова разликује, првенствено, по формалном моменту, односно по томе ко ову контролу врши. Под управном контролом управе се подразумева таква контрола у којој је управа и активан и пасиван субјекат. То значи да једни органи управе контролишу друге органе управе, одн. остале овлашћене вршиоце управне делатности (недржавне субјекте који имају управна овлашћења). Према томе, овде је управа и контролор и контролисани субјекат. У питању је један вид ауто-контроле управе, усмерен на то да се осигура законитост, правилност и ефикасност у раду управе. У страним земљама се под уп-

равном контролом управе подразумева и контрола коју исти орган управе врши у односу на акте које је сам издао.[7]

Органско одређење појма управне контроле управе је у правној теорији готово без изузетка прихваћено, како у домаћој, тако и у страној доктрини. Тако се уз помоћ истоветног субјекта и објекта контроле (управа) овај вид контроле одређује без изузетка и у Француској (*„le contrôle administratif"*)[8] и у Немачкој („*Interne Verwaltungskon-trolle*") [9] На исти начин поступају и домаћи аутори, који такође као битно обележје за управну контролу управе сматрају то што и контролор и контролисани припадају управи. Истина, формални приступ носи у себи опасност од велике ширине, али би, с друге стране, било неоправдано остављање по страни појединих аспеката контроле управе.

Сврха вршења управне контроле управе јесте да се обезбеди боље функционисање управе, односно постизање јединства у вршењу управне делатности. Овај вид контроле управе треба да омогући проверу тога да ли управа извршава своје задатке у складу са правним, техничким и кадровским могућностима.[10] Предмет управне контроле управе може бити законитост рада нижих органа, али исто тако и целисходност. Поред тога, предмет управне контроле управе може бити и контрола економичности и ефикасности.

Историјски посматрано, овај вид контроле управе се први јавио, знатно раније од судске контроле управе. „Са изградњом хијерархијски организоване управе у полицијској држави, развија се и овлашћење **надређеног** органа да издаје упутства **подређеним** органима управе.„[11] шта више, понекад се сматрало да управу и не треба да контролишу други субјекти, који се налазе ван система управе, јер једино органи управе могу исправно процењивати јавни интерес. Но, одавно је схваћено да овај вид контроле управе не може бити довољан, а најмање искључив. Са увођењем и ширењем судске контроле, управна контрола управе губи на значају који је раније имала, али то не значи да она и у новим околностима нема своје место. „Потреба за таквом врстом контроле потиче из начела јединства државне управе, координације управних акција, истоветности управних циљева„.[12]

Управна контрола управе је и данас најизраженија у земљама које су централизоване, одн. у којима је управа хијерархијски повезана. У тим земљама су централни органи носиоци изворних овлашћења, свих задатака и послова државе, а локални органи представљају само њихове подручне органе. То под-

[7] в. H.J. Wolff, *Verwaltungsrecht, III*, C.H. Beck, München, Berlin, 1967., стр. 291; E.S. Lasso, *Traité de droit administratif*, Institut de droit comparé, Paris, 1964., стр. 438.

[8] up. A. de Laubadre, *Traité de droit administratif*, I, L.G.D.J., Paris, 1963., стр. 209; J. Rivero, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1977., str. 310; Ch. Debbasch, *Science administrtative*, Dalloz, Paris, 1971., str. 554.

[9] up. W. Thieme, *Verwaltungslehre, Carl Heymans Verlag*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984., стр. 334.; H. J. Wolff, navedeno delo, стр. 291.

[10] v. Ch. Debbasch, наведено дело, стр. 554.

[11] H. J. Wolff, наведено дело, стр. 291.

[12] Л. М. Костић, наведено дело, стр. 9.

разумева опште овлашћење централних органа да локалним органима одређују надлежност и начин обављања задатака и послова, као и генералну могућност на вршење контроле целокупног рада нижих органа. Контрола коју врше хијерархијски виши органи подразумева овлашћење на контролу како законитости, тако и целисходности рада нижих органа.

4.2. Спољна контрола управе

Спољна контрола управе је таква контрола коју у односу на управу врше други субјекти. Као и приликом одређења унутрашње контроле управе, и спољна контрола се може одредити формалним приступом, односно као таква контрола управе коју врше субјекти који се налазе ван управе.

Начелно посматрано, могло би се рећи да спољна контрола пружа веће гаранције за објективну проверу рада управе. Када контролу рада једног органа управе врши други орган управе, поготову када је у питању однос истоврсних органа различитог нивоа, тада је могуће да дође до пристрасности у одлучивању. Већи степен објективности постоји када контролу врши неко ко се налази ван управе.

Спољна контрола управе је појам који је заједнички за све видове контроле управе коју врше субјекти који се налазе ван ње. С обзиром на то који субјекти врше контролу управе, могуће је извршити поделу спољне контроле управе на судску контролу управе, парламентарну контролу управе, контролу омбудсмана и контролу јавног мњења.

4.2.1. Судска контрола управе

Судска контрола управе представља заједнички назив за контролу коју у односу на органе управе врше судови. То значи да је суд активан субјекат (контролор), а управа пасиван (контролисани) субјекат. Основна идеја везана за увођење овог вида контроле управе, састоји се у томе да се повери једном државном органу, који је независан од политичке и управне власти, да дефинитивно расправи спорове проистекле из вршења делатности управе. Главна функција судске контроле управе јесте да обезбеди (кроз контролу законитости) заштиту права грађана у односу на управу. То је и главни разлог што се увођење судске контроле управе везује за развој либерализма. „Судска контрола је могла да доживи своју експанзију почев од тренутка када је допуштено подвргавање политичке власти и управе принципима природног права и законима”.[13] До периода када је управа подвргнута праву, након Француске револуције, није могло бити ни говора о судској контроли управе. Управа је спроводила своју сопствену вољу, односно вољу владара који јој је био на челу, а не законе. Стога се није ни могла вршити контрола законитости пре него што је управа почела да спроводи законе.

[13] Ch. Debbasch, *Science Administrative*, стр. 563.

Судска контрола управе има одређене специфичности по којима се може разликовати од других видова контроле управе. То су углавном специфичности формалног карактера, које у суштини произлазе из карактеристика контролора (суда). Обележја судске контроле управе указују истовремено и на место и улогу ове контроле у односу на друге видове контроле управе.

За судску контролу управе је карактеристично, најпре, да се, за разлику од политичке и управне контроле управе, никада не може вршити спонтано, одн. по сопственој иницијативи суда. У том смислу је судска контрола управе лимитирана и везана за спољни подстицај. То значи да суд може управу контролисати само ако неко у одговарајућој форми постави такав захтев. При томе је за судску контролу управе карактеристично да захтев за контролу управе не може поднети било који субјекат, као што то може бити случај код политичке и управне контроле управе. Наиме, подносилац захтева најчешће мора бити за то лично легитимисан, односно мора му актом управе бити повређено неко право или правни интерес. По правилу су то лица која у својим односима са управом нису могла да остваре неко право или им је управа наметнула одређене обавезе, а они то сматрају незаконитим. Много ређе од тога, догађа се да захтев за судску контролу управе може поднети и субјекат коме делатношћу управе није повређено никакво лично право, односно правни интерес. Наиме, у питању су случајеви заштите објективне законитости и контрола која се врши на основу захтева одређених државних органа који се старају о томе, као што су јавни тужилац и јавни правобранилац. У ситуацији када процене да је потребно покренути одређени судски поступак ради заштите објективне законитости, јавни тужилац и јавни правобранилац могу бити легитимисани да поднесу одговарајући захтев. Но, у сваком случају без спољног подстицаја суд никада не може вршити контролу управе.

Постојање спољног подстицаја није специфичност само контроле коју судови врше у односу на управу, већ се иначе везује за делатност суда. За суд је иначе карактеристично да може вршити своју делатност само онда када постоји одговарајући спољни подстицај. Само изузетно постоји могућност да суд делује по сопственој иницијативи *(ex officio)* у неким судским поступцима (нпр. у одређеним кривичним поступцима), но, и то је права реткост. Када је у питању судска контрола управе, онда правило о немогућности самоиницијативне контроле постаје апсолутно и не трпи никакве изузетке. Суд никада не може вршити контролу управе уколико није у одређеној форми од овлашћеног лица поднет одговарајући захтев.

Предмет судске контроле управе јесте искључиво законитост рада управе, што значи да судови могу оцењивати само сагласност делатности управе са правним нормама. Суд се никада не може упуштати у питање целисходности, ефикасности, правичности и сл. То значи да су овлашћења суда у односу на управу ограничена и везана само за питање оцене законитости, а вршење дискреционе оцене измиче судској контроли. То је поље слободе које је задржано искључиво за управу. Ово ограничење уједно указује и на домете овог вида контроле управе. Наиме, један веома значајан део делатности управе тиче се вршења дискреционе оцене и доношења дискреционих управних аката.

Квантитативно посматрано у односу на целокупну делатност управе, дискреционих управних аката има мање него правно везаних управних аката. Међутим, значај ових аката је у обрнутој сразмери са њиховим бројем. Наиме, овлашћења управе у овим случајевима су много већа него код правно везаних управних аката и тичу се остваривања права грађана која су много осетљивија од оних која се остварују у поступку који резултира доношењем правно везаних управних аката. Управа има могућност избора између више правно једнаких могућности (најчешће су у питању две супротне могућности: да реши позитивно или негативно) и мора се руководити искључиво јавним интересом. Међутим, процена о томе на који начин треба остварити и заштитити јавни интерес зависи искључиво од управе. Дискрециону оцену може контролисати једино виши орган управе. Органи управе који имају највише дискреционих овлашћења су органи унутрашњих послова и велики део управних послова које они врше стога измиче судској контроли управе. Издавање путних исправа, одлучивање о стицању и престанку држављанства, дозволе за држање и ношење оружја итд., све то не може суштински да се контролише, већ зависи само од процене првостепеног и другостепеног органа. При томе треба имати у виду да подручни органи унутрашњих послова доносе управне акте по правилу у складу са упутствима централног органа, који истовремено и контролише њихов рад. Према томе, ове акте суштински опредељује централни орган и они не подлежу даљој контроли. Шта више, тренутно неке од ових аката доноси непосредно централни орган у првом степену (решења о стицању и престанку држављанства), а судска контрола није могућа. Исто тако, судској контроли управе измичу и бројни акти у којима се манифестује мешање државе у привредни живот, као што су различите дозволе за увоз и извоз одређених производа и сл.

Једино овлашћење које суд има у односу на дискреционе управне акте, јесте да преконтролише правно везане делове. Наиме, дискрециони управни акти се морају донети у границама овлашћења која су законом дата, као и у складу са циљем због којег је одређено дискреционо овлашћење предвиђено. Уколико се у овом погледу изврши повреда, суд је овлашћен да такве управне акте поништи. Међутим, уколико у правно везаним деловима не постоји никаква повреда, суд се не сме упуштати у контролу саме дискреционе оцене. Но, проблем је што се у пракси у погледу правно везаних делова управног акта иначе не врше скоро никакве повреде, нити је грађанима потребна таква заштита (није спорно да ли је полиција овлашћена или није да одбије захтев за издавање дозволе за оружје, нити је спорно да она у таквим случајевима увек наводи да је то из одређених разлога који спадају у сферу јавног интереса). Тамо где се могу вршити повреде права грађана и где постоји највећа потреба за заштитом – вршење дискреционе оцене – ту није предвиђена судска контрола управе.

Најзад, судска контрола управе је, посматрано у односу на остале видове контроле управе, највише формализована. Док се неки други видови контроле управе могу вршити једноставно, без посебних и унапред предвиђених формал-

ности, без прецизно утврђене процедуре, судска контрола управе је потпуно прецизно регулисана. То није случајно, ако се има у виду да је најзначајнији вид судске контроле управе- управни спор – нормативно уређен углавном по моделу парничног поступка, па је, самим тим, задржао и битна обележја која иначе важе за судске поступке. Но, формализам је карактеристичан и за друге видове судске контроле управе, јер он није специфичан због предмета контроле, него је то специфичност контролора.

4.2.2. Парламентарна контрола управе

Готово у свим земљама законодавни орган има овлашћење да врши извесну контролу управе. Обим контроле и овлашћења у њеном вршењу могу бити различити, али нема земље у којој парламент не може уопште на овај начин да утиче на рад управе. „Ова контрола одговара једној фундаменталној потреби. Представницима народа припада право да константно проверавају да ли се управа удаљила од линије водиље коју су јој фиксирали (...)".[14]

Парламентарна контрола управе се врши на различите начине. То могу бити индивидуалне активности посланика, посланичка питања или групне активности, као што се може вршити и кроз интерпелације. Такође, то може бити контрола коју врше одређене комисије и одбори, посебно формиране истражне комисије које треба да испитају конкретан проблем, као и контрола која се врши кроз активност парламента као целине. Контрола управе коју парламент врши као целина се најчешће остварује приликом доношења одлуке о буџету. Усвајање буџета представља могућност да парламент оствари утицај на егзекутиву у целини.

Контрола коју врши представничко тело у суштини се своди на тзв. политичку контролу управе. Она се може одредити на два начина. С једне стране, политичка контрола управе се одређује органски, тј. према субјекту који је врши и, с друге стране, с обзиром на предмет контроле. Политичка контрола се најчешће одређује као таква контрола коју у односу на управу врши представничко тело, будући да је парламент политичко тело, састављено од представника народа.[15] Предмет ове контроле је у првом реду политичка целисходност рада управе. То значи да представничко тело контролише да ли је управа реализовала оно што је парламент очекивао. Законитост рада управе није искључена као предмет политичке контроле, али је акценат више на целисходности. Сврха вршења политичке контроле јесте да се обезбеди да „управа реализује циљеве које пред њу поставља политичко тело".[16] Према томе, политичка контрола је контрола политичке целисходности рада органа управе од стране представничког тела.

[14] Charles Debbasch, *Science Administrative*, Dalloz, Paris, 1971., стр. 544.

[15] v. W. Antoniolli, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1954., стр. 266; F. Ermacora, Allgemeines Verwaltungsrecht red. Heinz Peter Rill, Wien, 1979., str. 532 i daye.

[16] Charles Debbasch, *Institutions et droit administratif*, 2, Paris, Presses Universitaires de France, 1978., стр. 308.

Овлашћења представничког тела у вршењу политичке контроле нису потпуно прецизирана правним прописима него најчешће интерним актима – пословницима. Могућност да представничко тело врши политичку контролу управе обично је предвиђена већ у уставу одређене земље, па неки аутори и у томе траже битно обележје политичке контроле управе.[17] Основно овлашћење које представничко тело има у случају када сматра да постоји политичка одговорност управе, јесте покретање поступка за утврђивање одговорности функционера органа управе и његово разрешење.

Однос између представничког тела и одређеног функционера који руководи радом органа управе, је однос политичког поверења. Када то поверење престане, онда долази до разрешења од функције.[18]

4.2.3. Омбудсман

Омбудсман је, изворно посматрано, парламентарни повереник који у име и за рачун парламента контролише рад управе. Међутим, од овог изворног модела се у многим земљама одступило. Оно што остаје заједничко за све земље, јесте то да се улога омбудсмана састоји, с једне стране, у контроли управе и служи провери рада управе у најширем смислу речи. С друге стране, улога омбудсмана све више се везује за заштиту права грађана.

Друга половина двадесетог века обележена је непрекидним растом популарности ове институције, која је настала у шведској 1809. године. Данас институција омбудсман постоји у више од 130 држава.

Улога омбудсмана је у већини земаља слична, при чему се јављају и одређене разлике у карактеру и обиму овлашћења. Начелно посматрано, контрола коју врши омбудсман није усмерена првенствено на контролу законитости рада управе већ више на контролу целисходности. То не значи да омбудсман не може да контролише и законитост, али је у већини земаља систем правне заштите грађана (укључујући управни спор) уређен на задовољавајући начин. Међутим, не постоје правни инструменти за заштиту грађана од ситних и крупних неправди, шиканирања, спорости у решавању, некоректном односу према појединцима и сл. За све такве случајеве грађани немају коме другом да се обрате осим омбудсману. У већини земаља је улога омбудсмана сведена на консултативну и иницијативну, док му се, ређе, дају и прецизна правна овлашћења.

Контрола коју врши омбудсман простире се начелно на све државне субјекте и јавне службе (у шведској се то чак односи и на судове), са изузетком појединих државних органа (најчешће се контрола не односи на владу као целину, премијера и сл.). То значи да се првенствено контролишу поједини органи уп-

[17] v. A. Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1927., стр. 364. Ch. Debbasch (наведено дело, стр. 309) сматра да политичка контрола има три обележја: врста органа који је врши, резултат може бити политичка одговорност владе и то што су услови за њено вршење регулисани уставом.

[18] в. М. Јовичић, Одговорност носилаца јавних функција, Београд, 1968., стр. 15.

раве, укључујући полицију, затим управе затвора, војни органи (у неким земљама постоје посебни војни омбудсмани), као и читав низ различитих јавних служби у области социјалног старања, образовања, здравства и сл.

Контакт омбудсмана са органима управе успоставља се на различите начине, а основна дужност органа управе јесте да омбудсману помажу[19] и да му у сваком случају одговоре на захтев.

Основно овлашћење које имају омбудсмани у свим земљама, јесте право приступа документима. То значи да се омбудсману морају ставити на увид сви тражени документи појединог предмета како би могао да изврши свој задатак.[20]

Поред контаката преко писаних докумената, омбудсман је овлашћен и лично да посети одређени орган, а у случају да ступа у дејство у току одређеног поступка, шведски омбудсман има право и да присуствује одређеним радњама, што иначе у другим земљама углавном није случај.

Притужбе на рад државних органа може да упути било који грађанин, који у неким земљама не мора бити ни лично легитимисан. Подношење притужби је лишено свих формалности, како би то могао да учини сваки просечан грађанин. Могу се поднети у писаној или усменој форми, а тамо где се инсистира на писаној форми, грађанима у састављању притужбе помажу стручна лица службе омбудсмана. С друге стране, омбудсман може да делује и по службеној дужности, а за то повод може да му буде и анонимна притужба, која се иначе не прихвата као обавеза за покретање поступка.

Уколико омбудсман не одбаци притужбу, започиње истрага. По правилу, омбудсман не спроводи истрагу ако грађанину стоји на располагању неки правни поступак, односно правно средство, него у таквим ситуацијама чека крај и исход тог поступка. Ово правило је у неким земљама прихваћено без изузетка, док се у шведској омбудсман упушта у разматрање притужбе и пре завршетка правног поступка, уколико се притужба односи на саму процедуру, а не и на меритум одлуке.

Исход спроведене истраге може бити различит. Уколико се утврди да не постоје никакве повреде, истрага се завршава без критике органа управе, односно то представља својеврсно одбијање притужбе, чиме се даје за право конкретном органу. Но, ако се утврди да је било одређених пропуста, омбудсман нема никаквих мериторних овлашћења која би му омогућавала да акте управе измени, укине или поништи. У већем броју земаља може једино да упути критику одговарајућем органу и препоруку како би уочени недостатак требало отклонити. Само у мањем броју земаља препоруке омбудсмана имају и правно обавезујући карактер.

---

[19] У Аустрији је обавеза сарадње органа управе са омбудсманом (Народним правобранилаштвом, како се у овој земљи зове) подигнута на уставни ниво, тако што је предвиђено да органи управе морају да помажу омбудсману (Устав Републике Аустрије, §148, став 1).

[20] У Шведској у том погледу не постоје никакви изузеци, без обзира на степен тајности, тако да нема докумената који би омбудсману били недоступни. Но, у већем броју земаља постоје изузеци, па се документи одређеног вишег степена поверљивости не дају омбудсману.

Поред овог директног утицаја омбудсмана на рад органа управе, он може у многим земљама да покрене дисциплински, па и кривични поступак против извесног службеног лица, као и да предложи парламенту разрешење функционера. Најзад, омбудсмани већег броја земаља имају и право законодавне иницијативе ако сматрају да до проблема у функционисању управе долази због нормативних недостатака.

Сва ова овлашћења којима омбудсман остварује своју улогу, указују на чињеницу да се не ради о потпуно чврстим правним овлашћењима (изузев малог броја земаља), те да његово место у политичком систему и стварни утицај зависе првенствено од ауторитета личности која ове послове обавља. У томе омбудсману помаже и обраћање јавности кроз средства јавног информисања, као и састављање годишњег извештаја у који се уносе сви случајеви уочених грешака у раду управе у протеклом периоду.[21]

Деловање омбудсмана и сама чињеница његовог постојања имају и велики психолошки ефекат. С једне стране, управа је свесна чињенице да постоји посебан и независан контролор њеног рада, па се унапред труди да не постане предмет његове критике (понекад се органи управе обраћају омбудсману и унапред, у спорним случајевима, како би избегли каснију критику). У том смислу, омбудсман извесно врши велико превентивно дејство и без великих правних овлашћења. „Омбудсман спада у ред оних установа чији се значај и улога не мере искључиво по ефектима њиховог рада, већ који врше своју функцију и не радећи ништа".[22]

С друге стране, велико психолошко дејство постоји и у односу на грађане, јер су свесни да постоји посебна и специјализована институција којој могу да се обрате са својим притужбама на рад управе.То сазнање, да постоји посебно тело које ће контролисати управу и коме грађани могу непосредно и без икаквих посебних формалности да се обрате, изузетно је значајно за појединце јер им пружа одређену сигурност.

4.2.4. Контрола јавног мњења

Друштво, у најширем смислу речи, може утицати на управу на различите начине, директно или индиректно преко својих представника у различитим органима власти. Један од видова друштвене контроле управе, који није институционализован, представља и контрола коју врши јавно мњење.

Јавно мњење се може посматрати на два начина. С једне стране, под јавним мњењем у ширем смислу се подразумевају сви грађани једне земље. С друге стране, у ужем смислу се јавно мњење посматра само као онај део целокупног грађанства који се изражава у јавности, а пре свега у средствима јавног информисања. Као предмет свог посматрања, јавно мњење има читав политички

[21] Познато је да се шведски функционери труде по сваку цену да се њихово име не нађе у годишњем извештају омбудсмана, а такву „част" воле да избегну и функционери у другим земљама.

[22] М. Јовичић, *Омбудсман – чувар законитости и права грађана*, Београд, 1969., стр. 9.

систем, па у тим оквирима и управу. Оно у демократским земљама има и изузетно велики значај за добро функционисање политичког система. У том погледу се истичу различити начини изражавања јавног мњења, од којих неки нису само средство изражавања него и средство за моделирање ставова јавности. То се, пре свега, односи на масовне медије, као што су штампа, радио и телевизија, али део јавности може своје ставове изразити и преко различитих удружења, савеза, синдиката, политичких партија, тзв. невладиних организација и сл.

Јавност, иако дифузна и често неповезана, може на различите начине, преко различитих средстава, критиковати рад управе, откривати злоупотребе, покретати одређене протестне акције, кампање у штампи, организовати штрајкове.

Најважније средство за утицај јавног мњења на управу представљају масовни медији. Средства јавног информисања врше контролу и критику управе у готово свим режимима и то на два начина. С једне стране, у штампи се објављују притужбе грађана на рад управе (било у форми писама читалаца или кроз коментар новинара). С друге стране, новинари сами објављују одређене тематске текстове намењене извесним проблемима везаним за управу. Критика управе изнета у штампи (уколико је основана), може у неким земљама чак довести до пада владе. Истичући поједине неправилности у раду управе, масовни медији могу подстаћи расправу о томе у представничком телу, било преко посланичких питања, било кроз активности одговарајућих одбора. Тако се контрола јавног мњења може претворити у парламентарну контролу управе. Наравно, слобода штампе у избору тема за критику и обим критике зависе од укупног положаја који штампа има у одређеној земљи. У неким земљама штампа не ужива толику слободу да би отворено критиковала државну управу (мање или више, радио и телевизија се у већини земаља налазе под неким видом државног утицаја), док су познати и примери потпуне аутономије средстава јавног информисања.[23]

Улога штампе у изражавању јавног мњења је двострука. С једне стране, она треба верно да преноси и изражава оно што представља доминантно мишљење у одређеној средини. Међутим, с друге стране, штампа је веома значајан фактор у моделирању и усмеравању јавног мњења, тако да је путем штампе и других средстава информисања могуће вршити велики утицај у идеолошком и политичком смислу.

Битне претпоставке за квалитетну контролу коју врши јавно мњење тичу се, пре свега, слободе изражавања мишљења у јавности. С друге стране, ефикасност овог вида ванинституционалне контроле управе, зависи и од компетентности, способности и савесности новинара.[24]

---

[23] Као један од светлијих примера у активности штампе на контроли управе истиче се шведска штампа која се у овој земљи изборила за право приступа управним документима. На тај начин штампа у Шведској врши скоро систематску контролу управе и готово сви листови износе редовно одређене проблеме у раду управе. Тако се изградило поверење грађана у штампу, који јој се понекад чак чешће обраћају него омбудсману! (детаљније о овом код B. Cottier, *La publicité des documents administratifs – Etude de droit suédois et suisse*, Geneve, 1982., стр. 138).

[24] в. Ermacora, наведено дело, стр. 551. *Thieme* истиче да је у Немачкој број новинара који су способни да стручно прате рад управе веома мали (наведено дело, стр. 358).

Закључак

Модерна државна управа подразумева више различитих елемената, који заједно, повезани један са другим, чине одређену целину. Модерна државна управа значи, најпре, такву унутрашњу организацију која обезбеђује највиши степен ефикасности и економичности у обављању делатности управе. Унутрашња организација представља један од битних сегмената модернизације државне управе.

Значајан елемент у модернизацији државне управе представља и поштовање принципа образовања органа управе. Наиме, принципи образовања органа управе имају различито дејство и њихово поштовање, односно непоштовање, доводи до различитих резултата. Сваки принцип образовања органа управе подразумева извесне предности и недостатке. Познавање ових предности и недостатака приликом образовања органа и њихово уважавање, веома су битни у процесу модернизације државне управе.

Коначно, за процес модернизације државне управе један од веома битних елемената јесте усавршавање механизама контроле управе. Поред унутрашње контроле управе, која се, историјски посматрано, прва развила, пут ка модерној државној управи води и кроз модерне видове контроле управе, међу којима је у Србији изузетно важно увођење институције омбудсмана.

Dragan Milkov Ph.D., Full professor
Novi Sad School of Law

Modern government in Serbia

Abstract

A modern government includes several different elements, which jointly make certain unit. Modern government primarily involves an internal organization, which provides the highest level of efficiency and economic feasibility in provision of governmental purposes. Internal organization represents one of the most important segments in modernization of government.

An important element in modernization of government is also obedience of the principles related to composition of governmental bodies. Namely, the principles of composition of governmental bodies have various effects, wherefore obedience or disobedience thereof may lead to different results. Each principle of composition of governmental bodies bears with it certain advantages and drawbacks. Obtaining knowledge of such advantages and drawbacks is of an utmost importance in the process of modernization of government.

Finally, the government modernization process requires as a prerequisite that the mechanisms for control of the government be improved. Apart from the internal control over government, which was developed primarily in terms of historical overview, the road to a modern government has lead through modern forms of control over government, of which the institute of ombudsman is the most important to be introduced in Serbia.

УДК 342.72/.73 (094.2)
342.8 (094.2)
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 95-120

Бошко Трипковић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

ПОЛИТИЧКА ПРАВА И СЛОБОДЕ - МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И ЊИХОВА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ -

Сажетак: *Овај рад истражује међународне стандарде у области политичких права и слобода и они се упоређују са стањем у домаћем праву. Међународни стандарди су обрађени преко три целине које се односе на документе донете у оквиру Уједињених нација, Савета Европе и Организације за европску безбедност и сарадњу. Имплементација стандарда је обрађена кроз домаћу правну регулативу и праксу. У закључку су дати предлози како се може унапредити стање политичких права и слобода код нас.*

Кључне речи: *политичка права и слободе, међународни стандарди, изборна права*

Увод – основни појмови

Политичка права и слободе

Полазна тачка у одређивању појма политичких права би требало да буде појам политике, односно одговор на питање шта то одређује неку активност као политичку. Ако се политичке активности одреде као оне које се по садржају односе на послове заједнице (на ма ком нивоу се она конституисала) а по форми

одвијају у домену јавног (а не приватног),[1] онда се политичка права дефинишу као она која обезбеђују појединцу, као субјекту политичких права, несметано обављање политичких делатности и учествовање у политичком животу. Основни смисао и сврха политичких права је да обезбеде носиоцима ових права учествовање у обављању послова заједнице.[2] Због оваквог свог карактера називају се још и правима *суделовања*, односно правима *активног статуса.*

Традиционално, у политичка права и слободе се сврставају: бирачко право, право на учествовање у јавним пословима, право на равноправан приступ јавним службама, али и слобода мирног окупљања, слобода удруживања и право политичког организовања, слобода штампе и слобода изражавања. Сва ова права остварују се у сфери политичког живота. Нека од њих, међутим, само посредно омогућавају утицај на обављање јавних послова, стварајући предуслове за такав утицај.[3] Таква права и слободе се могу окарактерисати као *посредно-политичка права* и слободе или политичка права и слободе у ширем смислу и у ту групу би се могле сврстати слобода мирног окупљања, слобода удруживања и право политичког организовања, слобода штампе и слобода изражавања. Дакле, ова права и слободе омогућавају политичко деловање, али не непосредно већ само посредно.

С друге стране, постоје права и слободе која непосредно омогућавају политичку партиципацију грађана и она се могу окарактерисати као *непосредно-политичка права* и слободе или политичка права у ужем смислу. У овој другој групи су основна и најзначајнија следећа права: бирачко право (активно и пасивно), право на учествовање у јавним пословима, право на равноправан приступ јавним службама и право на слободне и поштене изборе.[4]

Међународни стандард

Под појмом међународног стандарда се често подразумева више различитих ствари. Једно схватање је да су међународни стандарди „појмови које норме међународног права садрже без посебног дефинисања”[5]. Такође, под стан-

[1] Види Слободан Самарџић, Политика, у *Енциклопедија политичке културе*, Београд, 1993, стр. 882-884.

[2] Политичка права су само општа (универзална) грађанска права. Права која се остварују на основу неког положаја (*positional rights*), какво је, на пример, право председника Републике да предлаже кандидата за председника Владе, нису општа права јер је само мали број појединаца у прилици да их користи иако, у садржинском смислу, служе обављању политичке делатности. Видети шире у Martin Rex, *A System of Rights,* Oxford, 1997, стр. 98-99.

[3] Војин Димитријевић, Милан Пауновић, Владимир Ђерић, *Људска права – уџбеник*, Београд, 1997, стр. 345.

[4] Због ограничености простора, у овом раду се посебно не разматрају посредно-политичка права и слободе, а под термином политичка права и слободе ће се подразумевати политичка права и слободе у ужем смислу. Такође, акценат је стављен на права везана за изборе, као најзначајнија права у овој групи која одражавају саму суштину политичких права и слобода у ужем смислу.

[5] Димитријевић, Милан Пауновић, Владимир Ђерић, *исто*, стр. 68.

дардима се могу подразумевати правно обавезујуће норме међународног карактера из неке области.[6] Међутим, да би се говорило о међународним стандардима у некој области потребно је прецизно дефинисати појам међународног стандарда и његове елементе.

Под међународним стандардом политичких права и слобода треба подразумевати норме или принципе из ове области који су међународног карактера, а на које је држава пристала да се обавеже.[7] Под обавезом државе треба подразумевати како правне, тако и политичке обавезе које она преузима („меко међународно право").[8]

Имплементација

Имплементација представља уношење обавеза међународног карактера (стандарда) у домаће право. Али имлементација се не одиграва само на нормативном плану. Она подразумева предузимање свих потребних мера (од стране државе) које се морају учинити да би субјект појединог права могао у потпуности да остварује своје право. Дакле, није довољно навести у неком општем правном акту каталог права која се гарантују да би се могло говорити о имплементацији међународних стандарда. Потребно је да та права буду и заштићена, односно да њихов носилац, уколико дође до противправног ограничавања његових права, има могућност да употреби делотворно правно средство. Осим овога, држава је дужна да предузима и све друге потребне мере да би се омогућило ефективно уживање загарантованих права. Практично, битно је да имплементација међународних стандарда ефикасно омогућава остваривање норми о људским правима, без обзира на конкретан начин уношења стандарда у домаће право. О томе морају да се старају сви државни органи, па се тако имплементација стандарда може посматрати не само као легислативни, већ и као судски и егзекутивни феномен.

Политичка права и слободе у ужем смислу – преглед међународних стандарда

Током историје, у различитим системима, појединац је на различите начине био укључиван у одлучивање о стварима које се односе на читаву заједницу (односно био искључиван из ових процеса). Данас је гарантовање права на

[6] Овакво одређење је уобичајено у колоквијалној употреби.

[7] Наведено схватање појма међународног стандарда ће бити у употреби у овом раду.

[8] Уколико би се у обзир узимала само правно обавезујућа правила (заштићена правним санкцијама) ван предмета проучавања би остали многи стандарди из ове области. То нарочито важи за документе усвојене у оквиру ОЕБС (односно КЕБС).

учествовање у јавним пословима, као и свих посебних права која ово опште право подразумева, више или мање прихваћен модел конституисања политичке заједнице у свим деловима света.[9] На универзалном нивоу, ова права су гарантована Универзалном декларацијом о људским правима[10] из 1948. године и Међународним пактом о грађанским и политичким правима[11] из 1966. године, као и многим другим уговорима и декларацијама мањег значаја. На регионалном нивоу, европски, амерички и афрички систем гарантују политичка права и слободе.

Од значаја за право Србије и Црне Горе су универзални систем људских права, успостављен у оквиру Уједињених нација, и европски системи људских права и слобода Савета Европе и Организације за европску безбедност и сарадњу.

Стандарди Уједињених нација

Због своје развијености и универзалности, као и правно обавезујућег карактера, Стандарди Уједињених нација се могу сматрати најважнијим међународним стандардима. У области политичких права и слобода у ужем смислу, ови стандарди обухватају три централна права: право на учествовање у јавним пословима, право на равноправан приступ јавним службама и право на слободне, поштене и истинске изборе.[12] За разлику од Пакта, Универзална декларација, поред гарантовања ових права истиче да је воља народа основа државне власти, што је значајно због тога што се на тај начин, међународним актом, установљава демократски принцип као основ конституисања политичке заједнице. Иако можда није тачна констатација да је формулација у Декларацији после-

[9] Чак и најнедемократскији режими готово никада не прихватају квалификатив да су „недемократски" често се представљајући као чувари демократског поретка.

[10] Резолуција Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) од 10. децембра 1948. године

[11] Резолуција Генералне скупштине Уједињених нација 2200 (XXI) од 16. децембра 1966. године, ступио на снагу 23. марта 1976. године

[12] Универзална декларација о људским правима, члан 21:
1. Свако има право да учествује у управљању јавним пословима своје земље, непосредно или преко слободно изабраних представника.
2. Свако има право да на равноправној основи ступа у јавну службу у својој земљи.
3. Воља народа је основа државне власти: ова воља треба да се изражава на повременим и истинским (*genuine*) изборима, који ће се спроводити општим и једнаким правом гласа, тајним гласањем или одговарајућим поступком којим се обезбеђује слобода гласања
Међународни пакт о грађанским и политичким правима, члан 25:
Сваки грађанин има право и могућност, без икакве дискриминације поменуте у члану 2. и без неоснованих ограничења:
а) да учествује у управљању јавним пословима, било непосредно, било преко слободно изабраних представника;
б) да бира и да буде биран на повременим, истинским, општим, једнаким и тајним изборима, који обезбеђују слободно изражавање воље бирача;
ц) да буде примљен, под општим и једнаким условима, у јавне службе своје земље.

дица тога што у моменту њеног доношења у Уједињеним нацијама хегемонија либералних демократија није долазила у питање,[13] несумњиво је утицај либералних демократија био много снажнији него приликом доношења Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Такође, приликом доношења декларације се полазило од њеног, тада,[14] правно необавезујућег карактера, па су гаранције понекад много шире него у готово две деценије касније усвојеном Пакту.

Због општег карактера норми из Декларације и Пакта, тела Уједињених нација задужена за људска права су додатно прецизирала поједине стандарде. Подкомисија за превенцију дискриминације и заштиту мањина је 1962. године усвојила Нацрт општих принципа о слободи и недискриминацији у области политичких права,[15] а 1989. године је Комисија за људска права усвојила Оквир за будуће покушаје унапређивања ефикасности принципа периодичних и истинских избора.[16]

Осим ова три права, гарантована Декларацијом и Пактом, од значаја за политичка права и слободе у ужем смислу су још неке гаранције предвиђене инструментима Уједињених нација. Пре свега, то је забрана дискриминације по основу политичког или другог мишљења, као и расе, боје, пола, језика, вероисповести, националног или друштвеног порекла, имовине, рођења или другог статуса.[17] Такође, једна од битних гаранција која је предуслов остваривања политичких права је право народа на самоопредељење,[18] нарочито у такозваном „унутрашњем" смислу, схваћено као право народа да бира систем владавине као и природу режима који се бира.[19] Осим тога, велики број инструмената Уједињених нација се осврће на принципе који леже у основи демократске партиципације грађана. То се посебно односи на право народа да слободно одређују свој политички статус,[20] право свих друштвених група на активно учешће у

[13] Steven Wheatley, *Democracy in International Law: A European Perspective, International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, April 2002.

[14] Иако донета као акт који треба да да ближи садржај обавези поштовања људских права, која је установљена Повељом Уједињених нација, данас постоји широко уверење да је декларација постала део обичајног права и, самим тим, да је правно обавезујућа.

[15] Резолуција 1 (XIV) усвојена на четрнаестој седници Подкомисије за превенцију дискриминације и заштиту мањина 1962. године, анекс

[16] Резолуција комисије за људска права 1989/51 од 7. марта 1989. године, анекс

[17] Универзална декларација о људским правима (чл. 2) и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (чл. 2).

[18] Повеља Уједињених нација (чл. 1 ст. 2) и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (чл. 1).

[19] Исто тако и Општи коментар Комитета за људска права 12, члан 1 усвојен на 21. седници 1984. године

[20] Декларација о гарантовању независности колонијалним земљама и народима, чл. 2, Резолуција Генералне скупштине УН 1514 (XV) од 14. децембра 1960. године и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (чл. 1).

одређивању и достизању циљева развоја,[21] право свих људи да учествују у политичком животу земље,[22] итд.

Универзална декларација и Међународни пакт о грађанским и политичким правима гарантују и читав низ политичких права и слобода у ширем смислу, као што су слобода изражавања, удруживања и окупљања.

При разматрању стандарда међународног карактера, неопходан је осврт на поједине од *критеријума*[23] које инструменти садрже, а који се односе на политичку партиципацију. Пре свега, у већини докумената Уједињених нација се истиче да општа политичка партиципација мора да буде *слободна*. Иако се не одређује начин помоћу ког би се таква слобода обезбедила, суштина је јасна – да би било слободно, учествовање у изборном процесу треба да се одвија у атмосфери коју карактерише одсуство притисака и присуство широког спектра људских права, како општих тако и посредно политичких.[24] Осим тога, и Универзална декларација и Међународни пакт истичу тајност гласања, односно тајност садржаја гласа, као један од неопходних услова да би избори били слободни. Овај услов подразумева обезбеђивање тајности гласа, како са техничке стране (гласачки листови, паравани) тако и са правне стране. У овом другом смислу потребно је обезбедити да нико не може бити приморан да открије садржај свог гласа на изборима.[25] Заправо, најбољи показатељ да ли су избори заиста слободни представља ниво до ког они обезбеђују потпуно изражавање политичке воље народа. Према Универзалној декларацији, таква слободна воља представља основ легитимне државне власти.[26]

Према изворима Уједињених нација, избори такође треба да буду *правични*. Било какве мере које би мењале вољу народа би биле у супротности са чланом 21 Универзалне декларације и чиниле би изборе неправичним. Да би избори били правични, неопходно је да бирачко право буде опште и једнако. Према Нацрту општих принципа о слободи и недискриминацији у области по-

[21] Декларација о друштвеном напретку и развоју, чл. 5 (c), Резолуција Генералне скупштине УН 2542 (XXIV) од 11. децембра 1969. године

[22] Поред Универзалне декларације о људским правима и Међународног пакта о грађанским и политичким правима и Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима (Резолуција Генералне скупштине УН 2200 A (XXI) од 16. децембра 1966. године) ово право, суштински, гарантују и члан 5 (c) Међународне конвенције о елиминацији свих облика расне дискриминације (Резолуција Генералне скупштине УН 2106 A (XX) од 21. децембра 1965. године), члан II (c) Међународне конвенције о спречавању и кажњавању злочина апартхејда (Резолуција Генералне скупштине УН 3068 (XXVIII) од 30. новембра 1973. године) и члан 7 Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена (Резолуција Генералне скупштине УН 34/180 од 18. децембра 1979. године).

[23] Међународни критеријуми су они појмови чије значење се не одређује у тексту норме, који треба да буду задовољени да би стандард био испоштован и чије је тумачење неопходно да би се норма могла применити.

[24] *Human Rights and Elections – A Handbook on the Legal, Technical and Human Rights Aspects of Elections*, Centre for Human Rights, United Nations, New York and Geneva, 1994, стр. 6-10.

[25] Нацрт општих принципа о слободи и недискриминацији у области политичких права, члан 6.

[26] Универзална декларација о људским правима, члан 21, став 3.

литичких права, *опште бирачко право* значи да, када су избори непосредни, у бирачки списак морају бити укључени сви они који испуњавају услове за стицање активног бирачког права.[27] Комитет за људска права је у свом раду донео и неке смернице о томе шта се сматра неприхватљивим условима за стицање бирачког права:

1) економски услови (везани за приходе, имовину и сл.);

2) услов пребивалишта постављен престрого;[28]

3) ограничења права гласа за натурализоване држављане;

4) услови који се тичу познавања језика;

5) услов писмености;

6) превелика ограничења права гласа осуђеника.

Такође, лишења бирачког права због изборних преступа морају бити временски ограничена.[29]

Даље, да би избори били правични, према стандардима Уједињених нација, потребно је онемогућити било какву дискриминацију. У том смислу, расну дискриминацију у области политичких права забрањује Међународна конвенција за елиминацију свих облика расне дискриминације.[30] Три документа изричито забрањују дискриминацију жена или њихово искључивање из политичких процеса. То су: Декларација о елиминацији дискриминације жена,[31] Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена[32] и Конвенција о политичким правима жена[33]. Напослетку, Међународна конвенција о спречавању и кажњавању злочина апартхејда[34] забрањује правне и друге мере које би спречавале поједине расне групе да учествују у политичком животу земље.

Неке од мера, према члану XI Нацрта општих принципа о слободи и недискриминацији у области политичких права, неће се сматрати дискриминаторним. То су, пре свега, постављање разумних услова за стицање бирачког права, захтевање разумних квалификација потребних за именовање на јавну функцију које произлазе из природе те функције, као и одређивање разумних рокова који морају протећи пре него што натурализовани држављани стекну могућност да користе своја политичка права. Оно што је нарочито значајно је да се према овом члану различите мере афирмативне акције неће сматрати дискриминаторним, под условом да трају само онолико колико постоји потреба за њима и да се уводе у мери која је неопходна. Оваквим мерама се сматрају оне које обезбеђују адекватну политичку представљеност неког дела популa-

[27] члан 5 (c)

[28] Комитет сматра да је захтев за седмогодишњим пребивалиштем неприхватљив (CCPR/C/SR. 265 (1981.))

[29] *Human Rights and Elections – A Handbook on the Legal, Technical and Human Rights Aspects of Elections*, стр. 10-11.

[30] члан 5 (c)

[31] Резолуција Генералне скупштине УН 2263 (XXII) од 7. новембра 1967. године, члан 4

[32] члан 7

[33] Резолуција Генералне скупштине УН 640 (VII) од 20. децембра 1952. године, чланови I-III

[34] члан II (c)

ције чији су припадници фактички неједнаки са остатком популације због политичких, економских, религијских, социјалних, историјских или културних разлога. Такође, то су и оне мере које обезбеђују уравнотежену представљеност родно различитих делова популације.

Поред општег бирачког права, још један од елемената правичности избора је *једнакост бирачког права.* У том смислу, Нацрт општих принципа изричито предвиђа[35] да се бирачко право стиче под једнаким условима и да сваки глас има исту „тежину", тј. да важи правило „једна особа – један глас" које значи да сваки бирач располаже једнаким бројем гласова. Изборне јединице треба да буду формиране тако да обезбеђују ову једнакост и потпуно верно изражавање воље бирача на изборима.

Свакако да, поред свега овога, део захтева за правичним изборима представља и читав низ техничких и правних мера за спречавање повреда, превара и манипулација. Такве мере пре свега подразумевају формирање непристрасне изборне администрације, што представља обавезу националних институција једне земље, према члану III Оквира за будуће покушаје унапређивања ефикасности принципа периодичних и истинских избора.

Још један од критеријума везаних за испуњавање стандарда политичких права је *периодичност* избора. Он је као један од захтева истакнут и у Универзалној декларацији[36] и Међународном пакту[37]. Иако није прецизирано колико ти периоди треба да трају, у Нацрту[38] се истиче да треба да буду разумни и да обезбеђују да је воља народа стални основ државне власти.

Одлагање заказаних избора због ванредног стања може бити дозвољено под одређеним, рестриктивно постављеним, околностима. Такве мере морају бити у сагласности са међународним стандардима који важе за дерогацију права услед ванредних околности и морају бити у циљу „обезбеђења потребног признања и поштовања права и слобода других, као и задовољења правичних захтева морала, јавног поретка и општег благостања у демократском друштву"[39]. У складу с тим, нарушавање периодичности избора би било противно међународним стандардима, осим под овим изузетним околностима.

И Универзална декларација и Међународни пакт, уводећи још један од међународних критеријума везаних за изборе, налажу да избори морају бити *истински*. Тај критеријум обухвата два елемента: с једне стране, он се односи на инкорпорацију свих раније поменутих критеријума док, с друге стране, поставља захтев да избори омогућавају одражавање слободно исказане воље бирача.[40] Избори морају бити организовани тако да омогућавају расподелу мандата

[35] члан 5 (a)

[36] члан 21 став 3

[37] члан 25 (b)

[38] члан VII

[39] Универзална декларација о људским правима, члан 29. став 2, видети такође члан 4 став 1 Међународног пакта о грађанским и политичким правима

[40] *Human Rights and Elections – A Handbook on the Legal, Technical and Human Rights Aspects of Elections,* стр. 12.

у складу са раније утврђеном формулом која је прихватљива за грађане. Они имају, сами или преко изабраних представника, пуну слободу са становишта међународних стандарда да одреде који ће систем бити примењен. Такође, представници изабрани на „истинским" изборима морају након избора заиста бити у прилици да врше власт која им је поверена, у складу са законом.

Истински избори подразумевају и стварну могућност избора. Да би она била омогућена, потребно је да у датој земљи постоји политички плурализам, на шта посебну пажњу обраћа Комитет за људска права приликом разматрања извештаја које државе подносе.[41] Нацрт генералних принципа предвиђа да сваки бирач мора бити слободан да гласа за листу кандидата или кандидата ког преферира и да нико неће бити приморан да гласа за одређену листу или кандидата. Такође, пуна слобода изражавања опозиционих ставова мора бити обезбеђена, као и организовање и слободно функционисање политичких странака и њихово право да представљају кандидате на изборима.[42] Читав низ гарантованих политичких права у ширем смислу је неопходан да би се обезбедило да уживање политичких права у ужем смислу, која су непосредније везана за изборе, буде истинско. Систем који поштује таква права пружа најбољи оквир за омогућавање стварног избора бирачима.

Једно од права које свакако доприноси томе је право на равноправан приступ јавним службама. Универзална декларација гарантује ово право истовремено забрањујући неразумна ограничења кандидовања, што у крајњој инстанци ограничава и право грађана да бирају.[43] Међународни пакт о грађанским и политичким правима проширује ово право на право сваког да буде биран и да равноправно ступа у јавне службе.[44] Није дозвољена било каква дискриминација у погледу овог права која се базира на раси, полу, нацији или неким другим арбитрарним класификацијама. Одређени услови за стицање овог права, као што су године старости, пословна способност и држављанство сматрају се разумним.[45] Дискриминација је забрањена истим оним инструментима који гарантују недискриминацију у области активног бирачког права.[46] Примена одредаба о забрани дискриминације омогућава најшири могући, истински, избор међу кандидатима као и њихово индивидуално пасивно бирачко право.

Осим тога, да би избори били истински потребно је да слобода избора буде заснована на информисаности о кандидатима. Добро организовано и непристрасно информисање је један од кључних елемената истинских избора.

---

[41] исто, стр. 12.

[42] Нацрт општих принципа о слободи и недискриминацији у области политичких права, члан VIII (a) и (d)

[43] члан 21 став 2

[44] члан 25 (b) и (c)

[45] *Human Rights and Elections – A Handbook on the Legal, Technical and Human Rights Aspects of Elections*, стр. 13.

[46] Међународна конвенција за елиминацију свих облика расне дискриминације, члан 5 (c), Декларација о елиминацији дискриминације жена, члан 4 (a) и (c), Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена, члан 7 (a) и (b), Конвенција о политичким правима жена, чланови II и III и Међународна конвенција о спречавању и кажњавању злочина апартхејда, члан II (c)

Према Оквиру за будуће покушаје унапређивања ефикасности принципа периодичних и истинских избора,[47] да би се обезбедило да избори буду истински, држава може позвати посматраче или тражити саветодавне услуге, што им могу омогућити како регионалне организације тако и Уједињене нације. С једне стране, посматрачи могу бити ефектно средство потврђивања избора као истинских, док, с друге стране, само њихово присуство може допринети превенцији изборних манипулација. Такође, присуство независних и објективних посматрача може охрабрити грађане да учествују у политичком процесу и да слободно изразе своју политичку вољу.

Стандарди Савета Европе

У погледу стандарда Савета Европе, који се тичу политичких права у ужем смислу, ситуација је на нормативном плану далеко јаснија него када су у питању стандарди Уједињених нација. Ово стога што не постоји више различитих извора који се баве овим питањем већ само једна одредба садржана у члану 3 Првог протокола[48] Конвенције за заштиту људских права и основних слобода,[49] која гласи: „Високе стране уговорнице се обавезују да у разумним временским размацима одржавају слободне изборе са тајним гласањем, под условима који обезбеђују слободно изражавање мишљења народа при избору законодавних тела."

Иако се, према преамбули Конвенције, основна људска права и слободе најбоље остварују „стварном политичком демократијом", гарантовање права на слободне изборе, као права од есенцијалне важности за остваривање таквог предуслова, није извршено самом Конвенцијом већ накнадним Протоколом. И не само да гаранција долази касније у односу на Конвенцију, већ сама ширина формулације не представља корак напред у односу на члан 21. раније донете Универзалне декларације о људским правима. Осим тога, ова гаранција је ужа и од оне садржане у члану 25. Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Све то говори у прилог тезе да државе уговорнице нису имале стварну и искрену намеру да у том тренутку гарантовањем оваквог права, које задире у питања која су се традиционално сматрала унутрашњим стварима сваке државе, ограниче подручје своје слободе у области уређивања избора. Поготово то нису желеле да чине инструментом који је једини обезбеђивао ефикасну међународноправну заштиту људских права. Због тога су писци Конвенције дуго и пажљиво разматрали ово питање свесни његове важности. Та њихова опрезност, помешана са поменутим политичким и неким техничким потешкоћама које су се јавиле у Комитету министара, довела је до тога да се ово право не нађе у тексту Конвенције.[50] Међутим, већи део празнина у тексту је попуњен праксом органа основаних Европском конвенцијом.

[47] члан IV

[48] Париз, 20. март 1952. године, ступио на снагу 18. маја 1954. године

[49] Рим, 4. новембар 1950. године, ступила на снагу 3. септембра 1953. године

[50] John J. Cremona, *The Right to Free Elections in European Convention on Human Rights*, у *Protecting Human Rights: The European Perspective*, Köln, 2000, стр. 310.

Прва недоумица која се јавља при тумачењу ове одредбе је питање да ли она успоставља само обавезу за државе потписнице, а да при том не гарантује и бирачко право као индивидуално право. Основ за различита тумачења пружа чињеница да су при гарантовању других права обично коришћене формулације из којих недвосмислено произлази да је право гарантовано појединцима.[51] Чак је и пракса поступања Европске комисије за људска права у почетку ишла у том правцу – сматрало се да је члан 3 Протокола 1 примењив само у случају међудржавних поступака. Индивидуалне представке нису сматране дозвољеним у погледу ове гаранције.[52]

Међутим, промена праксе је уследила 1967. године када Комисија одлучује да гаранција слободних избора из тог члана подразумева у себи и опште бирачко право.[53] Након тога, Комисија је у једној одлуци из 1975. године закључила да овај члан зајемчује активно и пасивно бирачко право, у складу са начелима слободе и једнакости садржаним у члану 1 Конвенције.[54] Ова пракса је потврђена и у једној од најзначајнијих пресуда Европског суда за људска права по овом члану, Матје-Моен и Клерфај (*Mathieu-Mohin and Clerfayt*),[55] где се каже да је „понекад из овог члана извлачен закључак да исти не заснива индивидуална права и слободе 'непосредно зајемчене свакоме' ко потпада под надлежност држава уговорница, већ да искључиво ствара обавезе између држава"[56]. Међутим, Суд у истој одлуци налази да овакво рестриктивно схватање није одрживо. Суд оправдање за овакав став проналази у преамбули Протокола 1, која његов циљ одређује као осигуравање скупног спровођења извесних права и слобода која нису укључена у Конвенцију. Такође, преамбула Протокола 4[57] говори о правима и слободама гарантованим члановима од 1 до 3 Протокола 1. Суд се позива на travaux préparatoires за Протокол 1 где се на више места говори о политичким правима и слободама појединца, праву на слободне изборе и сл.[58] Дакле, закључује Суд, „помињање високих страна уговорница у члану 3 не одражава неку суштинску разлику у односу на остале одредбе Конвенције и протокола. Разлог за ово, чини се, пре лежи у жељи да се преузетим обавезама прида већа озбиљност, као и у чињеници да је примарна обавеза у овом погледу, не обавеза уздржавања или немешања (као што је то случај са већином грађанских и политичких права), већ обавеза државе да донесе кон-

[51] формулације при гарантовању права обично гласе „свако има право..." и „нико не може бити...", а не „високе стране уговорнице се обавезују..."

[52] представка 530/59, одлука од 4. јануара 1960. године и представка 1065/61, одлука од 30. маја 1961. године

[53] представка 2728/66, одлука од 6. октобра 1967. године

[54] представке 6745 и 6746/74, одлука од 30. маја 1975. године

[55] *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, пресуда од 2. марта 1987. године, серија А бр. 113, у *Политичка права и слободе*, приредио др Милан Пауновић, Београд, 1997, стр. 282-308.

[56] *исто*, тачка 48.

[57] Стразбур, 16. септембар 1963, ступио на снагу 2. маја 1968. године

[58] *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, тачка 49.

кретне мере за одржавање демократских избора"[59]. Стога се овде, за разлику од поменутог случаја из 1967. године који успоставља концепт „општег права гласа", ради о концепту субјективног права на политичку партиципацију – схваћеног као гарантовање активног и пасивног бирачког права.

Активно бирачко право или право грађана да бирају подразумева само њихово право да активно учествују у изборима. Из досадашње праксе се не може извући закључак да постоји и негативно право – право да се не гласа. Ово је важно због потврде, на овај начин дате од стране Европске комисије за људска права, да државе имају слободу да утврде обавезу гласања. То што избори треба да буду слободни значи само да изражавање воље мора бити слободно, а не и да су бирачи слободни да одлуче да не гласају уколико у датој држави постоји обавеза гласања.[60]

Пасивно бирачко право је проширено и на право изабраног посланика да учествује у раду законодавног тела, односно да своје право ефективно и користи јер би у супротном изгубило смисао.[61]

Слично инструментима Уједињених нација, Европска конвенција предвиђа неке критеријуме за процену испуњености стандарда садржаног у норми. Пре свега, избори морају да се одржавају у разумним временским размацима (тј. да буду *периодични*). О томе да ли су интервали разумни мора се одлучивати у светлу сврхе парламентарних избора. Та сврха је да се обезбеди да се промене у јавном мњењу одразе на оне који представљају грађане. При томе треба водити рачуна да „парламент у принципу мора бити у позицији да развије и изврши своје законодавне намере, укључујући и дугорочне легислативне планове"[62].

Други критеријум се тиче *слободних* избора са *тајним гласањем*. У вези с тим, изражавање мишљења народа према Конвенцији мора бити *слободно*. Ни ови критеријуми се не разликују од оног што предвиђају инструменти Уједињених нација. Заправо се ради о критеријуму *истинских* избора, иако се он у Европској конвенцији експлицитно не помиње. Као што је већ наведено, он подразумева све ове критеријуме као и заштиту посредно политичких права која су гарантована Конвенцијом.

Ови стандарди се односе на изборе за законодавна тела, па се поставља питање која се тела могу квалификовати као таква. Одговор на то може дати само унутрашње право једне државе.[63] Како је Суд утврдио у случају Матје-Моен и Клерфај, термин законодавна тела мора бити схваћен у смислу уставног система државе, односно овлашћења датих том телу. Такође, Суд је позвавши се на *travaux préparatoires* закључио да се стандарди морају применити барем на један

[59] исто, тачка 50.

[60] John J. Cremona, *исто*, стр. 312-313, шире о праву да се не гласа видети у Heather Lardy, *Is there a Right not to Vote?*, Oxford Journal of Legal Studies, June 2004, Oxford

[61] *исто*, стр. 313.

[62] *исто*, стр. 314.

[63] Дона Гомиен, *Кратак водич кроз Европску конвенцију о људским правима*, Београд, 1996, стр. 93.

дом, уколико их има два или више.[64] Што се тиче представничких тела федералних јединица, оне су уобичајено сматране законодавним органима, али се овај члан не може применити на изборе за тела која имају само делегирана овлашћења и која се налазе под контролом органа образованих за ниво целе државе.[65]

Овако рестриктиван приступ, који онемогућава примену овог члана на изборе за таква представничка тела (која се образују на нивоу општина или региона), у садејству са ограничењима садржаним у самом тексту члана 3 (он се не примењује, на пример, на изборе за шефа државе или референдуме), доводи до веома суженог поља примене ове гаранције. Заиста је тешко наћи оправдање за овако уску формулацију. Нарочито због тога што се у националним правима не прави разлика између тих избора, са становишта људских права. Иако је размљиво да су писци Конвенције желели да нагласе значај избора законодавних тела то свакако није био разлог за увођење оваквих ограничења. Практична последица свега тога је да ће појединци чија су непосредно политичка права повређена приликом избора моћи да их заштите пред Европским судом за људска права само у случају да се ради о изборима за национална законодавна тела.[66]

Ограничења права на слободне изборе и бирачког права, која су садржана у самом тексту норме, нису једина ограничења која постоје јер ова права не спадају у апсолутно заштићена права. Дерогације које предвиђа сама Конвенција се, пре свега, односе на ратно стање или стање друге јавне опасности.[67] Такође, дозвољена су ограничења политичке делатности странаца,[68] а права се, наравно, могу уживати тако да не ограничавају или поништавају права загарантована другима.[69] Ова ограничења важе и за многа друга права из Конвенције. Далеко су интересантнија ограничења која Суд сматра оправданим а нису експлицитно наведена.

У случају Матје-Моен и Клерфај, Суд наводи да права гарантована овим чланом могу трпети оправдана ограничења и за такав став наводи следећи аргумент: пошто члан 3 не износи и не дефинише изричито сва права која признаје (активно и пасивно бирачко право) то значи да постоје и ограничења ових права која се подразумевају исто као што се њихова садржина подразумева.[70] Државе уговорнице својим унутрашњим правом могу ограничити право појединца

[64] *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, тачка 53.

[65] John J. Cremona, *исто*, стр. 320-322.

[66] Сва ова права су гарантована и на изборима за представничка тела која се не формирају за ниво целе државе већ и за ниво локалне самоуправе и региона. То није учињено Европском конвенцијом већ различитим документима који су мањег значаја јер се права гарантована њима не могу штитити пред Европским судом за људска права. За локалне изборе од значаја је члан 3 став 2 Европске повеље о локалној самоуправи (Стразбур, 15. октобар 1985. године), а за регионалне члан 2 став 3 Декларације о регионализму у Европи (Базел, 4. децембар 1996. године) и члан 12 став 2 нацрта Европске повеље о регионалној самоуправи (Стразбур, 5. јун 1997. године).

[67] Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, члан 15

[68] исто, члан 16

[69] исто, члан 17

[70] *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, тачка 52.

да бира и да буде биран „условима који начелно нису недопуштени у смислу члана 3"[71]. Суд износи став формиран у дотадашњој пракси да државе имају широк степен слободе приликом утврђивања ових услова, а Суд треба да утврди да ли су ти услови у супротности са чланом 3 у сваком конкретном случају који се пред њим појави. Услови не смеју да ограничавају права до мере у којој би то угрозило њихов смисао и делотворност. Они морају бити уведени ради постизања „законитог циља" с којим морају бити у сразмери.[72]

Оно што је проблематично при примени члана 3 је што Суд у сваком појединачном случају мора одредити да ли су услови за стицање права угрозили слободно изражавање воље народа. Као путоказ приликом овакве врсте одлучивања, Суду треба да послужи судска пракса, као што је то случај и када се ради о било ком другом праву из Конвенције. Проблем у примени члана 3 је у томе што пракса која је стварана годинама и која би требало да нуди решење за већину случајева не постоји, односно постојећа пракса је врло оскудна. Суд је врло ретко одлучивао по овом члану, па прецизних критеријума по питању ограничења и нема. Међутим неки општи закључци се могу извући и из досадашње судске праксе.

Минималне године старости, држављанство и пребивалиште се уобичајено сматрају дозвољеним условима за стицање бирачког права. Године старости нису сматране условом за стицање пасивног бирачког права који ограничава слободно изражавање воље чак и када је овај услов био врло рестриктивно постављен,[73] док се за активно бирачко право то питање у пракси и не поставља с обзиром на врло уједначена решења у целој Европи. Услови држављанства и пребивалишта се такође прихватају у пракси Европског суда за људска права. Држављанство као услов све више губи на значају у већем делу континента, с обзиром на то да се држављани земаља чланица Европске уније могу кандидовати и гласати на локалним изборима у било којој другој држави чланици. Ово важи и за изборе за Европски парламент. Иако ни једни ни други избори не потпадају под дефиницију избора за законодавно тело, јасно је да овај услов полако нестаје и постаје све мање важан. Суд је по питању пребивалишта као услова стао на становиште да, иако он постоји у правном систему, не сматра се дискриминаторним да се представницима државе у иностранству омогући да гласају иако не испуњавају овај услов.[74]

У случају Подколзина против Литваније[75], Суд је заузео став да познавање званичног језика на коме ради парламент није само по себи услов за кандидовање противан Конвенцији. Ова одлука је веома важна за државе у чијем бирачком телу постоји мањина чији матерњи језик није већински. Дакле, пре-

[71] *исто*

[72] *исто*

[73] 25 година за Представнички дом и 40 година за Сенат у Белгији, представке 6745 и 6746/74, већ навођене.

[74] представка 7566/76, одлука од 11. децембра 1976, према John J. Cremona, *исто*, стр. 317.

[75] представка 46726/99 од 9. априла 2002. године, у *Људска права у Европи*, број 29, мај 2002, стр. 8-10.

ма Европском суду за људска права, државе су слободне да одређују језик који се користи у раду парламента, као и да као услов за кандидовање на изборима постављају познавање тог језика.

Веома важно питање које се тиче граница до којих је могуће ићи у ограничавању права је питање лишавања активног и пасивног бирачког права. У једном скоријем случају, Жданока против Литваније[76], Суд је потврдио оправданост казнене мере лишавања пасивног бирачког права,[77] али сматра да она мора да буде привремена да би била сразмерна. Мера не само да не сме да буде трајна већ се таквом сматра и она мера која је неодређеног трајања (која се може завршити али није прецизирано када).

У погледу изборног система који се примењује, у случају Матје-Моен и Клерфај, Суд је закључио да члан 3 не ствара обавезу увођења одређеног изборног система.[78] Опредељивање за пропорционални, већински или мешовити систем највише зависи од политичке традиције земље. У пресуди се наводи да изборни системи настоје да помире циљеве који се често не могу помирити: да се, с једне стране, обезбеди да бирачка воља буде верно представљена и, с друге, да се „усмере токови мишљења како би допринели настајању довољно јасне и кохерентне политичке воље”[79]. Под тим условима важно је само да се обезбеди равноправно поступање према свим грађанима приликом остваривања њиховог права да бирају и да буду бирани. „Из овога не произлази да сви гласови нужно морају имати исту тежину у погледу исхода избора, нити да сви кандидати нужно морају имати подједнаке шансе за победу на изборима. Стога ниједан изборни систем не може елиминисати 'изгубљене гласове'.”[80] Могуће је да особености које би биле прихватљиве у погледу једног изборног система не могу бити оправдане у погледу другог. Битно је само да се обезбеђује „слободно изражавање народа при избору законодавних тела”.

Стандарди Организације за европску безбедност и сарадњу (ОЕБС)

Стандарди ОЕБС не спадају у правила која имају правно обавезујуће дејство. Они пре свега представљају обавезу моралне и политичке природе за све земље чланице. Њихов правно необавезујући карактер их не чини мање важним. Напротив, у документима ОЕБС (а до 1995. године Конференције за европску безбедност и сарадњу – КЕБС) се често могу наћи стандарди који иду корак даље у гарантовању људских права од докумената који имају правно обавезујући карактер. Могло би се чак рећи да се, према стандардима ОЕБС, може одредити у ком правцу ће се развијати гаранције људских права у овој

[76] представка 58278/00 од 17. јуна 2004. у *Људска права у Европи*, број 55, јул 2004, стр. 9-11.

[77] Комунистичка партија Литваније, чији је госпоја Жданока била члан, је проглашена неуставном а њеним активистима је забрањено да се кандидују

[78] *Mathieu-Mohin and Clerfayt*, тачка 54.

[79] *исто*

[80] *исто*

области. Оно што су државе спремне да прихвате на политичкој равни, после извесног времена, обично прихватају и у правном смислу.

У једном од најважнијих докумената, када се ради о политичким правима, Парискоj повељи за нову Европу,[81] утврђује се принцип да се „демократска власт темељи на вољи народа израженој у редовним временским размацима путем слободних и поштених избора." У Документу са другог састанка Конференције о људској димензији КЕБС[82] државе чланице су објавиле да „воља народа, слободно и коректно изражена кроз периодичне и стварне изборе представља основу ауторитета и легитимности сваке власти"[83]. Државе ће, према овом документу, поштовати право грађана да учествују у управљању земљом преко изабраних представника или непосредно.[84] Такође, слободни, периодични избори и тајно и слободно гласање су потврђени као елементи правде од суштинског значаја за пуно изражавање достојанства које је својствено свакој личности.[85]

Да би се обезбедило да воља народа буде основ ауторитета власти, Документ из Копенхагена предвиђа да државе учеснице морају да испуне неке услове који се односе на политичка права и слободе. Пре свега, државе морају да одржавају слободне изборе у разумним временским интервалима на начин уређен правом.[86] Поред тога, оне морају обезбедити да сва места у најмање једном дому националног законодавног тела подлежу „слободном избору гласањем народа".[87] Бирачко право мора бити опште и једнако и мора бити гарантовано свим пунолетним грађанима.[88] Гласање мора бити тајно, а гласови се поштено пребројавају и саопштавају и званични резултати објављују.[89] Грађани морају имати право да буду бирани на политичке функције, индивидуално или као представници политичких странака, без дискриминације.[90] Државе, осим свега овога, морају да обезбеде да кандидати који освоје законом прописан број гласова ступе на дужност и обављају је до истека мандата, односно до њеног окончања, на начин који је регулисан правом у складу са демократском парламентарном и уставном процедуром.[91]

Присуство посматрача, како страних тако и домаћих, према Документу из Копенхагена, треба да унапреди изборни процес. Због тога су се државе чланице обавезале да обезбеде могућност посматрања избора посматрачима из свих других држава чланица, као и из одговарајућих приватних институција и

[81] Самит КЕБС, 19-21. новембар 1990.

[82] Копенхаген, јун 1990. Овај акт се често може наћи под скраћеним именом „Документ из Копенхагена".

[83] I део, тачка 6.

[84] исто

[85] I део, тачке 5. и 5.1

[86] I део, тачка 7.1

[87] I део, тачка 7.2

[88] I део, тачка 7.3

[89] I део, тачка 7.4

[90] I део, тачка 7.5

[91] I део, тачка 7.9

организација уколико оне желе да прате изборни процес, у складу са законом. Такви посматрачи се морају обавезати да се не мешају у изборни поступак.[92]

Читав низ захтева се поставља пред државе чланице, а односе се на информисање бирача: мора се обезбедити да се кампање воде у коректној и слободној атмосфери где кандидати слободно износе своје ставове а бирачима је омогућено да се са тим ставовима упознају, приступ средствима јавног информисања мора бити слободан свим политичким групацијама и појединцима који учествују у изборном процесу без икакве дискриминације.[93]

Истовремено, политичке странке се надмећу на основу правно обезбеђеног равноправног третмана пред законом и властима.[94]

Имплементација међународних стандарда у домаћем праву

У праву Србије и Црне Горе ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права имају примат над домаћим правом.[95] Осим тога, међународни уговори о људским правима се непосредно примењују.[96] И поред ове одредбе судови никада (или готово никада) не примењују норме о људским правима загарантоване међународним (или домаћим) правом. Дакле, може се говорити о примату међународног права људских права на нормативном плану, али не и у судској пракси.

Међутим, и није неопходно за имплементацију да се судови позову на међународноправну норму. Потребно је да се стандард примењује без обзира на извор из кога потиче. Могуће је да се неко право гарантује и штити иако се то не доводи у везу са међународним документима. Зато је неопходно анализирати домаће прописе (које примењују судови и други државни органи) и видети колико су они у сагласности са међународним. Како је већ раније поменуто, домаће право, према Уставној повељи мора бити у сагласности са међународним правом, па за такву анализу постоји и ваљан правни разлог.[97]

[92] I део, тачка 8.

[93] I део, тачке 7.7 и 7.8

[94] I део, тачка 7.6

[95] Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора,"Службени лист СЦГ" број 1/2003, члан 16.

[96] исто, члан 10 и Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, „Службени лист СЦГ" број 6/2003, члан 7.

[97] Проверавање усклађености домаћег права са међународним није према Уставној повељи дато у надлежност Суду Србије и Црне Горе, вероватно услед пропуста. Касније је доношењем Закона о Суду Србије и Црне Горе ("Службени лист СЦГ" број 26/2003.) ова грешка исправљена, али се, према том закону, контролише само усклађеност са потврђеним и објављеним међународним уговорима или споразумима, а не и са општеприхваћеним правилима међународног права. Осим тога, у Уставној повељи се говори о „ратификованим међународним уговорима" а у закону о „потврђеним и објављеним међународним уговорима или споразумима".

Политичка права и слободе у домаћем праву

Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама гарантује право на учествовање у одлучивању о јавним пословима свим грађанима државне заједнице, било непосредно или преко представника који се бирају тајним гласањем на периодичним и општим изборима.[98] Према Уставу Републике Србије, сувереност припада грађанима који је остварују изборима или облицима непосредног учешћа грађана у одлучивању.[99] Бирачко право је опште и једнако а гласање тајно и према Уставу Србије и према Повељи о људским правима, с том разликом што републички Устав гарантује и непосредност избора.[100] Бирачко право, како активно тако и пасивно, припада грађанину који је навршио 18 година живота.[101] У случају државне заједнице ради се о грађанима државне заједнице док се у Србији не прецизира о којим се грађанима ради. Из тога би се могло закључити да држављанство није уставни услов за стицање бирачког права у Републици.[102] Право кандидовања се гарантује и политичким странкама и другим политичким организацијама, као и грађанима непосредно (групама грађана).[103]

Претходне одредбе, посматране засебно, гарантују политичка права у ужем смислу на начин који се не разликује од начина на који то чине међународни документи. Али, као што на међународном плану норме морају да се тумаче и попуњавају конкретним садржајем, било кроз праксу међународних тела било кроз доношење различитих аката који их разрађују, тако би било погрешно на унутрашњем плану посматрати само уставне одредбе. Да би се стекао увид у остваривање људских права, морају се анализирати и прописи који разрађују уставне норме и пракса судова и других државних органа.

Закон о избору народних посланика уводи појам изборног права, као новог права, недефинисаног у Уставу, које обухвата право грађана да на начин и по поступку који је утврђен тим законом: бирају и буду бирани; кандидују и буду кандидовани, одлучују о предложеним кандидатима и изборним листама; кандидатима јавно постављају питања; буду правовремено, истинито, потпуно

[98] Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, члан 33 став 1

[99] Устав Републике Србије, члан 2. Устав такође регулише облике непосредног учешћа грађана у одлучивању, референдум (чланови 4, 133 став 2 и 116 став 1) и народну иницијативу (члан 80 и члан 132 став 1), и гарантује право грађана на критику рада државних органа као и на подношење предлога и петиција (члан 48). Уставна повеља познаје референдум, који везује само за одлучивање о судбини државне заједнице (члан 60 ставови 2 и 3). У њој се не предвиђа народна иницијатива, већ само право на петицију (члан 34) и на тај начин лишава грађане једног важног права – права на грађанску иницијативу.

[100] Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, члан 33 став 2 и Устав Републике Србије, члан 42 став 2

[101] Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама, члан 33 став 2 и Устав Републике Србије, члан 42 став 1

[102] Ранија пракса Уставног суда показује да се под појмом „грађанин" заправо подразумевао „држављанин", па је овај пропуст уставописаца у пракси исправљен.

[103] Устав Републике Србије, члан 42 став 3

и објективно обавештени о програмима и активностима подносилаца изборних листа и о кандидатима са тих листа, као и да располажу другим правима која су предвиђена овим законом.[104] У истом закону се наводи да бирачко право, и активно и пасивно, има грађанин са пребивалиштем у Републици Србији који је истовремено и југословенски држављанин, који је навршио 18 година живота и пословно је способан.[105] Слично је и за друге изборе, уз мале разлике. Закон о избору председника Републике предвиђа додатни услов за стицање пасивног бирачког права – захтева се пребивалиште на територији Републике Србије у трајању од најмање годину дана пре дана одржавања избора.[106] Према Закону о локалним изборима, за стицање „изборног права" потребан је додатан услов у односу на изборе за народне посланике. Кандидат, односно бирач мора имати пребивалиште на територији јединице локалне самоуправе у којој остварује „изборно право".[107] На крају, Одлука о избору посланика у Скупштину Аутономне Покрајине Војводине, предвиђа да бирач мора имати пребивалиште на територији изборне јединице у којој остварује своје „изборно право", док се за кандидата захтева пребивалиште на територији покрајине.[108]

Из свега овога се може закључити да закони често иду мимо и против Устава у регулисању ове материје. Иако се са аспекта међународног права сви услови које закони (и Одлука) предвиђају сматрају оправданим, они би ипак требало да буду утврђени у Уставу. Уколико се има у виду одредба члана 12 Устава Републике Србије, која каже да се слободе и права остварују на основу Устава осим када је Уставом предвиђено да се услови за остваривање појединих права утврђују законом и да се законом може прописати начин остваривања слобода и права када је то неопходно за њихово остваривање,[109] долази се до закључка да су поменуте законске одредбе које утврђују услове за стицање бирачког права неуставне.[110] Тако Уставни суд Републике Србије, у једној ранијој одлуци, потврђује да „Устав није оставио да законодавац утврђује друге услове, већ само начин остваривања бирачког права"[111]. Дакле, уставна права и слободе се законом не могу сузити, већ се само може прописати начин њиховог остваривања.[112]

---

[104] „Службени гласник РС", бр. 35/2000, члан 9; није добро решење увођење нових права законом јер се људска права гарантују и утврђују Уставом

[105] исто, члан 10

[106] „Службени гласникРС", бр. 1/1990, члан 3 став 1

[107] „Службени гласник РС", бр. 33/2002, члан 7

[108] „Службени лист АПВ", бр. 12/2004, члан 3

[109] Устав Републике Србије, члан 12 ставови 1 и 2

[110] Ово још више важи за покрајинску Одлуку пошто би се законско проширење услова при ширем тумачењу могло подвести под „законом прописан начин остваривања права и слобода" док се подзаконским актом то никако не може чинити.

[111] Одлука Уставног суда Републике Србије у предмету ІУ – 57/93, од 22. септембра 1994. године.

[112] Ипак, пошто Устав Србије често садржи празнине у погледу регулисања услова за остваривање права и слобода, поменута одредба члана 12 Устава је приликом доношења закона најчешће тумачена шире. Она је узимана као правни основ за утврђивање услова за остваривање права у закону, чак и онда када на такву могућност директно не упућује одредба Устава која регулише појединo право.

Међутим, Уставни суд није прихватио иницијативу за покретање поступка за утврђивање неуставности члана 10 Закона о избору народних посланика, који предвиђа услове за стицање бирачког права. Уставни суд је оценио да оспореном одредбом члана 10 Закона о избору народних посланика „није ограничено остваривање бирачког права грађана утврђено чланом 42 Устава Републике Србије, нити је проширен круг субјеката у коришћењу изборног права ван уставног одређења 'грађанин држављанин' већ је изражена персонална и територијална повезаност грађанина са државом. Прописујући да бирачко право за избор посланика има грађанин са пребивалиштем у Републици Србији који је истовремено и југословенски држављанин, законодавац је у оквиру уставног овлашћења уредио начин остваривања бирачког права грађана на изборима за органе и друга изборна тела у Републици Србији."[113]

Иако можда целисходна, и у складу са међународним стандардима, одлука Уставног суда да не прихвати иницијативу за оцену уставности овог члана је у најмању руку проблематична. Уколико појединац испуњава услове за стицање неког права који су предвиђени у Уставу, а није предвиђено да се ти услови проширују новим, путем аката слабије правне снаге, ситуација је правно чиста – појединац има такво право. Дакле, овде се не ради о фактичкој реализацији права, већ само о питању имају ли грађани такво право или немају. Не може бити ни говора о томе да се ради о прописивању начина остваривања права и слобода, јер није реч о остваривању већ о стицању. Право се мора стећи да би се могло остваривати.

Ситуација није нимало боља на нивоу државне заједнице. Законом о избору посланика Скупштине Србије и Црне Горе предвиђено је да пасивно бирачко право имају народни посланици, а на првим изборима за посланике Скупштине Србије и Црне Горе и савезни посланици Већа грађана, односно Већа република Савезне скупштине. Они се бирају сразмерно броју народних посланика који има посланичка група у Народној скупштини, а за њих гласају народни посланици.[114] Поставља се питање на који начин грађани на нивоу државне заједнице остварују своје право да бирају и да буду бирани у органе државне заједнице из члана 33 став 2 Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама. Наиме, овде се постављају додатни услови у односу на оне које утврђује Повеља: грађанин мора испуњавати све услове за стицање бирачког права предвиђене републичким прописима и још мора бити изабран у Народну скупштину. Иако се ради о периоду од две године, у коме се посланици бирају посредно, ипак се мора рећи да је Повеља о људским и мањинским правима у овом случају прекршена. Она не гарантује непосредност избора као републички Устав, али то није довољно да се избегне несклад између гаранције бирачког права и фактичке ситуације која је настала услед посредног начина бирања посланика. Овакав начин избора је такође и у супротности са тачком 7.2 Копенхагеншког документа који захтева да сва места барем једног дома

[113] Решење Уставног суда Републике Србије, ИУ1/2001 од 12. септембра 2002. године)

[114] Закон о избору посланика Скупштине Србије и Црне Горе, „Службени гласник РС", број 10/2003.

парламента подлежу слободном избору гласањем народа. Иако и та одредба пружа основ за различита тумачења, њен смисао је да се обезбеди да грађани непосредно гласају на изборима за посланике.

За разлику од недоследности исказаних на нивоу гаранција, остваривање политичких права у ужем смислу је у последње време значајно унапређено. Пре свега, неке категорије становништва које су биле фактички лишене активног бирачког права су коначно добиле могућност да га користе. Поновним увођењем гласања ван бирачког места хоспитализовани и непокретни бирачи, који су били дискриминисани, добијају прилику да учествују у изборном процесу.[115] Дискриминација је укинута и у односу на бираче који се налазе у притвору или на издржавању заводске санкције,[116] а бирачима који имају боравиште у иностранству је омогућено да своје право остваре и ван наше земље.[117] Све су то позитивни помаци који укидају дискриминацију противну међународним стандардима која је постојала. Осим тога, укидањем законског изборног прага за странке националних мањина[118] и увођењем мера афирмативне акције за мање заступљен пол на кандидатској листи,[119] домаће законодавство се приближило стандардима које се наша земља обавезала да испуни.

Међутим, усаглашавање са међународним стандардима се није одигравало само на нормативном плану. Велику улогу у томе је имао и Уставни суд Републике Србије, заштитивши пасивно бирачко право и право на уживање посланичког мандата на начин гарантован тачком 7.9 Копенхагеншког документа и критеријумом истинских избора. Одредба Закона о избору народних посланика, која је предвиђала да посланику престаје мандат на основу престанка чланства у политичкој странци, више не важи на основу одлуке Уставног суда, јер се „из чињенице да је политичка странка или коалиција кандидовала грађанина на својој изборној листи не могу извлачити посебна права и овлашћења политичке странке, односно коалиције према народном посланику”[120]. „Како чланство у политичкој странци, односно другом облику повезивања странака није услов за стицање пасивног бирачког права, односно није услов за кандидовање, нити услов за избор на функцију народног посланика, законско утврђивање престанка чланства у политичкој странци, или коалицији као основе за престанак посланичког мандата, односно губитак оствареног пасивног бирачког права, по оцени Уставног суда, није у складу са Уставом.”[121]

[115] Закон о избору народних посланика, члан 72а

[116] исто, члан 72б

[117] исто, чланови од 73а до 73г, остала је само дискриминација у односу на бираче са боравиштем у Црној Гори

[118] исто, члан 81 ставови од 2 до 4, Одлука о избору посланика у Скупштину Аутономне Покрајине Војводине, члан 74 ставови од 4 до 6

[119] Закон о избору народних посланика, члан 40а, Одлука о избору посланика у Скупштину Аутономне Покрајине Војводине, члан 55 ставови од 3 до 5 и Закон о локалним изборима, члан 20 ставови од 3 до 5

[120] Одлука Уставног суда Републике Србије у предмету ИУ – 197/02 од 27 маја 2003 године

[121] исто

Оваква одлука је важна јер утврђује да се пасивно бирачко право не исцрпљује у моменту избора, већ је то право које има дејство и током трајања мандата и за то време оно тај мандат штити. У једној другој одлуци, која се водила по сличном питању али у погледу Закона о локалној самоуправи и Закона о локалним изборима, Уставни суд је навео још потпунију аргументацију.[122] Право кандидовања, према тој одлуци, конституише се као право грађана, а не као право политичких организација. Кандидат за одборнике постаје одборник непосредним избором од стране грађана, и од тог момента грађани користе своје право учествовања у одлучивању о јавним пословима преко својих представника – одборника. У оба случаја, пред Уставним судом ради се о врло важној заштити политичких права грађана која се одвијала на линији међународних стандарда из ове области.[123]

Остваривање политичких права у ужем смислу код нас трпи још један велики недостатак. Наиме, ради се о систему расподеле мандата. Иако то није, строго узев, материја људских права из ове области, и међународни документи не траже увођење ниједног конкретног изборног система, испод неких стандарда се не сме ићи. Изборни систем не сме бити такав да вређа људска права и да не обезбеђује остваривање права на слободне изборе и бирачког права. Тамо где се у Републици Србији примењује пропорционални изборни систем, та права нису обезбеђена у мери у којој је то потребно. Коначна расподела мандата кандидатима са листе се врши, у случају републичких избора, у потпуности у складу са упутствима предлагача листе, без обзира на изворни редослед, осим у случају да предлагач у року не достави списак кандидата;[124] док се у случају покрајинских и локалних избора једина разлика састоји у томе што се 1/3 мандата додељује према редоследу са листе а 2/3 према упутствима предлагача листе.[125] На овај начин се обезвређује активно бирачко право грађана, јер они дају глас предлагачима (странкама) које затим одређују ко ће ући у парламент. Одлука о томе ко ће добити мандат је поверена и странкама, док би требала да буде у рукама бирача. Може се рећи да предлагачи, који имају активно право кандидовања на изборима, преузимају део вршења активног бирачког права које, у складу са прописима, припада грађанима као појединцима. Такво решење је противно аргументацији наведеној у одлукама Уставног суда по питању посланичких мандата, јер се не успоставља директна веза између бирача и изабраних представника. Уколико овакво решење остане на снази, неопходно је увести методе гласања и врсте кандидатских листа које би бирачима омогућиле да утичу на редослед кандидата на листи.

Заштита права везаних за изборе се остварује у двостепеном поступку, где по приговору бирача, предлагача или кандидата одлучује надлежна избор-

[122] Одлука Уставног суда Републике Србије у предмету ИУ – 66/02; ИУ – 201/03; ИУ – 249/03 од 25. септембра 2003. године

[123] О овом питању видети шире у рефератима објављеним у Гласнику Адвокатске коморе Војводине, Нови Сад, март 2003, број 3

[124] Закон о избору народних посланика, члан 84 став 1

[125] Одлука о избору посланика у Скупштину Аутономне Покрајине Војводине, члан 76 ставови 3 и 4, Закон о локалним изборима, члан 42, ставови 4 и 5

на комисија на чију одлуку је дозвољена жалба Врховном суду (републички и покрајински избори) или општинском суду (локални избори).[126] Ниједан изборни пропис не одређује по којим правилима поступа изборна комисија по приговору, па због тога политичка права могу остати незаштићена. Заштита права је такође мањкава јер се односи само на изборе и заштиту права у току избора. За остале периоде може се применити у Уставу предвиђена могућност да о изборним споровима решава Уставни суд, уколико они нису стављени у надлежност судова или других државних органа.[127] Међутим, ова одредба из Устава је остала неразрађена. Доношењем Уставне повеље је отворена још једна могућност за заштиту ових права путем подношења (уставне) жалбе Суду Србије и Црне Горе, уз испуњење следећих услова: да није предвиђен други поступак правне заштите, да је право угрозила институција државне заједнице и да је право гарантовано Уставном повељом.[128] У процесу контроле избора, важну улогу могу да имају посматрачи. Због тога је њихов статус неопходно детаљније регулисати законом.

У нашем праву, Законом о одговорности за кршење људских права[129] је предвиђено ограничење пасивног бирачког права, схваћеног као „трајно" право, као вид санкције за кршење људских права. Без улажења у решења самог закона, треба рећи да је мера ограничена на 5 година, па је стога у складу са међународним стандардима.

Завршно разматрање

Циљ овог рада био је да се укаже на међународне стандарде у погледу политичких права и слобода и да се они упореде са актуелним стањем у домаћој правној регулативи и пракси. Што се тиче међународних стандарда, може се рећи да су се они континуирано развијали, да се непрекидно допуњавају и прецизирају, те да се може очекивати да ће се та тенденција наставити и у будућности. Ово тим пре што и даље постоје спорна питања и што се може уочити несагласност међународних стандарда међусобно. Разлике које постоје између стандарда Уједињених нација, Савета Европе и Организације за европску безбедност и сарадњу су производ разлика у њиховом правном дејству, односно у степену заштићености права која се гарантују. Када је неко право гарантовано правно обавезујућим документом или се ефикасно може заштитити пред међународним телима, гаранције су уже.

Правни систем Србије и Србије и Црне Горе несумњиво иде у правцу испуњења ових међународноправних стандарда, али они још увек нису у потпу-

[126] Закон о избору народних посланика, чланови 93-97, Одлука о избору посланика у Скупштину Аутономне Покрајине Војводине, чланови 81-85, Закон о локалним изборима, чланови 48-50

[127] Устав Републике Србије, члан 125 став 1 тачка 7

[128] Уставна повеља, члан 46 алинеја 3

[129] „Службени гласник РС" бр. 58/03, 61/03.

ности испуњени. Пре свега, највећи недостаци нашег система произлазе из неусаглашености домаћих прописа. Стога би било неопходно да се, приликом предстојеће уставне реформе, Устав Републике Србије у овој области усклади са Уставном повељом.

Даље, да би се могло говорити о заштићености људских права и слобода уопште, па самим тим и о заштићености политичких права и слобода, неопходно је да се њихов садржај у целини регулише Уставом, а не изборним законодавством. Услови за стицање бирачког права су уставна, а не законска материја.

Изменом типа кандидатских листа и начина гласања, у изборном законодавству се морају предвидети решења која обезбеђују директно остваривање активног бирачког права грађана и, самим тим, њиховог права на учествовање у одлучивању о јавним пословима. Према садашњем стању у тој области, активно бирачко право је само сужено право, које грађани деле са предлагачима листа (најчешће политичким странкама).

Заштита права, као један од најзначајнијих елемената имплементације, мора бити унапређена. Пре свега, она би требало да постоји као стална заштита и њено остваривање не би смело да буде ограничено на време избора. Осим тога, потребно је детаљније регулисати поступак заштите.

Све ово говори да је наша земља одмакла на путу демократизације и да је стање у овој области знатно побољшано. Међутим, потребне су и додатне промене у правној регулативи да би се могло говорити о потпуној испуњености међународних стандарда.

Резиме: Циљ овог рада био је да се укаже на међународне стандарде у погледу политичких права и слобода и да се они упореде са актуелним стањем у домаћој правној регулативи и пракси. Што се тиче међународних стандарда, може се рећи да су се они континуирано развијали, да се непрекидно допуњавају и прецизирају, те да се може очекивати да ће се та тенденција наставити и у будућности. Ово тим пре што и даље постоје спорна питања и што се може уочити несагласност међународних стандарда међусобно. Разлике које постоје између стандарда Уједињених нација, Савета Европе и Организације за европску безбедност и сарадњу су производ разлика у њиховом правном дејству, односно у степену заштићености права која се гарантују. Када је неко право гарантовано правно обавезујућим документом или се ефикасно може заштитити пред међународним телима, гаранције су уже.

Правни систем Србије и Србије и Црне Горе несумњиво иде у правцу испуњења ових међународноправних стандарда, али они још увек нису у потпуности испуњени. Пре свега, највећи недостаци нашег система произлазе из неусаглашености домаћих прописа. Стога би било неопходно да се, приликом предстојеће уставне реформе, Устав Републике Србије у овој области усклади са Уставном повељом. Даље, да би се могло говорити о заштићености људских права и слобода уопште, па самим тим и о заштићености политичких права и слобода, неопходно је да се њихов садржај у целини регулише Уставом, а не изборним законодавством. Услови за стицање бирачког права су уставна, а не законска

материја. Изменом типа кандидатских листа и начина гласања, у изборном законодавству се морају предвидети решења која обезбеђују директно остваривање активног бирачког права грађана и, самим тим, њиховог права на учествовање у одлучивању о јавним пословима. Према садашњем стању у тој области, активно бирачко право је само сужено право, које грађани деле са предлагачима листа (најчешће политичким странкама). Заштита права, као један од најзначајнијих елемената имплементације, мора бити унапређена. Пре свега, она би требало да постоји као стална заштита и њено остваривање не би смело да буде ограничено на време избора. Осим тога, потребно је детаљније регулисати поступак заштите.

Све ово говори да је наша земља одмакла на путу демократизације и да је стање у овој области знатно побољшано. Међутим, потребне су и додатне промене у правној регулативи да би се могло говорити о потпуној испуњености међународних стандарда.

Boško Tripković, Teaching Assistant
Novi Sad School of Law

Political Rights and Freedoms – International Standards and their Implementation into our National Law –

Abstract

This paper gives a survey of international standards of political rights and freedoms and compares the results with the current state within our national law. Overview of the international standards is made through three chapters, which refer to documents passed by the United Nations, the Council of Europe, and the Organization for European Security and Cooperation. Implementation of the standards is reviewed through national legislature and case law. The conclusion suggests how to improve the state of political rights and freedoms in our country.

УДК 342.7-055.2 (497.1)
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 121-139

Проф. др Агнеш Картаг-Одри, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

РОДНА РАВНОПРАВНОСТ – ПРАВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИРИ

Сажетак: *Државна Заједница Србија и Црна Гора као једна од потписница* ***Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена****, у циљу уклапања у савремене европске токове мора се суочити и са остваривањем једнаких могућности и равноправности жена и мушкараца. Могућа нова решења из ове области намећу потребу за познавањем и примењивањем релевантних докумената и стандарда Уједињених Нација, Европске Уније и Савета Европе – тим пре што је СЦГ 2003. године постала 45. чланица СЕ као најстарије интеграционе институције.*

Потреба за превазилажењем патријархалног културног наслеђа, са дубоко укорењеним родним стереотипима и предрасудама и de facto неједнакошћу мушкараца и жена, налаже демократским друштвима и поштовање људских права жена. Један од кључних елемената у овом процесу је и нормативно уређење ове области. Пошто у нашем правном систему до сада нису постојали посебни прописи којима се на јединствен и свеобухватан начин уређује област равноправности полова, тим је већи значај ***Одлуке о равноправности полова*** *коју је августа 2004. године донела Скупштина АП Војводине. Одлука ближе уређује права на равноправност, тј. једнаку заступљеност, могућности и учешће жена и мушкараца у јавном и приватном животу.*

Кључне речи: *равноправност полова, једнаке могућности, људска права жена, забрана дискриминације, CEDAW, патријархални закони, Одлука о равноправности полова АП Војводине*

I – Увод

Значајне годишњице и велики историјски датуми увек су пригодне прилике за свођење рачуна, за неминовна размишљања о билансима, док се властита уверења и активности покушавају сместити у шири временски контекст. Добар су повод и да се сагледа стање на пољу људских права жена: шта је до сада постигнуто и шта још треба учинити како би се унапредила равноправност полова: не само у домену система позитивног права – а у општем тренду хармонизације с Европом, односно општеприхваћеним стандардима међународног права – већ и у погледу праксе свакодневног живљења.

Актуализација заштите људских права довела је и до сагледавања положаја жена, до јачања њених позиција у многим сегментима живота, представљајући важну покретачку снагу за читав низ активности. Деценије које су протекле од опредељења да су људска права уједно и женска права, представљају период сазревања идеје о равноправности полова, о потреби остваривања родне равноправности као и једнаких могућности. Ово начело постаје све неупитнији идеал света који тежи глобализацији. Када су у питању жене и мушкарци, *родна равноправност* значи да они имају једнака права и могућности у свим областима, нарочито у домену рада, запошљавања, политичког и јавног живота, образовања и стручног усавршавања, социјалне и здравствене заштите, итд.[1]

Напоменимо да је *родност* термин који обухвата различитости између мушкараца и жена које надилазе њихове биолошке разлике. Реч је о друштвено условљеним, стога промењивим карактеристикама: женске и мушке улоге, наиме, представљају одраз доминантних услова производње, репродукције, културних, религијских као и идеолошких образаца који добијају и свој законски и институционални израз. Сходно реченом, *родне улоге* подразумевају и активности које се додељују мушкарцима и женама на основу претпостављених разлика уместо способности и вештина.[2]

Упркос бројним променама у начину живота у већини друштава у глобалном реструктурирању моћи, још увек постоји изразита доминација мушкараца који теже да надзиру и правдају подређен положај жена.[3] Ова тенденција је приметна и на овим просторима, пре свега у бројним видовима маргинализације жена. Прокламована и *de iure* једнакост и равноправност – као карактерис-

[1] Важно је напоменути да родна равноправност није уједно и „женско питање" већ да оно нужно обухвата како жене тако и мушкарце. Једнакост међу половима је превасходно питање људских права, предуслов и показатељ одрживог развоја у чијем средишту се налазе људи. Докмановић, М., *Родна равноправност и јавна политика,* Женски центар за демократизацију и људска права, Суботица, 2002, с. 71

[2] У стручној литератури раширена је дистинкција пола (као биолошке категорије) и рода (као друштвеног конструкта али и психолошке и културолошке категорије) . Stroller, R. J., *Sex and Gender*, Science House, New York, 1968, p. VIII. Такође, Папић, Ж., *Опозиција природа/култура као „природна" дефиниција и интерпретација полне разлике – Леви Стросова пројекција искона културе као друштвеног уговора између мушкараца*, Социологија, том 37, бр. 3/1995, с. 278-300

[3] Кандидо-Јакшић, М., *Полност и политика*, Београдски круг, Београд, 2001, с.11

тика бившег социјалистичког режима – често пута бива потиснута и замењена величањем традиционалне улоге жене уз њено искључивање из јавне сфере.[4] *De facto* долази до ретрадиционализације и реархаизације, као и до јачања патријархалног модела који покушава да дефинише место и улогу жене у тадиционално женским категоријама. Потиснуте у приватну сферу оне, по правилу, прихватају наметнуте законе одржавајући постојећи поредак, док их је у јавном животу занемарљиво мало. Актуелни друштвено-политички тренутак је такав да је на главној политичкој и правној сцени тешко покренути значајнију дискусију и акцију о питањима везаним за равноправност полова, што има за последицу спору и неефикасну изградњу механизама за родну равноправност како на институционалном тако и на нормативно-правном плану.

Све ово намеће обавезу али и потребу да се државна политика, укључујући ту и легислативу, редефинише у погледу равноправности полова, уважавајући не само међународне стандарде већ и искуства земаља које су остварile значајан помак у овој области. Покретање питања везаних за остваривање људских права жена је друштвени императив и због тога што је ратификацијом међународноправних аката из ове области, а пре свега *Конвенције УН о елиминацији свих облика дискриминације жена* (у даљем тексту CEDAW)[5] наша земља преузела бројне и обимне обавезе.[6] Оне укључују и обавезу доношења посебних закона који регулишу и гарантују остваривања принципа родне равноправности и обавезу формирања институционалних механизама за њихово спровођење. АП Војводина предњачи на овом плану, пошто је донела *Декларацију о равноправности полова, Одлуку о равноправности полова* као и *Одлуку о оснивању Покрајинског завода за равноправност полова.*[7] Све ово је у циљу смањивања баријера којима се суочавају жене при учествовању у одлучивању пре свега у јавној сфери како би се створила родно сензибилисана (правна) средина, отклањајући дискриминаторне токове и полне стереотипе.

У раду следи анализа међународноправних докумената и приказ механизама, пре свега земаља чланица Европске Уније, који унапређују и штите остваривање људских права жена у срединама где се не толерише кршење ових права. Посебна пажња посвећује се и приказу О*длуке о равноправности полова* АП Војводине која је недавно усвојена.

---

[4] Ђурић-Кузмановић, Т., *Родност и развој у Србији: од дириговано неразвоја до транзиције*, Будућност, Нови Сад, 2002, с. 60

[5] *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, усвојено од стране Генералне скупштине УН 1979. г.

[6] Извештај *ad hoc* комисије 23. специјалног заседања Генералне скупштине УН, A/C-23/10/Rev.1/Suppl. no.3, Њујорк, 2000, с. 31

[7] Службени лист АПВ, бр. 14 од 20. августа 2004.

II – Положај и права жена у патријархалној Србији 19. века: *de iure* и *de facto* неједнакост

Позиционирање теме овог рада у контексту значајне годишњице намеће обавезу да се у најкраћим цртама прикажу карактеристике мушко-женских односа као и владајућих образаца понашања и регулација из перспективе једне културе која носи сва обележја *патријархалности.*

Патријархална култура представља посебан начин живота који се одликује особеном друштвеном организацијом и културним установама као и њима одговарајућом духовном културом (морал, систем вредности, идеологија итд.) у чијем средишту је поштовање предака, вође и оца породице.[8]

Главна институција патријархата је породица која представља огледало ширег друштва, али и везу са друштвом: патријархалну јединицу унутар патријархалне целине.[9] Посредујући између појединца и друштвене структуре она успева да контролише индивидуу и њено уклапање у друштво. Она делује као део патријархалне државе која својим грађанима влада уз помоћ глава породица. Стога, једна од суштинских ознака ове културе је и доминација мушких припадника над женским, старијих над млађим, при чему је реч старијих закон и слуша се без поговора. Сматра се да ни један други систем није остварио тако целовиту власт над својим поданицима као патријархат.

Објективно гледано, друштвени и правни положај жене је пре два века био веома сложен и незавидан. О томе сведоче бројни записи. „Код свију Срба жене су јако потчињене мужевима, а у Црној Гори држе их готово као робиње."[10] Што се тиче мушко-женских односа у породици, податке налазимо и код Богишића: „Жена је свом мужу покорна, тако да на само један поглед кривим оком сва стрепи, ћути кад муж на њу виче, па макар она и имала право, не сме се бранити кад је бије, ни побјећи – пази да му је све спремно и исправно у кући, повинује се његовим заповједима и осим што дјецу рађа, доји и подиже, све друге женске радње извршује и тежачке се радње не штеди."[11]

У основи патријархалног обрасца понашања је и структура дугог понављања и трајања која се преноси генерацијама, те и право које тај образац прописује под окриљем државе, рефлектује и конзервира ове моделе. *Патријархално право* садржи функционалан приступ у погледу положаја мушкарца и

[8] Требјешанин, Ж., *Стереотип о жени у српској култури*, Нова српска политичка мисао, 2/2002, с. 93

[9] Милет, К., *Теорија политике полова* , Марксизам, 8-9/1981, с. 181
Такође: Папић, Ж., Патријархат, Енциклопедија политичке културе, Савремена администрација, Београд, 1993, с. 819

[10] „Осим својијех женскијех послова, као да преду, ткају, кувају, музу итд., оне раде и највећи дио пољскијех и других послова које иначе људи раде." Караџић, В.С., *О Црној Гори*, Просвета-Нолит, Београд, 1987, с. 343

[11] Богишић, В., *Зборник садашњих правних обичаја у Јужних Словена*, ЈАЗУ, Загреб, 1984, с. 268.

жене пре свега у друштву, породици и браку, регулишући дужности и обавезе, те не оставља много простора за слободно испољавање личности у оквиру група којима припада. Патријархално право ове односе не само што подржава већ их и прецизира.[12] Стога ћемо у овом одељку наводити и прописе који служе као илустрација патријархалних форми понашања.

Као пример патријархалног дискурса о жени, о њеном неравноправном и потчињеном положају послужићемо се, пре свега, *Српским грађанским закоником* из 1844 (СГЗ) и *Општим имовинским закоником* за Црну Гору из 1888.

Одредбе које се односе на права мушкараца и дужности жена упућују на свет који поштује обичаје и обрасце понашања који су правно заштићени и примењивани уз сагласност читаве заједнице.

Власт мужа над женом се манифестује тако што је она дужна „свог мужа слушати, наредбе његове надљудавати, за њим ићи и где год он за добро нађе с њим онде живети".[13] Ово је, уједно и логичка последица става по коме је „муж глава и старешина кућа и родбине", те је његова дужност „поглавито кућом и имањем управљати".[14] „Женске главе домаћинства" су по правилу непожељне и представљају одраз одн. карактеристику сиромаштва или несреће.

Омаловажавајући однос мушкарца према жени види се и по томе што кад се у Црној Гори пита колико заједница има људи, каже се „тристо пушака", што значи да се жене не рачунају, исто као што се ни „ћерке не броје" када се говори о томе колико ко деце има. [15] Подређеност и дискриминација испољава се и у вези са образовањем тако што се постављају разлике у погледу могућности стицања знања и перспективе код жена одн. мушкараца. Традиционални патријархат је, наиме, допуштао тек минималну писменост жена.[16]

Када су у питању *родитељска права*, ни у овом погледу нема равноправности између мајке и оца. Патријархални друштвени образац доминације мушкарца/оца има и своју нормативну подлогу, развијајући посебну мрежу односа надређености/покоравања као израз мушкарчеве моћи одн. власти оца у односима према супрузи и деци. Положај родитеља и њихове улоге су неједнаке: мајка нема удела у јавном испољавању родитељске власти, док оцу припада искључиво право да одлучује о васпитању деце и управљању дечјим имањем.[17]

---

[12] Folsom, J.K., *The Family and Democratic Society,* John Wiley, New York, 1943 – Такође потврђује модел да патријархална породица није у складу са демократским друштвом и њеним регулативама.

[13] Члан 110 СГЗ

[14] Члан 109 и 110 СГЗ

[15] Требјешанин, нав. дело, с. 96

[16] То потврђују и записи познатог путописца Пирха који је, упитавши угледне Чачане да ли ће школовати женску децу, добио следећи одговор: „Трговину неће водити никад, а ни звања добити. Зашто ће им онда вештина читања и писања, осим да се разаберу у љубавним писмима и да могу на њих одговарати." Пирх, О., *Путовање по Србији у години 1829,* Просвета, Београд, 1983

[17] Сличне податке налазимо код Сер Хенри Мејна (*Sir Henry Maine*), историчара 19. века, који описујући патријархалну породицу наводи: „ Најстарији мушки родитељ је апсолутни господар у свом домаћинству. Његова власт се протеже и на живот и смрт његове деце и њихових домаћинстава у истој мери као и на његове робове." *Ancient Law*, Murray, London, 1861, p. 122

Захтева се и поштовање легитимности патријархалне породице како би се осигурало да се социјализација младих обави углавном унутар ње. Породица – уз помоћ закона – обезбеђује да статус детета и мајке зависе од мушкарца. А како чланови породице зависе од социјаног статуса и економске моћи мушкарца, тако је његов положај како материјално тако и идеолошки веома јак.[18]

Као што у патријархалној породици није постојало једнако право родитеља, тако ни мушка и женска деца нису имала једнак третман. Аналогно пракси свакодневног живота, женској деци су се увек претпостављала мушка.[19] Негативна дискриминација према женској деци прати их током целог живота: док је син „темељ куће, крсна свијећа, ... бранич цркве и народа", дотле је девојка „туђа вечера за суђену кућу".[20] Дакле, када дође време за брак, девојка „излази испод родитељске власти и ступа у одношај супружничких права и дужности супруга свога и његове родбине или задруге".[21]

Жене су се у заједници морале покоравати наредбама и вољи мушкараца, а ако то нису чиниле „добровољно" на то су биле приморане уз помоћ „исправителних домаћих мера". Жена је морала бити сваког тренутка спремна за батине, што потврђује и СГЗ: „Она каткад ударац очекује и захтева, као доказ мужевљеве пажње и љубави." *Србијански казнени законик* међутим заузима заштитнички став према женама јер прописује да ове мере не смеју прећи „крајње нечовечно поступање, немилосрдну тучу и злостављање". „Обично бијење" је ипак било легитимно.[22]

Може се закључити да је у патријархалном систему мушкарац (као глава породице, муж, отац, власник) имао надређен положај у односу на жену (као мајку, супругу, сестру, ћерку). Положај жене, како нормативно тако и институционално, био је конципиран тако да без одобрења мушкарца није могла доносити одлуке, располагати имовином – дакле самостално деловати.

Истина, у неким ретким ситуацијама жени је било дозвољено да се обрати суду у случају када је сматрала да муж „рђаво ради" одбијајући јој приступак, и да од суда тражи дозволу за намеравани посао. Међутим, и овакав став само доказује да је жена, у циљу предузимања неког посла увек била приморана да добије дозволу мушког ауторитета.

Експлоатација, доминација, субординација као карактеристике патријархата очигледно не могу производити односе равноправности међу половима. Док мушкарац ужива сва права, дотле је инфериорност жене у јавној и приватној сфери учинила да она буде двоструко подређена: од стране мушкарца и од стране државе. Само је на овај начин било могуће међусобно повезати судбину главних полуга патријархалне власти: породице и државе у политички, правни и институционални облик доминације над женама.

---

[18] Милет, К., нав. дело, с. 184

[19] Члан 396 СГЗ

[20] Врчевић, В., *Низ српских приповедака*, Браћа Јовановић, Панчево, 1881, с. 81

[21] Члан 153 СГЗ

[22] Николић, Л., *Институција власти мужа*: *историјско-правни аспекти*, у: Благојевић, М., *Матирање мизогиније у Србији*, Београд, 2000, с. 259

III – Родна (не)једнакост у 20. веку: ретрадиционализација и реархаизација

Одајући почаст трпљењу и неправдама којима су жене на овим просторима биле изложене, тенденције на плану борбе за људска права жена ипак мењају саму женску реалност. Количина промена спроведених у корист жена (нарочито у 20. веку) можда је једна од највећих промена унутар друштва. Услов за то је читав сплет демографских, економских, друштвено-политичких итд. промена али и напретка у домену законског уређења овог односа које је са собом превасходно донела индустријализација. Томе су без сумње допринела и два светска рата. У тако измењеном друштвеном контексту формулисана су и прихваћена веома значајна права везана за еманципацију и равноправност жена. Сматрало се да је женско питање неопходно решавати у складу са новонасталим условима, а интернационално и реалистички опредељени програми 20. века давали су све већа и значајнија права женама.

Историја II светског рата у Југославији можда је најфасцинантнији пример како је „релативно мала група комуниста успела да темељним радом на терену и у ратним условима, а за врло кратко време, убеди велике масе жена да потпомогну патриотски рат како би после рата добиле нова права".[23] Програм је у потпуности успео, чак толико да је женско политичко ангажовање убрзо постало опасно по комунисте, те је у првој половини педесетих година АФЖ расформиран. „Идеолошки обрат" који је следио произвео је необичну комбинацију потрошачког и патријархалног модела наметнутог женама, али је добар део обећаних права ипак опстао.[24]

Ове значајне промене имале су свој одраз и на плану законских регулатива. Након II светског рата, услед промењене идеологије и политике, мењају се и патријархални закони доприносећи тако потпунијем остваривању равноправности мушкараца и жена. На овим просторима равноправност, као уставно начело, уведено је у правни систем Уставом из 1946 и задржано је у свим каснијим уставима. Ово начело конкретизовано је и у областима радног[25], породичног[26] итд. права, почевши од првих послератних (Закон о браку из 1946) преко Закона о браку и породичним односима Србије (1980). На основу многих прогресивних решења, жене и мушкарци су *de iure* били изједначени у правима и обавезама не само као супружници већ и као родитељи. Такође су изједначена права женске и мушке деце. Социјалистичка држава и социјалистички систем права гарантовали су женама званичну, законску једнакост и једнаке могућности.

---

[23] Слапшак, С., *Женске иконе XX века*, Едиција XX век, Београд, 2001, с. 34

[24] нав. дело

[25] Опширније о овоме: Јашаревић, С., *Равноправност жена и мушкараца у области рада*, Југословенско удружење за радно право и социјално осигурање, 4-7/2003, с. 113

[26] Ковачек-Станић, Г., *Породичноправна регулатива насиља у породици као начин унапређења положаја жена,* О законима из женског угла, Покрајински Секретаријат за рад, запошљавање и равноправност полова, Нови Сад, 2004, с. 23

Међутим, и поред прокламоване *de iure* једнакости, *de facto* преовлађује родна неједнакост. У економској сфери од жене се очекује да прихвате равноправну улогу с мушкарцима, док је у сфери приватности традиционално-патријархална структура породичних и друштвених односа остала мање-више нетакнута.[27]

Није требало дуго чекати на „освету" и институционалну блокаду због постигнуте једнакости: крајем 20. века, распадом Југославије, питање права и положаја жена добија нови ток. Друштвено искуство деведесетих доводи у питање даљу афирмацију већ стечених људских права жена. Хаотична времена, изолованост у односу на токове (светског) друштвеног процеса јасно упућују на закључак да чак и онда када постоји историјски линеарни привид времена, индивидуални животи и друштвено окружење могу бити у суштини регресивни. Тенденција интензивног враћања патријархалног модела односа према жени постао је део општег негативног друштвеног консензуса: талас реархаизације и ретрадиционализације преовладао је свакодневним животом. У друштвима транзиције, која већ сама по себи преживљавају интензивне промене, ритуално и симболичко оснаживање патријархалног односа (пре свега на нивоу јавног дискурса) постаје доминантно.[28] Томе доприноси и масовно осиромашење и урушавање средњих слојева, нарочито женских људских ресурса, која су могла бити много продуктивније искоришћена за развој, уместо да се „троше" на преживљавање у приватној сфери.[29]

На овим просторима где су дијахронијски резови веома изражени – управо због интензивног друштвеног развоја у ери социјализма с једне стране, а затим због заустављања тог развоја у протеклој деценији с друге стране, женска популација је подељена по различитим сегментима.[30] Тако се у литератури сусрећу „премодерни, модерни и постмодерни сегменти".[31] Управо из ових разлога је тешко говорити о јединственој стратегији успостављања родне равноправности, чак и у погледу правне регулативе.[32] Све то захтева вишеслојност

[27] Ђурић-Кузмановић, Т., нав. дело с. 170
Исте тенденције се могу опазити и на глобалном нивоу: удео жена у светској популацији је 52%, удео у светском дохотку 10%, удео у приватном власништву 1%, у приближно истом проценту (1-2%) оне учествују у извршним властима. Извори: *Gender Equality – Concepts and Tools for Development, CEDPA*, Washington, 1996; Haavio-Mannila, E., *Gender Segregation in Paid and Unpaid Work,* у: *Changing Patterns of European Family Life*, ed. Boh, K., Routlege, London, 1989

[28] Ове промене произведене су оживљавањем традиционалне идеје о природној мушкој супериорности. Било је потребно заштити супериорност мушкараца и на нивоу реторике, пошто је његова улога као издржаваоца породице озбиљно пољуљана. Благојевић, М., *Мизогиниja: Контексτуална и/или универзална*, НСПМ, 2/02, с. 33

[29] нав. дело

[30] Разлике међу њима – на основу професије, образовања, националног (етничког), верског идентитета, броја деце, трпљења насиља итд. – неретко су у складу са овим временским слојевима.

[31] Благојевић, М., Феминизам на крају века: лекције о различитости, у: *Феминисτичка τеологија*, ур. Савић, С., Футура, Нови Сад, 1999, с. 12

[32] Такође се може повући паралела и са поделом људских права на основу тзв. „генерација", коју је дао К. Васак (Vasak, K., A *Thirty-year Struggle*, UNICEF Courrier, Nov. 1977, p. 29) Тако би „премодерни сегмент одговарао првој генерацији (тзв. liberté), модерни сегмент другој генерацији (тзв. egalité) итд. Опширније видети рад Картаг-Одри, А., *Да ли су женска права и људска права,* Правни живот, 9/2000, с. 570

правне заштите како на унутрашњем тако и на међународноправном плану[33] јер жене на почетку 21. века на овим просторима живе и промишљају истовременост премодерног и постмодерног битисања и самоодржавања.

Као што се из реченог може видети, одсуство нормалних услова за реализацију друштвеноекономског потенцијала наметнуло је сложене и специфичне последице за жене. Ово стање у јавној и приватној сфери учвршћује патријархалне друштвене односе и системе вредности, чинећи жене и даље двоструком жртвом: од стране мушкараца и од стране друштва. Да би се спречило „премештање" моћи изван институција потребно је, поред осталог, афирмисати и нове институционалне механизме за родну равноправност праћену нормативним уређењем ове области, у смислу јасног распознавања улоге и значаја глобалних структуралних неједнакости које стално и изнова генеришу проблеме.

IV – Међународноправни документи и правни стандарди као гарант људских права жена

Вишевековна неравноправност жена у односу на мушкарце у друштвеном животу као и усмереност жена према приватној сфери, имале су за последицу да су и европске демократије споро укључивале идеју родне равноправности у функционисање демократија. Тако нпр., 200 година уназад родила се идеја о потреби доношења *Декларације о правима жена и грађанки* у Народној скупштини Француске. Од тада активисти за равноправност жена и мушкараца воде константну борбу не само на националном већ и на међународном плану како би и од стране међународне заједнице људска права жена добила одговарајуће признање. Ова активност постаје нарочито интензивна након Другог светског рата. Од средине 20. века Уједињене Нације (УН), њене специјализоване агенције, затим Савет Европе (СЕ), као и Европска Унија (ЕУ) добиле су изузетно велику улогу у формулисању међународних стандарда у области равноправности мушкараца и жена.[34] Овом приликом наводимо само најрелевантније.

Од усвајања *Универзалне декларације УН о људским правима* (1948)[35] донето је низ међународних инструмената који налажу државама да обавезе из

[33] Тако, тзв. „премодерни сесгмент" би захтевао савремену регулацију нарочито у оном домену где се штити физички интегритет жена (нпр. заштита против насиља, борба за репродуктивна права итд.). Грађанска права, наиме, онако како се уче у свом традиционалном научном поимању, пре би представљала симбол немоћи заједнице да заштити жене од насиља и дискриминације као и осталих облика кршења људских права. Друга група, тзв. „модерни сегмент", треба да развија стратегију економског и политичког субјекта с нарочитим акцентом на право на образовање и стручно усавршавање али и прерасподелу послова и одговорности. „Постмодерни сегмент" би могао да представља афирмацију права у погледу иницијативе женске различитости.

[34] Чине то у виду међународних конвенција и других инструмената којима је данас приступила огромна већина држава.

[35] Резолуција 217 III наглашава да сва права и слободе припадају сваком, без обзира на расну, полну и верску припадност, политичко и друго мишљење, национално и друштвено порекло (чл. 2 ст. 1)

њих угради у национално законодавство и да безрезервно предузму мере за остваривање грађанских, политичких итд. права жена.[36]

Један од најзначајнијих правних текстова у систему међународних уговора који у фокус разматрања ставља равноправност полова је, без сумње, *Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена* (позната као CEDAW). Овај документ је СФРЈ ратификовала 1981 године.[37] За Државну Заједницу СЦГ основа примене ове конвенције садржана је у члановима 10 и 16 Уставне повеље Државне Заједнице СЦГ.[38] CEDAW налаже државама потписницама да предузму одговарајуће мере како би се прокламовала равноправност полова и створили услови да се ова права остваре и у пракси, утемељењем низа правних и практичних захтева. Ове мере обухватају и измену друштвених и културних образаца понашања мушкараца и жена у погледу елиминисања предрасуда, дискриминације и обичаја, као и свих других пракси које се заснивају на идеји инфериорности или супериорности било полова, било стереотипних улога мушкараца и жена. Пошто је са становишта међународног права гарант поштовања људских права држава, превасходно она треба да формулише и формира механизме заштите за случај њиховог кршења.[39] Стога је, по овој конвенцији, основни задатак државе да путем средстава националне легислативе призна, обезбеди и омогући заштиту права жена на једнакост са мушкарцима.

Примену CEDAW надгледа Комитет за елиминацију дискриминације против жена (чл. 17-30).Тако, државе потписнице су дужне да поднесу извештај Генералном секретару УН о усвојеним и учињеним законодавним, судским и административним и другим мерама.[40] Због специфичних околности у којима се СРЈ одн. СЦГ нашла, са одговарајућим телима УН је договорено да се уместо периодичних извештаја поднесе иницијални извештај за период од 1992 до 2003.[41]

Наша земља, као једна од потписница CEDAW, у циљу уклапања у савремене европске токове, а пре свега и због сопрственог опстанка, мора се суочи-

[36] На пример, Конвенција о политичким правима жена, 1957, Конвенција о држављанству удатих жена (1957), Резолуција Економског и социјалног савета 1991/18 о насиљу над женама у свим његовим сферама (1991), Резолуција 1992/20 Економског и социјалног савета за побољшање положаја жена и људска права (1992)

[37] Службени лист СФРЈ, Међународни уговори бр. 11/1981
После октобарских догађаја 2000. СРЈ је дала сукцесорску изјаву УН која се односи и на поновно приступање међународноправним актима у области људских права, а тиме и CEDAW.

[38] Слично члановима 10 и 16 Устава СРЈ (Службени лист СРЈ 1/1992), и Уставна повеља прописује да се одредбе међународних уговора о људским и мањинским правима и грађанским слободама које важе на територији СЦГ непосредно примењују (чл. 10), а чл. 16 да ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права имају примат над правом СЦГ и правом држава чланица.

[39] Докмановић, М., *Остваривање женских политичких права као постулат демократије*, Правни живот 12/2003, с. 1032

[40] Опширније видети: Трангот, И.,- Миливојевић, С., *Примене члана 11. Конвенције о елиминацији свих облика дискриминације жена*, Темида, окт. 2001, с. 43

[41] Израда коначне верзије извештаја налази се у завршној фази.Резолуција RES 2003/3 Комитета министара СЕ усвојена 26.03.2003 на 833. Скупу заменика министара

ти и са остваривањем родне равноправности. Нова могућа решења из ове области такође намећу потребу познавања и примене релевантних докумената Савета Европе која се односе на недискриминацију, једнаке могућности итд. Ова обавеза произлази и из чињенице да је државна заједница СЦГ 2003. год. постала 45. чланица СЕ.[42] Приступајући овој најстаријој интеграционој европској институцији СЦГ се обавезала да предузме велики број обавеза које проистичу из чланства, нарочито водећи рачуна о следећим актима:

- Двадесет пет година активности Савета Европе у области равноправности жена и мушкараца EG (2002)5;
- План акције Савета Европе у области равноправности жена и мушкараца – информациони документ за 2001 EG(2002)1;
- Акција Савета Европе у области равноправности жена и мушкараца – информациони документ EG(2001)5;
- Завршни извештај групе специјалиста о будућим приоритетима, стратегијама и радним методима у области равноправности жена и мушкараца EG-S-FP(99)1;
- Активности Савета Европе од 1995. године у области равноправности жена и мушкараца који се односе на стратегијске циљеве утврђене на Пекиншкој и Бечкој конференцији EG(99)10 rev.
- Приручник о националним механизмима за унапређење родне равноправности EG(2001)7;
- Документи Форума „Људска права девојчица и девојака у Европи" (Bratislava, okt. 2000) EG/Slovakia (2000)13;
- Препорука Комитета министара државама чланицама о уравнотежености учешћа жена и мушкараца у политичком и јавном одлучивању и односни меморандум Res(2003)3;
- На путу до родне уравнотежености: водич за уравнотеживање у одлучивању – добре праксе у циљу постизања родно уравнотежене заступљености у политичком и друштвеном одлучивању EG-S-BP (2001)1.

Парламентарна скупштина СЕ[43] затражила је од Комитета министара да позову све владе на промовисање једнакости како би и жене биле укључене у јавни и политички живот – уз исте услове као и мушкарци. Међутим, упркос томе може се констатовати да се и у пракси земаља чланица СЕ споро напредује у домену остваривања демократије.[44]

[42] Резолуција RES 2003/3 Комитета министара СЕ усвојена 26. 03. 2003 на 833. Скупу заменика министара.

[43] Препорука 1008 из 1985.год.

[44] Досадашња искуства показују да је најмање 30% учешћа жена већ довољно за стварање „критичне масе", након чега се остварује и постаје видљив прогрес уз знатно отварање простора за жене у погледу кандидовања и вршења јавних овлашћења и функција. Највећи проценат жена има шведски парламент (42,7%), Данска, Холандија и Немачка имају изнад 30%, Велика Британија 18%, док је Грчка при самом дну табеле (6,3%). Од новопримљених чланова Мађарска има близу 10%, а Словенија 13% парламентарки. Ситуација је слична и код нас. Према подацима после републичких избора одржаних крајем 2000. г., у Народној Скупштини РС жене су биле заступљене са 12,8%, у Влади Србије са 12%, а у Скупштини АП Војводине има 8 жена (6,6%).

У оквиру Европске Уније се такође пуно чини на пољу укључивања жена у друштвене токове. Помаци су видљиви нарочито у земљама које су недавно постале чланице ЕУ. У оквиру ЕУ од докумената треба издвојити *Повељу о основним правима у ЕУ*[45] која поред гарантовања једнакости жена и мушкараца у свим областима (чл. 23) забрањује сваки вид дискриминације који се темељи на полу, раси, етничком пореклу итд. Циљеви и стратегије ЕУ јесу „примерено укључивање жена у процес одлучивања превазилажења специфичних стереотипа у вези са припадношћу неком полу, укључивање родне равноправности у областима запошљавања, образовања, културе, као и уравнотежено учешће мушкараца и жена у породичном и професионалном животу."[46] Слично као и у СЕ, и у ЕУ се примећује да упркос сталном расту ангажованости жена, још увек није постигнуто изједначено учешће припадника оба пола у процесу одлучивања.

На основу реченог можемо закључити да наведени документи СЕ и ЕУ полазе од идеје да само однос родне равноправности ствара „предуслов за политику која ће у једнакој мери узети у обзир потребе и интересе жена и мушкараца".[47] Стога оне садрже одредбе и о забрани директне и индиректне дискриминације (на основу пола, расе, језика, националног и социјалног порекла, религије итд) признавајући *de iure* принцип равноправности. Ради се о правно обавезујућим текстовима који предвиђају и предузимање одређених мера од стране државе чланица у циљу остваривања родне равноправности.

V – Добра пракса: механизми појединих земаља за остваривање родне равноправности и једнаких могућности

Напори око формулисања људских права жена који су садржани у међународноправним документима (ратификованим уговорима, резолуцијама, декларацијама УН, СЕ, ЕУ и сл.) стварају оквир за постављање нових нормативних могућности за жене, нудећи нова решења за остваривање равноправности на начин на који то никад раније није било могуће. Поред напред наведених међународних стандарда, равноправност жена и мушкараца остварује се и националним механизмима појединих земаља које се могу груписати у неколико категорија.[48]

[45] 2000/C, 364/01, Ница, септембар 2000.

[46] Танус, И. (Tanous, I.), *Политика једнаких права* у: Европа од А до Ш, ур. Вајденфелд, В.-Веселс, В., Београд,2003, с. 193

[47] нав. дело, с. 191

[48] Мршевић, З., *Стандарди и механизми за постизање родне равноправности у демократским земљама*, Београд, 2001, с. 15

Осим гарантовања правне заштите мерама нормативне природе ту спадају и тзв. „родне машинерије", тј. посебна тела са специфичним одговорностима за питање равноправности, једнаких могућности (разни секретаријати, канцеларије, комисије – као самостални органи или у саставу министарстава здравства, рада, просвете) итд.,[49] као и омбудсмани (општи или специјализовани омбуди за равноправност). Механизме чине и национални планови акције (документи који садрже обавезе, пре свега владе, на унапређивању родне равноправности) као и родно осетљиве статистике. Изузетна улога припада образовању и подизању нивоа свести о важности родне равноправности. Та информативно-едукативна активност је нарочито значајна у срединама где је потребно превазићи патријархална културна наслеђа са дубоко укорењеним стереотипима и предрасудама да жене треба и могу да заузимају само потцењена места и да имају само споредне улоге.

Процес остваривања равноправности полова претпоставља могућност непосредног суделовања и креирања одлука и политика у које би били укључени садржаји који уважавају равноправност мушкараца и жена, као и инструменти њихове практичне примене. Због тога је потребно формирати *институционалне механизме* при извршној одн. законодавној власти.

Међу овим механизмима *владиним телима* припада значајна улога. Министарства за родну равноправност, Одељења за равноправност, канцеларије, секретаријати при влади итд. имају задатак да омогуће пуну афирмацију људских права жена, као и да обезбеде примену права засновану на принципима недискриминације. Такође, припремају законске предлоге али и усклађују важеће законе с међународним уговорима. Осим што сарађују са невладиним сектором, ова тела предузимају акцију за остваривање стратегије равноправности, припремају родно засноване анализе итд.[50]

У источноевропским земљама, нарочито у оним које су 2004. примљене у ЕУ[51] постоји нешто другачија пракса. Ту се о родној равноправности старају и парламентарна тела. Њихов главни задатак је да обезбеде присуство довољног броја жена како би се постигао консензус о кључним законодавним питањима која се тичу и права жена.

У остваривању родне равноправности значајну улогу имају *омбудсмани*[52] одн. правобранитељи који се баве заштитом људских права. Њихова улога је да разматрају случајеве кршења начела једнакости одн. равноправности полова, да обезбеде примену одредаба закона о једнакости, забрани дискриминације,

[49] Testolin, G., *Handbook on National Machinery to Promote Gender Equaliy and Action Plans Guidelines for Establishing and Implementing National Machinery to Promote Equality*, Council of Europe, Strasbourg, 2001

[50] Примера ради, Данска има Одељење за родну једнакост при Министарству за једнакост, у Финској постоји Савет за једнакост при Министарству за социјално старање, а у Шведској посебно Министарство за родну једнакост.

[51] Овакве механизме имају нпр. Естонија, Литванија и Мађарска.

[52] Све су чешће у употреби и термини „омбуд" и „омбудсперсон". Први се користи да суфикс „man" не би имплицирао да се ради о установи коју контролишу мушкарци. Други се среће у мање службеној политиколошкој литератури.

информишу јавност, иницирају поступак пред судовима итд. Поред нордијских земаља, где постоје и специјализовани омбуди (нпр. за једнак статус, једнаке могућности и равноправност итд.)[53] због испољеног значаја у пракси овај инструмент се све више шири и у нашем региону: установљен је нпр. у Босни и Херцеговини, Хрватској[54], Словенији[55] и АП Војводини[56]. Ипак, главни предуслов за успостављање механизама за равноправност је постојање јасне политичке воље за њихово официјелно заснивање. Ово је уједно и најтеже остварити.

Отклањање неравнотеже између учешћа жена и мушкараца, пре свега у јавном животу, затим забрана дискриминације на основу пола итд. укључују експлицитно гарантовање принципа родне једнакости у уставу или неком другом акту уставне снаге као и доношење посебног закона који гарантује једнакост мушкараца и жена. Многе западноевропске земље укључиле су овакве правне акте у своје правне системе већ у другој половини 20. века. Напоменимо само најзначајније.

Британски *Закон о полној дискриминацији* (1975) међу првима установљава посебну комисију за једнаке могућности за оба пола превасходно у области запошљавања и стручног оспособљавања, као и активности везане за елиминацију дискриминације с обзиром на пол.[57] Дискриминацију забрањује и закон Краљевине Данске.[58] Забрана се односи поред државних и приватних послодаваца и на слободне професије. Сврха немачког *Закона о успостављању једнакости мушкараца и жена* (1994) је гарантовање и остваривање родне равноправности, пре свега у органима управе и судовима по питању запослења и напредовања – при чему жене имају бројне бенефиције уз очување критеријума посебности. Предвиђају се и многи механизми за праћење остваривања ових циљева, на нпр. обавеза сачињавања статистика о полној припадности запослених и израда планова о унапређивању положаја жена. У организацијама са преко 200 запослених именује се и представница жена.

Као што је већ напоменуто, у мају 2004. Европска Унија проширена је са још десет нових чланица. Један од услова пријема у пуноправно чланство била је и интеграција родне једнакости у главне друштвене токове, укључујући и домен легислативе. Од новопримљених чланица законе о равноправности полова

[53] У Финској Омбуд за једнакост придружен је Министарству за социјално старање (1987). Норвешка има Омбуда за једнаки статус мушкараца и жена, установљеног Законом о једнаком положају (1979). Од 1980 г. Шведска има Омбуда за једнаке могућности.
Опширније: Мршевић, З., *Стандарди и механизми за постизање родне равноправности у демократским земљама*, Београд, OSCE, 2002

[54] Закон о равноправности сполова (2003), чл. 19-25

[55] Закон о једнаким могућностима (2002), чл. 32

[56] Службени лист АП Војводине бр. 23/2003

[57] Преводи наведених закона налазе се у публикацијама *Једнаке могућности,* OSCE, Београд, 2003, као и у часопису Права човека 7-8/2003 и 4/2004

[58] Закон о једнаком третману мушкараца и жена (1976)

донеле су нпр. Литванија[59], Словенија[60], Мађарска[61] итд. Ови прописи сведоче о томе да се и у овим државама интензивно ради на плану интеграције родне перспективе у главне политичке токове. Одредбе садржане у овим законима, по правилу, доприносе и јачању друштвене свести о значају равноправне заступљености и једнаких могућности мушкараца и жена, обухватају забрану дискриминације с обзиром на пол, конституишу надлежности и успостављају мере афирмативних акција и бенефиција.

Мада се земље настале на тлу бивше СФРЈ суочавају са процесом трансформације – која укључује и процес постконфликтне консолидације и дубоких, сложених промена – ипак се, мада уз значајне потешкоће, ради на увођењу нових стратегија, укључујући и доношење закона о равноправности мушкараца и жена. Тако је у БиХ 2003. донет *Закон о равноправности сполова.* Исте године сачињен је и нацрт Закона о родној равноправности и на Косову и Метохији.

Може се закључити да сви наведени механизми за промоцију родне равноправности (владина и парламентарна тела, родно осетљиве статистике, планови акција у погледу образовања, подизање свести о значају људских права жена, омбудсмани итд.) представљају неопходни суплемент нормативно правној регулативи. Тим пре пошто равноправност жена и мушкараца није само нормативно као ни „секторско питање" већ прожима све сегменте друштвеног живота. Стога је неопходно обезбедити сарадњу и координацију у надлежностима, саставу и начину рада органа при парламенту одн. влади али и у невладином сектору.

VI – Приближавање Европи: нови механизми и Одлука о равноправности полова АП Војводине

Наша земља је полако кренула да развија општеприхваћену статегију постизања родне равноправности, што ће јој у будућности као кандидату за улазак у ЕУ бити и обавеза. Унапређивање овог концепта подразумева изузетно широк спектар деловања, што укључује и законско уређење ове области. На то нас обавезује и CEDAW (чл. 3).

У погледу механизама и институционалних оквира за остваривање родне равноправности може се констатовати да у Државној Заједници СЦГ, за разлику од савезног нивоа где не постоји тело (при парламенту одн. влади) које би штитило права жена, на републличком нивоу при влади Србије формиран је (2003. год.) Савет за равноправност полова као стручно саветодавно тело са задатком да предлаже мере за постизање равноправности и родне једнакости и да

[59] Закон о једнакости мушкараца и жена (1998)

[60] Закон о оснивању Канцеларије женске политике (1992) и Закон о једнаким могућностима мушкараца и жена (2002)

[61] Закон бр. CXXV о једнаком поступању и унапређивању једнаких могућности (2003)

даје иницијативе за измену закона.[62] Такође у оквиру Народне скупштине Србије формиран је Одбор за равноправност полова[63] у чију надлежност спада и разматрање нормативних аката са становишта унапређивања равноправности мушкараца и жена.

АП Војводина предњачи не само у погледу остваривања „родних машинерија", већ и на плану доношења правних аката. Почетком 2002. год. основан је покрајински Секретаријат за рад, запошљавање и равноправност полова.[64] Од самог оснивања ово тело руководи политиком увођења европских стандарда и на плану постизања родне равноправности. При Секретаријату као експертско тело основан је и Савет за равноправност полова и при скупштини Војводине ради и Одбор за равноправност полова. Недавно је почео с радом и покрајински омбудсман који има заменика задуженог и за равноправност полова.[65] У петнаест општина основана су и скупштинска тела за равноправност. Међутим, један од кључних елемената остваривања равноправности жена и мушкараца је и нормативно уређење ове области. Пошто у нашем правном систему до сада није било прописа који на јединствен и свеобухватан начин регулише питање институционализације политике родне равноправности, тим је већи значај *Одлуке о равноправности полова*[66] и *Декларације о равноправности полова* који свој правни основ имају у *Уставној повељи, Повељи о људским и мањинским правима,* као и у ратификованим међународним документима из ове области.

Одлука ближе одређује право на равноправност мушкараца и жена, дефинише начин остваривања овог права утврђујући посебне мере за њено постизање у различитим подручјима. Области обухваћене одлуком су пре свега култура и образовање, рад и запошљавање, социјална и здравствена заштита, затим политички и јавни живот, као и статистичка евиденција. Овај документ садржи и обавезе покрајинских и других органа који се односе на остваривање равноправности мушкараца и жена, активности удружења грађана, као и праћење примене Одлуке – уз казнене одредбе о прекршајима и санкцијама за повреду права на равноправност. Наши позитивноправни прописи не садрже ближе одређење одн. дефиницију дискриминације уопште, па ни дискриминацију жена, али су општи принцип забране дискриминације имплементирани у правне

[62] Одлука о образовању Савета за равноправност полова, Службени гласник РС 13/2003. На жалост, до средине 2004, ово тело није започело са радом пошто није одржана конститутивна седница.

[63] Пословник Народне скупштине РС, Службени гласник РС бр. 32/2002, 57/2003 и 12/2004

[64] Закон о утврђивању одређених надлежности АП. Службени гласник РС бр. 6/2002, Одлука о покрајинској управи, Службени лист АПВ бр. 21/2002

[65] Одлука о покрајинском Омбудсману, Службени лист АП Војводине бр. 23/2002. У надлежност овог органа спада и давање савета надлежним органима у вези са прописима који се односе на равноправност полова, обавештавање јавности и надлежних органа о случајевима кршења људских права жена, испитује представке које се односе на дискриминацију на основу пола итд.

[66] Текст нацрта објављен је у издању Секретаријата за рад, запошљавање и равноправност полова 2004. године.

акте најјаче правне снаге.[67] Важно је напоменути да је *Основним кривичним законом* прописано као кривично дело свако кршење права и слобода која се врши разликовањем по основу расе, боје коже, националности и етничком пореклу, али не и на основу пола. Управо је зато значајан чл. 3 *Одлуке о равноправности полова* која (слично чл. 1 CEDAW) дефинише дискриминацију жена као „свако правно или физичко, непосредно или посредно разликовање, привилеговање, искључивање или ограничавање засновано на полу, које има за циљ или последицу да појединкама/појединцима отежа, угрози, онемогући или негира признање, уживање или остваривање људских права у политичком, образовном, културном, економском, грађанском и сваком другом подручју."[68] Такође се ближе одређују појмови род, различити третман, једнаке могућности, насиље на основу пола, узнемиравање итд. (чл. 4).

Као самосталан и издвојен принцип, равноправност мушкараца и жена је садржана само у једном закону, и то у *Закону о запошљавању и осигурању за случај незапослености.*[69]

Образовањем се стварају они капацитети и компетенције помоћу којих је могуће у значајној мери унапредити равноправност међу половима, створити неопходне претпоставке за једнако напредовање и допринети смањењу дискриминације. Стога у Одлуци значајно место припада образовању и култури (члан 5-8).[70]

Чланови 9-14 регулишу област рада и запошљавања, те се покрајински органи обавезују да у вези са радом женама и мушкарцима обезбеде једнак третман и једнаке зараде (за једнаки рад и посао истог значаја). Уводи се обавеза сачињавања „родно осетљиве статистике" – извештаја који садрже податке нпр. о полној структури оних који су проглашени вишком радне снаге, оних који су на боље плаћеним одн. руководећим местима, нивоу зарада према полу у оквиру стручне спреме (чл. 10).

Чланови 15-16 садрже правила о социјалној и здравственој заштити. У циљу спречавања насиља у породици предвиђа се могућност оснивања SOS-телефона и прихватилишта за жене жртве партнерског и породичног насиља (тзв. сигурне женске куће).

Следећи део регулише равноправност полова у политичком и јавном животу (чл. 17-21), уз обавезне гаранције које обезбеђују заступљеност најмање 30% представника мање заступљеног пола. У случају да се врши дискриминација заснована на полу, за прекршај ће се казнити установа или фонд чији је оснивач Покрајина (чл. 22).

---

[67] Уставна повеља, Повеља о људским правима, Устав Србије

[68] Дефиницију дискриминације на темељу пола садрже нпр. хрватски Закон о равноправности сполова чл. 6 и чл. 7, Закон о равноправности сполова БиХ (чл.3), чл. 8 мађарског Закона о једнаком поступању и унапређивање једнаких могућности.

[69] Службени гласник РС 71/2003, члан 8 гарантује једнаку доступност пословима и једнакост у поступку запошљавања жена и мушкараца.

[70] Сличну структуру имају и Закон о равноправности сполова БиХ (култура и образовање се регулишу у чл. 5 и 6) док то истоимени тематски закон чини у чл. 14

Ова Одлука је само један у низу неопходних механизама за остваривање родне равноправности. Уједно представља и предуслов за спровођење мера афирмативне акције, надгледање спровођења других закона и анализу извештаја о стању људских права на територији АП Војводине. Доношење Одлуке значајан је и у погледу приближавања и интеграције у европске токове.

Agneš Kartag Odri Ph.D., Professor
Novi Sad School of Law

Gender equality – Legal and institutional framework

Abstract

Similarly to most of the countries within its region, our country faces the inevitability of changes to be made with respect to its institutions and legislation caused by administrative, political, economical and legal transition. Such changes often surpass its institutional powers and capabilities, which leads to slow and inefficient amendment of legal and institutional framework within many fields. One of the fields affected is the one that sets tools for achieving the equality between men and women. However, many of the institutional novelties, including the legislative regulation of human rights of women, are an objective necessity imposed by the political environment. Mechanisms for achieving the gender equality (governmental and parliamentary institutions, ombudsmen, gender-sensitive statistics, national action plans and statutes on nondiscrimination and equal access) are necessary means for establishment of political models involving democratic representation, for better achievement of various elements of social and gender justice, and for sustainable economic development and prosperity.

УДК 340.12
17
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 141-162

Марко Божић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

САВРЕМЕНА НЕОТОМИСТИЧКА ГЛЕДИШТА О ПОЈМУ ПРАВА ТОМЕ АКВИНСКОГ

Сажетак: *Предмет рада је анализа савремених неотомистичких истраживања посвећених појму права унутар природноправног учења Томе Аквинског. У том смислу, посебна пажња је посвећена плодоносној полемици вођеној о односу појмова ius и lex у његовом делу* ***Сума теологија****. Узети су у обзир превасходно радови франкофоних аутора, с акцентом на схватања француског ауторитета и водећег неотомистичког аутора, Мишела Вилеја.*

Оригиналност Вилејевог приступа је у пребацивању тежишта анализе са расправе о законима на питање 57. ***Сума теологије****. Резултати до којих је дошао показују да је Аквински и приликом изградње сопствене концепције права пред собом имао античке узоре – Аристотелов геније и вештину римских правника. Ius, право, схваћено је као исправан, сразмеран однос поделе добара и дужности унутар једне политичке заједнице, али и као ars, вештина трагања за њим. Право је аутономно од морала и независно од људске природе. Оно није проста креација разума већ почива и открива се у самој природи ствари. Таква, класична природноправна доктрина нема додирних тачака са рационалистичким јуснатурализмом новог доба и свог доследног настављача налази у савременој теорији о природи ствари.*

Кључне речи: *Неотомизам, право, закон, морал, ius, lex, природно право, теорија природе ствари*

Уводне напомене

Слика света и њено објашњење коју је кроз своје учење понудио Тома Аквински[1] основ је католичке верске догме и врхунац схоластичког мисаоног система. Као такво, одувек је било незаобилазан предмет истраживања историје средњовековне филозофије. Са друге стране вековима је многима служило и као полазиште за пружање објашњења и одговора за низ питања којима се оно само површно или тек узгред бавило. Неотомистичка теорија права настала је управо као један такав подухват, покушај да се на темељу учења Томе Аквинског понуди један другачији приступ праву, његовој идеји и друштвеној улози. Природно је отуд што је пажњу аутора ове орјентације заокупио онај део томистичког система који је посвећен праву, правди, законима, обичају, врлини, моралу, држави, најбољим облицима владавине и другим сличним питањима којих се Аквински у свом делу дотакао. Изазов пред којим су се нашли био је тим већи што су резулатати ранијих студија из ове области нудили различите па и врло опречне одговоре на питања која су се изнова постављала, отварајући простор новим интерпретацијама. Бројна су савремена неотомистичка тумачења његовог учења о праву, као и полемике које су настале у стручној јавности у вези са њима.

Премет овог рада управо је покушај да се прикажу она разматрања и анализе које су окренуте кључном проблему: разоткривању појма права, објашњењу правог значења и конотације *ius*-а у учењу Томе Аквинског.

Радови који су узети у обзир потичу од неколико најзначајнијих имена неотомистичке литературе друге половине XX века, Ж. Калиновског, Ђ. Амбросетија, Д. Кампосте. Мишел Вилеј[2], француски филозоф и теоретичар права, заузима посебно место. Оригиналност његовог приступа, способност за једно сасвим ново читање дела Томе Аквинског и пружње једне другачије слике његовог схватања права обавезало нас је да посебно издвојимо овог аутора и нагласимо допринос који је пружила његова интерпретација.

Намера да нагласимо разлику која дели старија, етаблирана тумачења томистичког природноправног учења од савремених приступа, наводи нас да излагање почнемо кратким приказом класичних интерпретација, с посебним освртом на она која се везују за ауторитет Етјена Жилсона.

---

[1] Тома Аквински (1225-1274) представља највећи ауторитет схоластике XIII века. Ученик је Алберта Великог и творац система католичке теолошке доктрине која од 1879 представља званичну догму Католичке цркве. Учење му је изложено у осамнаест томова његових дела међу којима се издвајају: De ente et esentia (1256), Summa theologie (1267-1273), Comentaria in Aristotelem (1265-1273), итд.

[2] Мишел Вилеј (Michel Villey, 1914-1985), један је од најзначајнијих француских филозофа и историчара права друге половине прошлог века. Највећи део академске каријере је посветио изучавању и реафирмацији класичног, римског природног права, те критици модерног правног позитивизма. Од 1959 године па до своје смрти налазио се на челу уредништва престижне ревије за филозофију права *Archives de philosophie du droit*. Најпознатија дела су му: *Лекције из историје филозофије права* (1957), *Право и права човека* (1983), *Филозофија права 1-2* (1-1975, 2-1979), *Шеснаест огледа из филозофије права* (1969), *Образовање модерног правног мишљења* (1968).

Будући да је представљало предмет дуже полемике која је вођена почетком седамдесетих година прошлог века на страницама ревије *Arhives de philosophie du droit*, питање критичке употребе појмова *ius* и *lex* унутар *Сума теологије* посебно је узето у обзир приликом обраде теме. Наиме, управо инвентивност одговора који је на ово питање понудио Мишел Вилеј издвојиће га из масе осталих аутора и обезбедити му посебно место у оквирима савремене неотомистичке доктрине. Стога, његовом ставу о одлучној и недвосмисленој разлици коју је Аквински правио између права и морала, посвећујемо посебну пажњу и централно место у раду. Коначно, на основу ове разлике Вилеј ће касније дати и сасвим ново виђење начина на који је славни схоластичар дефинисао *ius*.

У завршници се бавимо Вилејевим покушајем да докаже, с једне стране, сличност класичног природноправног учења Томе Аквинског са савременим теоријама о природи ствари, а с друге, одсуством сваке везе између истог са нововековним, рационалистичким јуснатурализмом.

Класична тумачења

Пре него што покушамо да прикажемо неотомистичке приступе природноправном учењу Томе Аквинског и укажемо на њихову оригиналност, сматрамо неопходним, у најкраћим цртама, представити гледишта старијих, класичних интерпретација његовог дела.

Највећи број њих задржаће се на тумачењу његовог најзначајнијег дела. Композиција *Суме теологије* постављена је тако да следи логику коју диктира хришћанска теолошка наука. Први део овог капиталног дела средњовековне схоластике резервисан је за теолошка питања кроз која се разматра сам Бог. Други део везан за путеве ка Богу, а трећи за Христа који, по човечанском делу своје природе, оличава пут који праведник треба да следи. Већина интерпретатора природноправног учења Томе Аквинског у својим истраживањима се ослања на две расправе из другог дела *Суме теологије*. Прва од њих је расправа о законима која покрива поље питања од 90. до 108. *Prima secundae* (прве половине другог дела). Друга, расправа о правди у вези је са корпусом питања од 57. до 122. *Secunda secundae* (друге половине другог дела). При том, основна карактеристика класичних тумачења остаје њихова методолошка везаност за расправу о законима и покушај објашњења томистичког јуснатуралистичког схватања кроз анализу комплексног односа који постоји између вечног, природног и људског закона.

Вечни закон је стоичко наслеђе у хришћанској догми. Као појам познат је хришћанском учењу и тумачењу права још од Аурелија Августина[3]. За Ак-

[3] Аурелије Августин (354-430) је највеће име филозофије и теологије хришћанске патристике. Својим учењем је утемељио ранохришћанску догму. Значајна су му дела: *Confessiones*, *De civitate dei*, *De ordine*.

винског, он, вечни закон, није ништа друго до божанска промисао о створеном свету, идеја о сврси коју свака, од Творца створена егзистенција, има да следи. „Имајући на уму да светом управља божанска провидност, очигледно је да целим светом управља божански разум. Стога сам наум којим Бог као владар свјета управља свим стварима има нарав закона".[4] Есенција тј. природа сваког створеног бића је укључена у вечни закон као замисао творитеља о сопственој креацији, о њеној сврси и путу који треба да следи. Тако, вечни закон, *lex aeterna*, представља образац створеног или најисправније, у духу самог томизма, начело управљања створеним.

Из овога ће Аквински извести значајну консеквенцу: све створене ствари су судеоници у вечном закону, јер се њихови разлози налазе у вечном закону као резултату божанске мудрости. При том, не учествују сва створена бића на једнак начин у *lex aeterna*. Човек, обдарен разумом, не следи своју природу само инстинктивно попут осталих бића лишених интелектуалне спознаје. Он као разумно биће „...на најузвишенији начин је подложан провидности Божјој, јер у њој судјелује и провиди самоме себи и другоме"[5]. За разлику од неумних бића, човек не само да трпи своју природу него стиче и спознају о њој самој. Он је једина божанска креација која је у стању да појми своју нарав, сопствену природу, људскост коју носи у себи самом. Овакав, специфични удео човека као рационалног бића у вечном закону назива се природни закон. Како то сликовито описује Ж. Калиновски, природни закон представља само други аспект вечног закона, његово људско лице[6].

Начела природног закона су темељ људске природе и смернице које човека воде ка његовој коначној сврси и циљу. Ако појединац своје владање устројава по овим начелима, он и његово понашање могу бити третирани као праведни и исправни. Доношење одлука у конкретним животним ситуацијама, према овом учењу, мора бити инспирисано начелима природног закона. Појединачне закључке људског практичког ума који следе ове аксиоме људске природе, Аквински је третирао као секундарне заповести природног закона. Самим тим, сматраће их само заокруживањем природног закона из којег извиру и са којим чине специфично онтолошко јединство.

На овом месту се поставља питање места и улоге људског позитивног закона. Уколико се прихвати поставка о човеку као интелигентном бићу које је у стању да се, следећи правила свог природног разума, сам исправно поставља у конкретним приликама, онда нам се чини излишним постојање било каквог позитивно правног правила. Са разлогом би се могло поставити питање: који су разлози постојања људских закона. Наиме, они би као екстерна правила понашања, прописана од стране суверене власти, требало да руководе понашање појединаца у конкретним ситуацијама без обзира што он, обдарен разумом од стране Бога, то може и сам.

[4] Т. Аквински: *Сума теологије*, I-II, п 91, чл. 2, Избор из дјела, Загреб, 1990, стр. 615

[5] Нав. дело

[6] Види: G. Kalinowski: *Le fondament objectif du droit d' apres la „Somme theologique" de saint Thomas d'Aquin*, Archives de philosophie du droit, том 18, 1973.

Бројне су интерпретације овог проблема. Понуђено је мноштво одговора. Етјен Жилсон, једно од водећих имена историје филозофије средњега века скренуће пажњу на такозвану педагошку функцију људских закона. Човек зна бити заведен својим страстима и лошим навикама. Зна пасти у грех. Удаљити се од своје природне сврхе водећи себе у пропаст и угрожавајући заједницу у целини. Управо се у томе може прозрети сврха људског закона. Закон је стега, каже Аквински, која приводи разуму оне које сопствени разум не води[7]. Жилсон ће приметити да се управо отуд људски закон јавља као пропис без принудне моћи над праведником, јер праведник, живећи у врлини, сам је себи закон. „Закон није донешен за праведника", цитираће Аквински апостола Павла у покушају да објасни суштину позитивних прописа.

На овај начин се Аристотелова законска правда, као правда која се постиже кроз поштовање праведних позитивних закона, одлично уклопила у томистички мисаони систем. Следити природни закон, и са њим усклађен систем позитивних прописа, значило је понашати се у складу са хришћанским моралним врлинама – следити идеал правде.

Коначно, божански закон, који су многи интерпретатори *Сума теологије* били склони да занемаре у систему Аквинског представља збирку прописа који су саставни део откровења. Њих налазимо у Старом и у Новом завету, читајући текст Декалога, божанске заповести и Христове еванђеоске поуке. Ови принципи не садрже ништа од онога што наш природни разум није већ унапред сам препознао. Но, подучавају нас садржини природног поретка мером савршене сигурности са којом нас у исто, наш, несавршени, разум никад не би могао довести. Функција божанског закона је ту и да нам укаже на натприродну сврху људског спасења коју без помоћи божанске милости и откровења нисмо у стању сами спознати.

Наравно да се горе представљена улога људског закона не може свести само на Жилсоново тумачење али је оно, не само репрезентативно, већ и врло илустративно за указивање на инвентивност неотомистичке критике чији приказ следи.

Уопште, томистички мисаони систем, до појаве нових, неотомистичких интерпретација, био је прихваћен као један од последњих покушаја одбране постојећег феудалног поретка који је губио на снази и уступао место једном новом времену. По старијим тумачењима, природно право Аквинског и његова идеја о усклађености позитивних прописа са универзалним јуснатуралистичким начелима био је начин да се оправда, као божанским наумом креиран, постојећи поредак ствари. Владајуће тезе у историји средњовековне филозофије инсистирају на томе да ће тек растакање феудализма и буђење индивидуализма (који је свој идеолошки основ стекао у позносредњовековном номинализму Виљема Окама и Дунса Скота) довести до ослобађања права од стега божанског закона.

[7] Види: E. Gilson: *Saint Thomas d'Aquin moraliste*, Paris, 1925, стр. 238

Однос појмова *ius* и *lex* у делу Томе Аквинског

Питање које ће отворити расправу унутар неотомистичке литературе друге половине двадесетог века и заокупити пажњу неких од њених највећих ауторитета биће везано за употребу појмова *lex* и *ius* од стране Томе Аквинског унутар његовог мисаоног система. Наиме, чињеница да се ова два појма преплићу, наизменично смењују у редовима *Сума теологије*, изазваће различита тумачења у погледу значења која им је Аквински придавао. Читаоцу оригиналног средњовековног латинског текста *Суме теологије* могло би се учинити да их је аутор мешао, бркао или доживљавао као синониме. Из покушаја да понуде „нова" читања овог рукописа, уследили су одговори који ће, као резултат полемике на ову тему, допринети бољем укупном разумевању тог дела. Неки међу њима били су и основ за изградњу сасвим нових интерпретација овог средњовековног природноправног учења у целини.

Следећи логику класичних тумачења томистичке природноправне теорије, Жорж Калиновски ће понудити, у неколико својих радова, решење које је почивало на откривању специфичне, метонимијске употребе ова два појма. По Калиновском, Аквински је прибегавао сликовитом, метафоричном стилу изражавања који је почивао на пракси да се суштински повезаним појмовима размене значења, путем замене њихових имена. Таква могућност изражавања би постојала само између оних појмова који представљају међусобно условљене парове, типа: узрок и последица, целина и део, сврха и средство. Реч која се изворно користи за означавање узрока добила би своју метонимијску, фигуративну улогу означавајући последицу, или обрнуто. Калиновски ће утврдити да је овакав метонимијски манир изражавања користио схоластичкој доктрини. Као такав омогућавао је да се на врло сликовит начин прикаже, штавише сачува „синдеризам" на којем је схоластика инсистирала.

Ако се прихвате класичне интерпретације учења о праву Томе Аквинског, уочава се да се заиста однос између појмова *lex* и *ius* може доживети као однос који постоји између узрока и последице. *Ius* (право), представља исправно владање, понашање у складу са правдом која је прописана природним законом. Само у оној мери у којој се човек у својим овоземаљским поступцима придржава правила разума, дакле *lex naturalis*-а он може бити праведан и исправан. Тако *lex* постаје узроком *ius*-а, па и употреба оваквих реторичких фигура долази у обзир. Калиновски закључује да „Стога, називати „*ius*" („право") *lex*-ом (законом) је један метонимијски манир изражавања савршено оправдан једнако добро у случају природног закона (који је један божански закон) колико и у случају позитивног закона било божанског било људског"[8].

За разлику од оваквих и сличних приступа који су се трудили да не ремете резултате старијих и широко прихваћених тумачења томистичког јуснат-

[8] G. Kalinowski: *Le fondament objectif du droit d' apres la „Somme theologique" de saint Thomas d'Aquin,* стр. 71/2.

уралистичког концепта, јавиће се и она резоновања која ће оригиналношћу својих теза привући веће интересовање и отворити сасвим нове перспективе разумевању овог дела.

Свежина Вилејевог приступа огледа се управо у томе што је за разлику од старијих, класичних интерпретација редова *Сума теологије* успео да уочи јасну разлику у конотацији појмова *lex* и *ius* који се у споменутом делу наизменично јављају. Полазна тачка његовог тумачења лежи у одбацивању става о томе како се изузев терминолошке разлике, између поменутих израза не може уочити више никаква дистанца, односно у напуштању идеје да их је Аквински употребљавао као синониме. За овакав наступ класичних тумачења његове природноправне теорије Вилеј ће неретко знати да окриви нашу склоност да размишљамо у категоријама модерног правног позитивизма, где нема разлике између права и закона, односно где се право своди на закон. Наиме, савремени истраживачи текста *Суме теологије*, објаснiће Вилеј, занемарују сасвим јасну чињеницу да је Аквински стварао и промишљао у категоријама једног сасвим другог времена. На тај начин они западају у заблуду и нуде интерпретације у којима се, попут Џона Финиса[9], усуђују тврдити да је Аквински бркао појмове права и закона.

Вилеј ће се од ових схватања, и даље карактеристичних за већину других неотомистичких аутора, дистанцирати уочавајући већ на самом почетку да се Аквински у архитектоници своје *Суме теологије* посебно бавио *lex*-ом а посебно *ius*-ом. Вилеј скреће пажњу да у наведеном делу поред расправе о законима (која у класичним интерпретацијама заузима кључно место), одвојено и на сасвим другом крају поменутог дела, стоји разматрање о праву. Иако је, без сумње, поменуто разматрање посвећено *ius*-у, односно праву, редовно било узимано у обзир и приликом изградње старијих тумачења, ретко му је посвећивана довољна пажња. Оно се често, као и данас код неких неотомистичких аутора[10], са лакоћом третирало као саставни део једне друге и шире теме, расправе о правди, у оквиру које је ово питање остајало занемаривано. С друге стране, концепт Вилејевог тумачења првенствено ће се заснивати управо на откривању везе која постоји између права – *ius*-а и правде – *iustitia*. Другим речима, Вилеј ће свој приступ изградити на покушају да докаже како је Аквински смештајући појмове закона и права у одвојене делове свог мисаоног система заправо њих третирао на потпуно различит начин дајући им другачија, независна значења. По њему, „св. Тома је разматрао *lex* у сасвим другачијем окружењу Суме, у сасвим другачијој перспективи, која не подразумева *ius*"[11].

[9] Џон Финис (John Finnis, 1940), је најзначајнији представник неотомистичке теорије данас. Професор је на католичком Правном факултету Нотр Дам (Notre Dame Law School Faculty) Универзитета Џорџ Вашингтон у САД. Био је саветник за иностране послове доњег дома британског парламента, а члан је и папског савета *De Iusticia et Pace*. Најпознатија су му дела: *Natural Law and Natural Rights* (1982), *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (1998), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (1992). Опширније види: Г. Вукадиновић, Р. Степанов: *Теорија права I*, Нови Сад, 2001, стр. 515

[10] Види: G. Kalinowski: *Le fondament objectif du droit d' apres la „Somme theologique" de saint Thomas d'Aquin,* стр. 62

[11] J. M. Finnis, M. Villey, M. El Shakankiri: *Bentam et le droit naturel classique*, Archives de philosophie du droit, том 17, 1972, стр. 428

Где почива ова разлика?

Оно што је Вилеј уочио, сасвим исправно, је то, да када Аквински развија своје учење о законима разликујући између 90. и 97. питања своје *Суме теологије* вечни, природни и људски закон, он говори само о правилима људског владања, оним правилима владања која теже начинити човека бољим, тј. која га воде ка заједничком добру, блаженству и срећи. Ти и такви закони имају за улогу, како говори *Сума теологија* у питањима 96. и 97., да усмеравају владање појединаца, да се боре са пороцима и унапређују врлину, односно да човека морално усавршавају. Хришћанска теолошка традиција никада није при изградњи свог моралног система остајала ограничена на текст Светог писма. Како Вилеј примећује она се од времена патристике и Аурелија Августина и даље кроз читав средњи век ослањала на још једну етичку димензију. Морална правила нису имала свој извор само у заповестима која је Бог открио Мојсију, или која представљају Исусову еванђеоску заоставштину. У великој мери она су почивала на закону који је Бог уградио у срце сваког човека, у саму његову природу.

Ослањајући се на сопствени разум човек открива у њему и путем њега основна начела своје природе, краће речено, људскост у себи самом. Та начела његовог карактера, као сума основних принципа његовог овоземаљског владања, чине оно што Аквински назива природни закон. Из ових начела природног закона дедукцијом се изграђују решења људског позитивног закона чиме се поменута начела конкретизују за посебне случајеве или ради обезбеђивања санкције у случају њиховог кршења. Тако, у оба случаја, и као природни и као људски, закон ће увек представљати само једно начело исправног владања. У својој критици Финисових гледишта Вилеј ће лукаво приметити да „Ако је св. Тома у трактату о законима написао, да је људски закон (морални закон сам по себи), једним делом закључак природног моралног закона (*Prima secundae* 95,2), нека господин Финис ту обрати пажњу: он никад не пише о праву”[12]. Расправа о законима је, како нам Вилеј открива, само један трактат о моралу, у којем се никако не налази срж његовог учења о праву.

Заправо, Вилеј никада није дирао у исправност старијих, класичних тумачења томистичких схватања која су се ограничавала на расправу о законима, попут оне иза које је стајао ауторитет Жилсоновог имена. Он ту само понавља ставове које су пре њега дали многи старији интерпретатори. Оно што је он њима оспоравао била је непотпуност, односно недоследност у следу Аквинчевих мисли. Мањкавост ових приступа, која им онемогућава да се легитимишу као пуна и исправна интерпретација томистичког природноправног учења лежи у њиховој лимитираности на расправу о законима као једну расправу о моралу која готово да нема додирних тачака са правом, и као таква уопште не представља природноправно учење Томе Аквинског.

Једна од примедби која је упућена Вилеју и његовом виђењу томистичког учења управо се тиче чињенице да је приликом читања *Суме теологије* немогуће заобићи места на којима се јасно уочава, како сам Вилеј признаје, да је *ius* прилепљен на *lex*, односно где се потпуно оправдано чини свести два поj-

[12] Нав. дело, стр. 430

ма на синониме. Објашњење које је Вилеј понудио заснива се на претпоставци да је Аквински једноставно био принуђен да на неким местима овако поступи, не губећи из вида своју основну концепцију о строгој разлици два појма коју Вилеј покушава да докаже. Наиме, оваква некритичка употреба два појма ушла је у *Суму ѳеолоѓије* преко цитирања и парафразирања текста Грацијановог декрета у којем се налазе ставови Исидора Севиљског, творца ове конфузије, настале поистовећивањем и неразликовањем поменутих појмова. Тома Аквински је имао обавезу дословног и аутентичног цитирања црквених и других ауторитета на које се позивао. На тај начин се и декадентни синкретизам библијске културе и римског правног наслеђа нашао у редовима поменутог дела. У својим радовима Вилеј скреће пажњу да је на свим местима на којима је Аквински био обавезан да поштује језик ауторитета на које се позива, он одмах уносио и корекције значења два појма у питању. Ипак, Вилеј није успео да се оправда у потпуности. Чак и ако се одбаце делови који заиста представљају стриктно преузимање туђих мисли, најзначајније дело Томе Аквинског остаје испуњено местима на којима се *ius* прихвата у свом августиновском смислу, као предмет законске правде и као појам који се своди на *lex*, односно правило понашања. Вилеј ће у недостатку бољег понудити, и то само у фусноти једног од својих радова[13], оно објашњење по којем ови делови *Суме ѳеолоѓије* представљају њену неоригиналну и конформистичку страну „којих уосталом има у свакој дискусији"[14]. Ово би се могло сматрати најслабијим делом, иначе врло студиозне Вилејеве интерпретације.

Вилејева размишљања су таква да га наводе на закључак да се истинско природноправно учење Аквинског налази на другом месту, оном које је у вези не са серијом питања посвећених моралном закону, него само за једно, 57. питање *Сума ѳеолоѓије* децидирано посвећено питању *ius*-а.

Појам *ius*-а

У објашњењу права, по Вилејевом мишљењу, учење Томе Аквинског се ослања на Аристотелово поимање правде. Наиме, читајући *Суму ѳеолоѓије* у поменутом питању 57. сусрећемо се са схватањем права, односно *ius*-а као једног прихватљивог односа међу људима као припадницима једне исте друштвене заједнице. Тај прихватљив однос се увек састоји у одговарајућој сразмери при подели добара и дужности међу члановима једне политичке групе, каква је савремена држава или некадашњи антички полис. Такву прихватљиву стварност, засновану на оваквој сразмери, он назива праведном ствари или *ius*. Код Аквинског се, дакле, право уопште не додводи у везу са законом, него, како

[13] M. Villey: *Bible et philosophie greco-romaine de saint Thomas au droit moderne*, Archives de philosophie du droit, том 18, 1973, стр. 37/8

[14] Нав. дело

редови 57. питања расправе о правди јасно показују, са правдом. Право је, цитирајмо *Суму теологије* тамо где она следи *Дигесте*, „исправна ствар"[15], једна праведна стварност. Право је код Аквинског, како закључује Вилеј, предмет правде.

Дакле, право, тј. *ius* никако не представља правило понашања упућено појединцу, на начин императивне моралне заповести, као што је то случај за законима које Аквински разматра на другом месту. *Ius* се, према томе, не везује за тзв. законску правду коју срећемо код Аристотела и Аквинског, а која се своди на понашање у складу са законом, моралним законом као начелом нашег исправног владања и реаговања. Таква, законска правда нема никакве везе са *ius*-ом и када Аквински тврди да је право предмет правде или праведна стварност, уопште не мисли на њу, већ на „посебну правду", правду у специфичном значењу.

Појам правде у посебном смислу, (или „појединачне правде") изворно је аристотеловски (везан је за појам *to dikaion* из *Никомахове етике*) али је у 57. питању Суме теологије доживео пуну афирмацију. Реч је о поимању праведне стварности која се односи на онај сегмент друштвеног живота који је у вези са поделом добара и дужности. Ова правда се заснива на идеалу, основном начелу, формулисаном од стране римских правника кроз познату сентецу *Suum cuique tribuere* улога посебне правде је да свакоме одреди што је његово, а право је њен резултат – исправна стварност, исправна ствар *res iusta*. Истовремено, *ius* представља, (понавља лекцију римских јусконсултаната Тома Аквински) вештину изналажења праведног решења, проналажење правде. Право није само исправна ствар, *res*, већ и *ars*, вештина њеног изналажења.

Ни у једном делу расправе о законима њен се аутор не бави овим проблемом. Ни једном од своја три закона, *lex aeterna*, *lex naturalis* и *lex humana* он не ставља у задатак раздеобу добара и дужности. Вилеј ће задржати исто гледиште и приликом тумачења места божанског закона. За разлику од Аурелија Августина, који је нагињао монополу писаног божанског закона, Аквински је у *lex divini* препознао само још једну збирку *moralia* ауторитативних моралних правила. Стари завет представља збирку моралних прописа упућених јеврејском народу, који не говоре ништа о модалитетима поделе на моје и твоје, и који су као такви лишени сваког правничког садржаја. Вилеј ће сликовито утврдити како „не пожели ништа што је туђе" не говори ништа о овлашћењима власника, што би представљало домен правничке вештине. Ни са појавом Исуса, који еванђеоским порукама аброгира старозаветне прописе, откровење не добија на правном садржају. Еванђеље је лишено дословно правничког садржаја и не нуди решења која би се тицала начина деобе добара, части и надлежности унутар једне друштвене групе на начин сагласја с појединачном правдом[16].

На овом месту би требало подвући два врло битна момента за схватање аристотеловске посебне правде на којима је и Аквински инсистирао.

---

[15] J. M. Finnis, M. Villey, M. El Shakankiri: *Bentam et le droit naturel classique*, стр. 428

[16] Извесно је да је Вилеј био свестан великог броја места унутар *Суме теологије* на којима се Тома Аквински у циљу мирења природног разума и хришћанске догме, те правдања сопствених закључака, позивао на старозаветне прописе чиме је знатно одступио од доследног слеђења Аристотелове филозофије и тиме нашкодио чистоти сопствене природноправне теорије; види: M. Villey: *La formation de pense jouridique moderne,* Paris, 1975, стр. 143

Прво, посебна правда се увек односи на расподелу тзв. спољашњих добара, *res exteriores*, и никако не укључује питања унутрашњих вредности попут љубави, слободе или поштовања људске части и угледа. Посебна правда ће у оба своја облика, дистрибутивне и аритметичке правде, посредовати при решавању сукоба насталих поводом имања, дугова, земље, наследства и других добара, односно старања над децом, очевог статуса и сличних питања у вези са свакодневним овоземаљским човековим дужностима. Право се никако не дотиче света „бића", већ третира свет „имања", ствари које подлежу подели[17]. Вилеј ће духовито приметити да, за разлику од св. Августина, Аквински није гајио презир према временитим добрима: храни, новцу или земљи.

Друго, као такво, право је у вези са друштвеном заједницом јер само је у њој могуће извести поделу добара и дужности на моја и твоја. Амбијент политичке заједнице је место специфичне правде и поље примене правничке вештине њеног изналажења у конкретним ситуацијама. У поседу такве правде ће бити да изнађе одговарајућу, исправну средину везану не за унутрашњи, субјективни свет већ спољни свет људског временитог и пролазног овоземаљског живота. Јасно је да изналажење пропорционалне једнакости у оваквим деобама нема никакве везе са моралним законом који усмерава владање појединца. Морални закон ће, како смо то показали раније представљати начело људског владања, пут постизања врлине, а законска правда критеријум мере његовог испуњења од стране индивидуе. За право се зато, као вештину изналажења сразмерне једнакости, мора тражити други извор, другачији од закона.

За разлику од моралисте, у крајњој линији и законодавца, који је у обавези да при изградњи позитивног следи начела природног закона, правник, судија, који решава спор око расподеле временитих добра или одлучује о нечијој обавези има за задатак да изван себе самог, увиди објективну друштвену стварност *id quod iustum est*, препозна адекватно и исправно решење. Другим речима различите су службе владара законодавца и његових закона с једне, и служба правника, судија с друге стране.

За Вилејеву интерпретацију текста *Суме теологије* ово ће бити кључно место. По њему, највећи допринос Томе Аквинског укупној филозофији права почива управо на чињеници да је, доследно следећи Аристотелову идеју, ослободио право од стега хришћанског морала под којим се налазило још од Августинових дана. Аквински је указао на један аутономан резон права. Реч је о дубокој разлици која постоји између моралног закона уписаног божјом руком у наша срца и правне вештине која се независно манифестује од етике и политичке делатности.

[17] M. Villey: *Philosophie du droit*, Paris, 2001, str. 51

Право и природа ствари

Показали смо како је Вилеј покушао да докаже да је Тома Аквински под правом подразумевао исправну стварност, праведну ствар тј. да објасни да је по њему *ius* предмет правде. С друге стране, он је указао да Аквински под овим појмом подразумева и уметност трагања за правдом. Дакле, на основу анализе садржаја 57. питања, Вилеј изводи закључак како се право код њега доживљава и као предмет правде, и као вештина њеног изналажења. Са лакоћом се да запазити у којој мери се писањем ових редова своје *Суме теологије* њен аутор ослонио на античке ауторитете, односно колико је остао привржен старој римској правној доктрини и њеном поимању права. Истовремено, посматрајући целину његовог дела, приметан је утицај и других узора: библијских, стоичких и патристичких. По Вилејевом мишљењу преплитање ових ауторитета различитог порекла, иначе толико карактеристично за схоластичку интелектуалну средину XIII века, непосредни је резултат чињенице да је Тома Аквински као личност био формиран под утицајем две културе. Прво библијске, која је већ стотинама година држала културни монопол средњовњковне Европе, а онда и античке културе која је после дуго врмена поново почела да се буди и осваја своје место у интелектуалном животу старог континента – култури грчке филозофије и римског права. Вилеј уочава и временски однос између првих покушаја Аквинског да кроз своје коментаре реконструише Аристотелову Етику и заснивања његове личне филозофије права. Обе активности се везују за период око 1269. године и његово откривање Аристотеловог *dikaion*-а који ће покушати да споји и помири са хришћанском догмом. У редовима *Суме теологије* „се мешају библијски цитати са цитатима св. Августина, Аристотела, Цицерона, или римских правника преузетих из Дигеста. Али све ове изворе ће његов геније, који супериорно барата дијалектичком вештином, измирити, подразумевајући уметност разликовања."[18]

Управо је реафирмација Аристотеловог *dikaiona* (у оном смислу у којем се он изједначава са предметом посебне правде) кључна за развој томистичке филозофије права. Она представља и кључну тачку у Вилејевој интерпретацији томистичког природноправног учења. Као што смо већ видели, из ове, изворно античке концепције он ће извести закључак о разликовању права и морала код Аквинског, односно обезбеђивању аутономности *ius*-а. И више, Вилеј ће закључити да овакав концепт права који полази од гипког и описног појма *dikaiona*-а који се поклапа са римском доктрином о праву као *id quod iustum es*т „уопште не подразумева изречена правила, постављена једном за свагда, него једну вредност која се неуморно прати, исправно решење за којим се трага а које не знамо унапред. А то решење није коначно и такво не може ни бити ако произлази из природе ствари"[19]. На овом месту Вилеј застаје у поку-

[18] M. Villey: *Bible et philosophie greco-romaine de saint Thomas au droit moderne*, стр. 28/9

[19] M. Villey: *Historique de la nature des choses clasiques*, Archives philosophie du droit, том 10, 1965, стр. 277

шају да докаже како је Аквински доследно пратећи Аристотелов геније, продужио још за неко време живот класичној теорији природног права. Наиме, његова основна теза би се могла свести на схватање да „Природно право није корпус правила већ истраживање „природе ствари" кроз правду *id quod iustum est*"[20]. Сходно његовом тумачењу она нема никакве везе са потоњим, нововековним јуснатуралистичким креацијама. Класично схватање природног права Аристотела и Аквинског, које је свој врхунац доживљавало у периоду процвата римске јусконсултантске праксе, је оно схватање коме су данас најближа савремена учења о природи ствари.

Заблуда је, сматра Вилеј, сматрати да се јуснатуралистичко учење Томе Аквинског ослања на концепт о природном праву које почива у, и које се открива преко људског разума. У заблуди су, другим речима, сва она становишта о томистичком природноправном учењу која се граде с ослонцем на расправу о законима. Природни закон, као збир моралних начела који наш разум открива, је закон нашег морала, а не нашег права. Он нас упућује на исправно владање и ништа не говори о расподели материјалних добара и овоземаљских дужности. Рационалистичка филозофија права која ће настати као један типичан плод XVI и XVII века, доба бескрајне вере у моћи разума, агресивношћу свога приступа потиснуће и засенити старе аристотеловско-томистичке погледе на право, *dikaion*, *ius*, проглашавајући природно право резултатом људског спекулативног ума. Идеали егзактности геометрије и непогрешивости математичке методе Декарта и Спинозе, тврди Вилеј, суверено ће владати овом епохом интелектуалне историје нашег континента и негативно се одразити на до тада актуелна промишљања о праву. Концепт о универзалним начелима људског разума која попут смерница воде законодавца када устројава наше позитивне законе, омогућавају постојање и универзалних позитивноправних прописа који су, будући непротивуречни својим природноправним принципима, и сами општи и вечни. На тај начин, штавише, ново, рационалистичко природно право, које ће свој врхунац доживети са просвећеношћу осамнаестог века, према Вилеју, у својој идеји носи клицу правног позитивизма. Није ли, запитаће се Вилеј, вера у *Code Civile* и законски позитивизам раног деветнаестог века резулат оваквог јуснатуралистичког гледишта. Такво гледиште, међутим, нема никакве везе са старим схватањем права и класичном доктрином римских правника за које је *id quod iustum est* стварност за којом се трага, дакле, можда вечна вредност али никако коначно решење дато једном за свагда. Код Аристотела и Аквинског не постоји никакво природно право утемељено у разуму као пројекција идеала који су резултат нашег духа.

Заблуда је рационалиста новог века у мешању природног права и природног разума. Када је говорио о откривању начела људске природе од стране људског разума и спознаји природног закона, Аквински је мислио само на људску природу, на човекову нарав као темељ човекове моралности,а не права.

[20] Г. Вукадиновић: *Савремена шеорија йрава у Француској*, Архив за правне и друштвене науке, 1/1991, стр. 115

Извор права, Аквински као и Аристотел, (поновимо још једном) није тражио и нашао у моралном закону људске природе, већ у природи уопште: „Један прост поглед на најмањи Аристотелов или текст св. Томе (у *de iure*) довољан је да нас у то увери. Право, у систему ових аутора (у крајњој линији природноправних), мора бити извучено из природе, из посматрања природе а нипошто из разума, нити из природе човека, схваћене одвојено, од апстрактног објашњења есенције појединца"[21] Вилеј скреће пажњу да се приликом разматрања о праву *Сума теологије* не може уочити нити једна једина напомена о „човековој природи" или „људској склоности". Оно што ми знамо о природи појединца, његовом личном позиву или задацима који му се постављају од стране његове савести (односно моралног закона који носи у својој нарави, „свом срцу") нам ништа не говори о односима који нужно постоје између њега и других припадника исте друштвене групе, а који се тичу расподеле добара и дужности унутар ње. Открити сразмеру у оваквим друштвеним односима (што је задатак права и што је право само по себи) могуће је само путем посматрања самих друштвених група у којима до ових односа долази. *Ius* као вештина трагања за правдом у случајевима раздеобе *res exteriores* и није ништа друго до посматрање природе, односно техника која се заснива на посматрању и откривању друштвених чињеница. Вилеј закључује „ да се по овој филозофији, ништа не може супротставити томе да се од природе ствари направи истински извор права. Посматрање природе нас обавештава о понашању које ми морамо следити, о маниру у којем ми морамо успоставити наше друштвене односе."[22]

Дакле, врло далеко од конституисаних прописа, *ius* је једна ствар (*res iusta*), која се обзнањује откривањем у природи. Право, „будући да је и само ствар, себе тражи у стварима"[23]. Оно нам се открива у индикативу, не у императиву попут моралног правила. Извесна императивност могућа је касније, приликом извршења, али тада она, свакако, више неће бити предмет и задатак правника, већ механизама државне власти. Због овога ће Вилеј и закључити како не постоји појму природе ствари наклоњеније филозофије права од ове класичне Аристотелове и томистичке доктрине које посматрање природе и друштвених чињеница држе у самој својој сржи.

Пре него што се у даљем тексту посветимо објашњењу суштине овог учења о праву, као својеврсној техници посматрања природе као начина откривања конкретних правних решења, требало би отклонити једну противуречност која упада у очи. Вилеј је на више места подвлачио оно што смо управо рекли, да учење о природи ствари управо покушава да уочи решење правног проблема посматрањем природе односно уочавањем друштвених чињеница. У Вилејевој интерпретацији, чини се да у односу између природе и друштва нема ништа од антагонизма на који нас је навикло да наводи наше модерно мишљење. Истраживање природе чини се једнаким уочавању друштвене реалности.

[21] M. Villey: *Historique de la nature des choses clasiques*, стр. 276

[22] Нав. дело, стр. 279

[23] M. Villey: *Право и права човјека,* Загреб, 2002, стр. 50

Да би отклонио неспоразум, Вилеј ће нас још једанпут позвати да се удаљимо од наших савремених категорија и начина мишљења. Наиме, да би се схватила класична природноправна доктрина, сам појам природе се мора прихватити на онај начин какав је постојао код античких аутора.

За разлику од модерних концепција, почевши од оних, како примећује Вилеј, која су у вези са идејом друштвеног уговора[24], а које разумеју људско друштво само као надградњу природи, вештачки артефакат и плод људске инвенције, Аристотелова доктрина, која се рехабилитује са појавом Томе Аквинског, људско друштво и природу не супротставља једно другом. Човек је политичка животиња и његова друштвена делатност једнако је природна колико и активности пчелињих ројева и других друштвених животиња. Људско друштво у целини, од породичне заједнице, преко пословних и других удружења до државе, ствар је природе и по природи. Уговори или удружења за Римљане нису били вештачке конструкције људског духа, већ ствари, друштвене чињенице, постојећи односи стварности. Природа класичара је врло широк појам и обухвата свет у свој својој различитости. За разлику од савремених концепција овог појма, она не подразумева само материјалне ствари и ефицијентне односе каузалитета који међу њима владају: „Она је лепа сама по себи, она је духовни смисао, и као што тврдимо, вредност"[25]. Много више но сума физичких предмета и релација међу њима, свет, природа је за класичара попут Аквинског нешто што укључује људску укупност, и дух и тело, и читав низ друштвених установа које постоје по природи ствари.

Дакле, уочити природу ствари значи спознати објекте који нужно постоје у природи на онај начин на који они постоје по природи. И то је оно што је извор права у делу Томе Аквинског. Природно право не произилази из природног закона као темеља нашег морала него из посматрања држава, породица, других друштвених група у којима налазимо спонатано настале идеалне типове или моделе исправног друштвеног односа: „Право у строгом смислу се састоји у односу између ствари раздељених између више лица, очигледно може почивати у друштвеној стварности; и ако је у питању извлачење из природе ствари, то може бити само природа друштвене групе"[26] Природа се по Аквинском, каже Вилеј, ишчитава. У маси различитих, а постојећих друштвених односа који спонтано постоје треба пронаћи оне који највише нагињу најбољем решењу. Такви примери друштвених установа биће матрице или модели за свако будуће решење које претендује да буде исправно. Вилеј каже да су такви модели сами богати правдом, испуњени нормативним садржајем и да на њима и њиховом откривању почива право. Они важе спонтано, сами по себи, по природи коју изражавају и лишени су било какве потребе за санкцијом иза које стоји ауторитет државне власти.

---

[24] Шире о идеји друштвеног уговора види: Г. Вукадиновић, Р. Степанов: *Теорија државе и права*, Нови Сад, 2003, стр. 154

[25] M. Villey: *Historique de la nature des choses clasiques*, стр. 278

[26] M. Villey: *Bible et philosophie greco-romaine de saint Thomas au droit moderne*, стр. 35

Сасвим супротно нашем данашњем позитивистичком приступу, оваква размишљања третирала су право као плод једне чисто казуистичке методе чији се пут трагања за исправним решењем не ослања на норму као зацртани образац понашања упућен свим будућим истим или сличним ситуацијама. Норма је, подвлачи Вилеј, римској класичној доктрини другоразредни алат. Правна решења се извлаче из стварности бивствујућег, из посматрања узрока. Методом дијалектичке контраверзе, сучељавањем опречних мишљења, правних аргумената и чињеница судија стиже до решења спора, праведне сразмере, *ius*-а[27]. Правнички одговор смештен је већ у самом узроку проблема – *Respondi in causa ius esse positum*. Лекцију старих римских правних саветника биће спремни да понове поред Томе Аквинског и неки други средњовековни аутори попут Балдуса који ће подвући да право почива на чињеницама (*Ex facto ius oritur*) или, како то тумачи Вилеј, управо на посматрању и уочавању природе ствари.

С друге стране, овај метод посматрања природе, односно друштвених установа као њених резултата је, по Вилејевом мишљењу, врло једноставан. Он полази од посматрања обичаја у којима Аквински види спонтане, природне људске склоности ка одређеном типу понашања у друштвеним односима. Суштина метода лежи у уочавању оних обичаја који остају мање успешни, односно потпуно јалови и њиховим потискивањем од стране успешних друштвених конвенција. Вилеј на овом месту подсећа на Аристотелов напор уложен при изради упоредних устава античких полиса у циљу трагања за најприхватљивијим решењем.

Као такво, право је пре предмет истраживања, проблем који чека да буде решен, или како каже Вилеј тек један архитектонски нацрт идеалног друштва за којим трагамо проучавајући постојеће моделе социјалних установа и бирајући међу њима оне које се својим успехом издвајају из масе осталих. Право, дакле, није једно чисто теоријско знање већ дело у изградњи. На ову опсервацију надовезују се и неки други Вилејеви закључци.

Чињенице да се право извлачи из посматрања временитих људских поступака условљава његову најважнију карактеристику. Вилеј ће на више места истицати да су и Тома Аквински и његов антички ауторитет били свесни пролазности резулата правничког рада. Друштвене институције су, у речнику модерне филозофије, историчне, покретне и подложне различитим променама које бисмо у духу савременог научног језика могли назвати еволутивним. Ово отуд што је по својој природи човек слободно биће и као такав узрок многих нових, и творац, промена у постојећим друштвеним установама. Друштвени живот је гибак, промењив па је самим тим и правда, која се тражи као идеални однос сразмере, и сама промењива. Другим речима, трагати за природом ствари значи пратити ствар у њеном кретању и промени. За правника, изнаћи одговарајуће правничко решење не значи и трајно окончати своју потрагу за правдом. Вилеј ће рећи да овако схваћен задатак правника, као трагача за прав-

[27] Дијалектичка метода права ће у каснијим Вилејевим радовима заузимати далеко значајније место; види: M. Villey: *Право и права човјека*, Загреб, 2002

дом, представља Пенелопин посао те да се „Правда не може фиксирати за теорему"[28] нити можемо изнаћи идеална, свевремена и универзална правна правила.

Са наведеном Вилејевом опсервацијом сложиће се и Жорж Калиновски. По њему је у природи права његова покретљивост и несталност. Он подсећа да се већ код Аристотела јављају схватања о човеку као слободном бићу које кроз сопствено деловање остварује и обнавља природни поредак, чији је и сам део. Кроз овај специфичан дијалектички однос човека и природе спонтано настају друштвене установе и обликују се праведна решења у односима међу припадницима тог истог друштва. Правник треба само да их уочи, препознајући, не креирајући правно правило.

У исто време, овакав готово експериментелан метод, заснован на посматрању појединачних људских искустава и лимитиран зависношћу људског интелекта на чулним утисцима онемогућава апсолутну сигурност и извесност решења до којих се стиже. Уопште, истиче Вилеј, Аквински ће попут Аристотела бити свестан чињенице да је заснивање неке непромењиве науке природног права апсолутно немогуће, нити право може бити „...посао салонских теоретичара, него да се из дана у дан открива мудрошћу практичара или правника који следе ток кретања ствари."[29]

Заправо, *ius*-у, промишљању о њему и генерално правничкој вештини, својствено је јединство спекулативних и практичких моћи нашег ума. Спознавање суштине ствари, њене природе, било би исто што и спознавање њене сврхе коју следи. Чини нам се да исто мишљење има и Ђ. Амбросети када каже да су носећа начела практичког само наставак на начела бивствовања, односно да ова концепција католичког природног права укида разлику између бити и морати бити[30].

Критика савременог природног права

Полазећи од ових закључака, Вилеј ће извести и врло смелу критику нововековних рационалистичких природноправних становишта, односно савремених теорија о природи ствари.

Кроз своју касниј анализу позног средњовековног учења о праву, Вилеј је показао да тековине томистичког природноправног учења нису биле сачуване. Већ поменути номинализам Виљема Окама, али и целокупна интелектуална елита времена које је уследило, напустиће аристотеловску идеју који је Аквински покушао да следи. По Вилејевом мишљењу чак је и тзв. друга схоластика шпанских доминиканаца окупљених око универзитета у Саламанки изневери-

[28] M. Villey: *La formation de pense jouridique moderne,* Paris, 1968, стр. 129/30

[29] M. Villey: *Historique de la nature des choses clasiques*, стр. 276/7

[30] Види: G. Ambrosetti: *Y a-t-il un Droit naturel chretien?,* Archives de philosophie du droit, том 18, 1973, стр. 79

ла свог великог учитеља чија су схватања покушали да сачувају. Основна идеја да се право, *ius* мора схватити као аутономна активност јуричара, дефинитивно ће нестати са рационализмом нововековне филозофије.

Модерни рационализам заступао је гледишта која су покушавала да, потпуно супротно класичним јуснатуралистичким концептима Аристотела и Аквинског, изнађу постулате права с ослонцем на људски *ratio*. Природни разум постао је јединим извором *ius*-а, и разлика између природног права и природног закона као диктата савести почела је да се губи. Тако ће, у ствари, са јачањем рационализма доћи до индентификације *ius*-а и *lex*-а, односно до нестанка разлике између права и морала коју су класичари умели да направе и сачувају. У нововековном јуснатурализму, тврди Вилеј, и право и морал представљају специфична правила владања чији принципи почивају на људској рационалној природи. Аристотелова идеја да право није проста креација људског ума, већ да га у великој мери човеков интелект открива и извлачи из временитог друштвеног контекста и резулатата људског делања, остаће занемарена. *Ius* ће наставити свој живот у сенци морала. Са нововековном филозофијом права истинско природно право је ишчезло. Отворена су врата једном новом концепту који је омогућио да правници, који трагају за правдом, (исправном сразмером у деоби временитих овоземаљских добара и дужности) уступе своје место моралистима. Управо зато Вилеј ће се иронично сложити са примедбом Н. Бобиа како се целокупни савремени јуснатурализам може извући из једног одељка Томе Аквинског, само не оног о праву, *ius*-у, већ оног из расправе о законима, *lex*-у као извориште и чувару људске врлине.

Оваква, нова, рационалистичка природноправна схватања ићи ће под руку са новим теоријама државне суверености, јачању моћи европских владара и ширењу њихове законодавне делатности. *Lex humana* земаљских господара постаће кроз своје заповести и забране једино легитимно средство усмеравања понашања владаревих поданика. Закон ће успоставити своју владавину над правом. Схватање о праву као аутономној вештини трагања за правдом, релативно самосталној у односу на државну власт и еманциповану од морала, ће бити потиснуто. С друге стране, Вилеј се неће либити ни да тврди како ће јачање улоге закона, који је помогао јуснатурализам рационализма и просвећености, отворити врата будућем правном позитивизму.

Међутим, Вилеју неће бити тешко да примети како се унутар савремене филозофије права уочава један снажан покрет који покушава да обнови стара, класична учења о природном праву. Теорија о природи ствари, по њему, у себи носи изворну јуснатуралистичку идеју и не поседује много оригиналности уколико се упореди са класичним учењима од које је деле векови. Ова теорија је по његовом мишљењу само једна добродошла и корисна ренесанса римске правне догматике, а у радовима њених представника, попут Мајхофера, Женија или Пуланцаза, нема ничег што давно пре њих није установио Аристотелов геније. Правници, заговорници ове теорије, немају смелости да пред модерним сцијентизмом, који се руга онемоћалом рационалистичком природном праву, назову своје учење његовим правим именом. Етикета природног права изгу-

била је на својој вредности и учинила колебљивим и стидљивим и овај покрет који се боји да се супротстави владајућем правном позитивизму. Па ипак, она омогућава да се природноправном учењу, додуше, под једним другим, новим именом, врати његово изворно значење. Да оно поново добије на вредности и својој аутентичности. Теорија о природи ствари омогућава да се изворни јуснатурализам још једном врати на сцену и поврати место које је дуго времена узурпирала данас онемоћала рационалистичка природноправна концепција.

Теорија о природи ствари је, рећи ће Вилеј, покрет који се стиди да се назове својим правим именом. Између њега и истинске класичне доктрине природног права нема разлике. Он је отуд спреман да укине сваки анимозитет који влада између ова два учења. Нововековном јуснатурализму, који, како Вилеј каже, почива на поистовећивању природног права и природног разума, теорија о природи ствари заиста мора бити непосредно супротстављена. Штавише, будући да је „циљ теорије о природи ствари да нас сачува од идеологија које производи рационализам, и да обнови у праву метод посматрања друштвених чињеница"[31], класични јуснатурализам Аристотеловог *dikaion*-а и *ius*-а Томе Аквинског остаје у њој сачуван.

Теорија о природи ствари постала је тако последњом апологијом класичног природног права.

* * *

Изазови нашег времена у којем стална друштвенополитичка превирања доводе у сумњу постојећа схватања о основу права, данас поново чине актуелним неке старије теорије. У том смислу присутно је поновно окретање религији и заснивање нових приступа праву са упориштем у теологији. Неотомистичка теорија представља смео покушај да се на основама природноправног учења Томе Аквинског објасни феномен права. Она данас, у амбијенту модерног сцијентизма, полази од мисаоног система из средине XIII века што је чини егзотичним подухватом у филозофији права друге половине двадесетог века. Ипак, сама чињеница да неки од најистакнутијих мислилаца савремене теорије и филозофије права, попут Мишела Вилеја или Џона Финиса, припадају овој оријентацији говори у прилог једном несумњивом ставу: актуелност учења Томе Аквинског очигледна је и на прагу XXI века.

Неотомистичка критика права се од самог почетка суочавала са једним важним, претходним питањем – проблемом неуједначене, а у неким моментима, и недоречене интерпретације томистичког учења о праву. Владајућа тумачења иза којих су стајала имена Жилсона и Маритена оставила су многа питања отвореним и тако омогућила приступ новим анализама и расправа. Управо ће једна таква полемика вођена унутар стручне јавности седамдесетих година прошлог века привући посебну пажњу. Она ће својим резултатима значајно допринети заснивању неких неотомистичких концепција.

Питање међусобног односа појмова *lex* и *ius* на страницама *Сума теологије* отвориће плодоносну расправу. Спор који се испрва чинио више линг-

[31] M. Villey: *Historique de la nature des choses clasiques*, стр. 276

вистичке него филозофскоправне природе изнедриће неколико посебно вредних размишљања. Оригиналношћу се одликују она Жоржа Калиновског и Мишела Вилеја. И док је први, трудећи се да не наруши концепт класичних и ауторитативних тумачења, овај однос објашњава теоријом о метонимијској употреби два појма, други се определио за оригиналније решење.

Вилејево полазиште било је у напуштању доминирајућег гледишта по којем се срж природноправног учења *Сума теологије* налази у расправи о законима која је до тада била предмет подробних анализа. По њему, неко ко је зантересован за филозофскоправна стајалишта Томе Аквинског нема великих разлога да се задржава на том месту. Закони које он тамо образлаже вечни, природни и људски, представљају категорије једног моралног система и нису својим бићем везани за материју права. Једноставно, расправа о законима посвећена је етичком, моралном учењу и има врло мало додирних тачака са природноправним учењем Аквинског. Ова заблуда је резултат наше склоности да размишљамо у савременим категоријама правног мишљења која под утицајем правног позитивизма не разликују право и закон, сводећи их на један ентитет. Вилеј је скренуо пажњу на чињеницу да се Аквински у оквирима своје *Суме теологије* посебно бавио питањима *lex*-а, дакле моралног закона, а посебно питањем *ius*-а, те да ту логику треба да следе и научне анализе. Тако је тежиште његовог истраживања пребачено са расправе о законима на расправу о праву смештену у оквире питања 57.

Вилеј ће управо на овом делу текста *Суме теологије* засновати читаво своје тумачење учења о праву Томе Аквинског. *Ius*, како нам редови 57. питања казују, је исправна ствар, *res iusta*, адекватан, сразмеран однос поделе овоземаљских добара и дужности међу припадницима исте политичке заједнице. Тако, право је друштвени однос, тј. стварност испуњена правдом. С друге стране *ius* је и вештина изналажења такве једне стварности, професија трагача за правдом. Тако ће право, још једанпут, у редовима *Сума теологије,* постати *ars boni et aequi*, вештина јасно одвојена од морала и у извесној мери аутономна у односу на политику. Вилеј ће на више места истицати јасну и недвосмислену везу коју својим учењем Аквински остварује са Аристотеловим *dikaion*-ом и доктрином римских правника чије идеје преузима.

Оно што даје посебну боју Вилејевој интерпретацији, и нешто на чему ће он с упорношћу инсистирати, јесте веза коју Аристотелово и римско класично природно право, реафирмисано радом Томе Аквинског, остварује са савременом теоријом о природи ствари. Наиме, он ће покушати да докаже да је техника којом се правна вештина служи заснована на посматрању природе и изналажењу праведног, дакле природног решења кроз уочавање постојећих друштвених чињеница и односа. Метода се ослања на уочавање најбољих међу друштвеним установама и обичајима и њиховим прихватањем за моделе сваког истог или сличног понашања у будућности. Решења до којих се долази оваквом методом класичног *ius*-а по природи су непостојана. У природи је самог човека да као слободно биће мења постојеће, ствара нове и укида старе друштвене установе и односе. Управо зато, старо, класично природно право свету не дарује уни-

верзална, вечна и општа позитивна правна правила. Његова је политика потпуно супротна утопији рационалистичког нововековног природног права. Нововековно природно право је, инсистира Вилеј, мешајући природно право и природни разум својим идејама о универзалним решењима, најавило еру законског и правног позитивизма. Као таква, она нема ничег заједничког са класичним природним правом које је своје последње дане живело у рукопису Томе Аквинског. Сасвим супротно, тврдиће Вилеј, метод савремене теорије о природи ствари посматрања конкретних друштвених чињеница у циљу изналажења правичног решења у довољној се мери приближава класичном природном праву Аристотела и Аквинског да бисмо је могли назвати настављачем и последњим изданком класичног јуснатурализма.

Marko Božić, Teaching assistant
Novi Sad School of Law

Contemporary neo-Thomasian views on the notion of law by Thomas Aquinas

Abstract

This piece analyses contemporary neo-Thomasian researches, dedicated to the notion of law as defined by the natural law doctrine of Thomas Aquinas. The emphasis is put on the fruitful debate Thomas Aquinas led in his work *Summa Theologia* on the relation of *ius* towards *lex*. Works of francophone authors were used as a basis for this piece, whereas an emphasis is put on the views expressed by Michel Villey, who has been a respected and leading neo-Thomasian author.

The originality of Villey's approach lies within the fact that he shifted the center of his analysis from the discussion on laws to issue number 57 of his *Summa Theologia*. His results show that Aquinas built his own conception upon his ancient role models – Aristotle's genius and skills of Roman legalists. *Ius*, the law, is comprehended as both a righteous, prorated division of goods and obligations within a political community, and as ars, the virtue of searching after it. Law is autonomous from ethics and independent from human nature. It is not a simple creation of reason, but it rests upon and is revealed by the very nature of things. Such classic doctrine of natural law has nothing in common with rational new age ius naturale but it has its consistent successor in the contemporary theory of nature of things.

УДК 347.2 (497.11)(091)
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 163-182

Др Даница Попов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ДРЖАВИНА ПРАВА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ

Сажетак: *Државина представља правно релевантни однос или правно стање за које правни поредак везује одређене правне последице и пружа јој посебну правну заштиту. Иако је у правној теорији уобичајено да се државина дефинише као фактичка власт на ствари, то није у потпуности тачно, јер државина постоји и у оним случајевима када држалац не остварује никакву фактичку власт на ствари па чак и у случајевима када држалац није свестан да ствар која је предмет државине уопште постоји (спиритуализована државина). Државина права се обично дефинише као ужа делимична фактичка власт на ствари која по обиму одговара садржају неког права ужег од права својине, за разлику од својинског држаоца, који има најширу фактичку власт на ствари која по обиму одговара садржини права својине. Прихватајући германски појам државине Закон о основама својинско-правних односа, сужава државину права само на случај државине права стварне службености, коју има лице које фактички користи непокретност другог лица у обиму који одговара садржини те службености.*

Кључне речи: *Државина, врсте државине, државина права, државина права стварне службености, Грађански законик за Кнежевину Србију из 1844. године, Закон о основама својинско-правних односа из 1996.године.*

1. Државина као правна установа

У смислу грађанског права државина се дефинише као фактички однос правног субјекта према ствари који изазива одређене правне последице без обзира да ли је настао на основу овлашћења из правних норми или без правног основа. Свака државина без обзира на чињеницу да ли се заснива на правном основу или не, ужива самосталну правну заштиту. Фактички однос се састоји у фактичкој власти субјекта на ствари која је независна од постојања права на ствар, одн. од конкретних правних овлашћења која субјекту обезбеђују правну власт на ствари. Држалац је стога и лице које је до ствари дошло на противправан начин. Без обзира на противправно стицање и такав држалац ствари ужива одређену правну заштиту. Најзначајнија правна последица државине је њена самостална и од права на ствар независна правна заштита. Као чисти факат, фактичко стање, државина се најизразитије манифестује управо кроз правну заштиту.

Као фактичка власт субјекта на ствари државина се разликује од правне власти која има основ у неком субјективном праву. Правна и фактичка власт иако разлучене ипак се најчешће подударају и истовремено испољавају. Самосталност државине има за последицу да она може да постоји независно од права на ствар одн. независно од тога да ли се у конкретном случају правна и фактичка власт на некој ствари подударају или супротстављају. Државину треба разликовати од права на државину (иус поссиденди). О праву на државину говоримо онда када одређено субјективно право, право својине или неко друго стварно право, садржи у себи и правно овлашћење на државину ствари. Право на државину, је овлашћење које је садржано у неком субјективном праву које носиоца тог права овлашћује на држање ствари.

Државина улази у правну сферу, али није право. Право у субјективном смислу садржи у себи и овлашћење неког лица да захтева да се фактичко стање, које не одговара његовом праву, усклади са тим правом. Код државине, напротив, фактичко стање мора претходити (јер без њега нема државине), да би настало субјективно право. Код државине из фактичког стања произилазе субјективна права, а скуп тих права означавамо као право државине., дочим иначе, у правилу субјективно право даје само захтев на извесно фактичко стање. Купопродаја као таква не мења фактичко стање (самим уговором), али рађа захтев да се фактичко стање промени. Напротив, фактичко стање државине изазива правне последице, као што су на пример заштита итд. Према томе државина није право, него фактичко стање заштићено правом.[1]

Државина представља један друштвени однос поводом ствари који се манифестује у релативно трајној фактичкој власти субјекта на ствари. Тај однос има за циљ коришћење ствари. У нашој правној теорији се говори о тзв. економској власти,[2] а држалац се изједначује са економским власником ствари.[3]

[1] Ч. Рајачић, Стварно право, I дио, Загреб, 1956, стр. 8.

[2] А. Гамс, *Основи стварног права*, Београд, 1966, стр. 237.

[3] Д. Стојановић, *Нови концепт државине* (члан 70. Закона о основним својинскоправним односима), Гласник Правног факултета у Крагујевцу (1970-1980), 1981, стр. 84.

Има аутора који државину изједначавају са економским искоришћавањем ствари.[4] Свака државина је релативно трајан друштвени однос фактичке власти, однос друштвено релевантног фактичког припадања објекта неком субјекту (економско власништво).[5] Државина се састоји у томе да се има нешто у својој спољашњој власти.[6]

Иако државину дефинишемо као фактички однос поводом ствари, није сваки фактички однос државина у правном значењу. Да ли је неки однос државина или није зависи од услова утврђених правним нормама одређеног правног поретка. И оно што се традиционално назива детенцијом представља неки друштвено релевантни однос фактичке власти, фактичког припадања објекта субјекту, али није државина. Није то зато што не задовољава критеријуме које постављају правне норме. Само они односи фактичке власти, фактичког припадања који имају специфична својства по којима их поједини правни поредак квалификује као државину, по критеријуму који је сам за то поставио јесу државина, док остали то нису.[7]

Државина као фактички однос, је и правна установа, јер правни поредак за њу везује значајне правне последице. Стога се државину каже да је чине спој фактичког и правног. [8] „Државина је једно особито стање, ни чисто право, нити пак правно индиферентна појава".[9]

Државина је правна установа јер јој то својство признаје одређени правни поредак. „У сваком друштву се не признаје посједом нити сматра посједником сваки појединац који има ствари у својој власти, који их користи и фактички ужива, који се налази у одређеном просторном односу према њима. Мада у суштини факат, а не право, сваки фактички однос није самим тим и посјед у правном смислу. Тек онај фактички однос који је у датом друштву признат као посјед ужива његове предности, а пре свега правну заштиту".[10]

Фактичка власт која у уобичајеним дефиницијама фигурише као појмовни елемент и критеријум државине, само је типолошко обележје државине: елемент који је најчешће, али не увек потребан да би државина постојала (на пример, није потребна у случају тзв. спиритуализоване државине). О томе које

[4] Према В. Спаићу : „Посјед као облик економског искоришћавања ствари, претходио је праву и можемо га сматрати првим појмом имовинског права, (В. Спаић, *Проблем задржавања института посједа у нашем праву*, Народна управа, Сарајево, бр.11-12/1966. стр, 366); М. Ведриш, истиче: „Посјед као фактички однос треба да послужи економском искоришћавању ствари" (М. Ведриш, *Основе имовинског права*, Загреб, 1976, стр. 108), Р. Легрaдић, наводи: „Државина или посјед је базична страна својине, њен економски садржај лишен правне надградње." (Р. Легрaдић, *Теорија стварног права и стварно право ФНРЈ*, Скопје, 1957, стр, 127.).

[5] Н. Гавела, *Посјед ствари и права*, Загреб, 1990, стр.5.

[6] Г.В.Ф. Хегел, *Основне црте филозофије права*, превео Данко Грлић, Сарајево, 1989, стр.95.

[7] Н. Гавела, *op. cit*, стр. 5.

[8] F.C. Savigny, *Das Recht des Besitzes, VII Auflage*, Wien, 1865, стр. 43.

[9] Л. Марковић, *Грађанско право, општи део и стварно право*, Београд, 1927, стр. 292.

[10] С. Крнета, *Улога и значај посједа у нашем праву, докторска дисертација*, Сарајево, 1963, стр. 48.

ће се ситуације сматрати државином не одлучују појмовни разлози, већ правнополитички: потреба да се међусобно различити случајеви подведу под исти правни режим (на пример, да се пружи истоврсна судска заштита или да се омогући стицање права одржајем).[11]

Државина као фактички однос субјекта поводом ствари који се успоставља ради коришћења ствари није субјективно право, али ни само једна чињеница. Државину чини скуп чињеница, тј. чињенично стање које временски дуже траје. Коришћење ствари се у случају државине не састоји из једног акта, па се стога, државина и дефинише као фактичко стање, а не као чињеница, јер је појам фактичко стање шири од појма чињенице.[12]

Државина је фактички однос лица према ствари (који не значи да мора постојати ефективна фактичка власт лица у односу на ствар) за које правни поредак везује одређене правне последице, међу којима је најзначајнија та да му пружа правну заштиту без обзира да ли је тај однос настао на правном основу или без правног основа и без обзира да ли је држалац савестан или не. Основно обележје државине, које важи без изузетка – без обзира на њене квалитете или врсте је њена правна заштита коју јој обезбеђује правни поредак. Државина има велики значај у стицању, одржавању и губљењу стварних права. Ово њено својство је можда значајније, од оног да се државини пружа посебна, брза судска и вансудска (самопомоћ) заштита.

Државина се у правној теорији, уобичајено дефинише, као фактичка власт на ствари, што није у потпуности адекватно, јер државина постоји и у оним случајевима када држалац не остварује никакву фактичку власт на ствари, па чак и у случајевима када држалац није свестан да ствар која је предмет државине уопште постоји (спиритуализована државина). Фактичка власт на ствари само је један, али не и неопходан услов за појам државине. Државина представља правно релевантни однос или правно стање за које правни поредак везује одређене правне последице и пружа јој посебну правну заштиту.

У одређивању појма државине у правној теорији су се издиференцирале две конструкције државине у зависности од броја потребних елемената за њено одређење. Према римској, субјективној конструкцији државине за појам државине је потребно да постоји, фактички однос поводом ствари (*corpus possessionis*) и воља одређене садржине (*animus possidendi*) која се кроз историју јављала у различитим облицима, као воља да се ствар држи као своја (*animus rem sibi habendi*) или у случају квазидржавине када је постојала воља да се ствар држи као туђа (*alieno nomine detinere*). За германску, објективну конструкцију државине која је прихваћена у нашем позитивном праву, за појам државине је довољно само да постоји фактички однос према ствари, док воља није саставни део дефиниције појма, што не значи да она и у овом случају није потребна. Воља је имплицирана у појму фактичког односа, као тзв. „природна" воља за држањем ствари.

[11] *Лексикон грађанског права*, Београд, 1996, стр. 136.

[12] М. Ведриш, *Основе имовинског права*, Загреб, 1976, стр.108.

Оно што је заједничко обема конструкцијама државине је да она ужива посебну правну заштиту, без обзира да ли се заснива и врши на основу субјективног права или без правног основа и да ли је држалац савестан или не.

2. Појам и врсте државине према Законику за Кнежевину Србију из 1844. године

Грађански Законик за Кнежевину Србију из 1844. године у § 194. дефинише државину на следећи начин: „Кад једну ствар држиш, и воље имаш задржати је за себе и то згодним знаком означиш и покажеш, ти си држалац или притежалац".

Из наведеног члана, на први поглед, се види, да законодавац не прави никакву разлику између државине и детенције, притежања. Аустријски грађански законик по чијем је узору рађен Србијански грађански законик, државину дефинише на прецизан начин и садржи поуздане критеријуме за разграничење државине од детенције. Тако у § 309. стоји: „ Ко има неку ствар у својој власти или на чувању зове се њен придржник. Ако придржник неке ствари има вољу да исту ствар као своју задржи, онда је он њен држалац". За разлику од србијанског аустријски грађански законик разликује детентора, придржника од држаоца, тако што код првог, нема воље да се ствар држи као своја, као што је то случај код држаоца.

За појам државине су према римској конструкцији, коју прихвата СГЗ, потребна два елемента фактичка власт или *corpus* (држање ствари) и државинска воља или *animus domini* (да се ствар држи за себе. У Србијанском грађанском законику, је први елеменет *corpus*, дефинисан речима „кад једну ствар држиш", а други елемент, *animus domini*, дефинисан речима, „и воље имаш задржати је за себе" и „држиш као своје" у § 199, с тим што није као код Аустријски Грађански Законик, направљена разлика између државине (за коју су потребна оба елемента и *corpus* и *animus*) и детенције или притежања, за коју је потребан само један елемент, *corpus*, фактичка власт на ствари. У, поменутом § 198, СГЗ, су ова два појма изједначена и користе се као синоними, што је значајан недостатак, јер су ова два појма различита. „Разликовање појмова државине и притежања (детенције) је требало извршити због различитог правног дејства ових облика фактичке власти, а поготово што постојање и самостална заштита државине није била позната српском обичајном праву. Фактичка власт је основа из које произилазе и државина и детенција, што захтева њихово прецизно разграничење. Друго је питање „технике" тог разграничења. Хаџић је из детенције као шире фактичке власти издвојио државину, док је детенција као природна фактичка власт (голи факт) остала без правне регулативе".[13]

[13] М. Лазић, *Правна дејства државине према Српском грађанском законику*, Зборник радова правног факултета у Нишу, посвећеног, „Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994.)", Ниш, 1995, стр. 177.

Разликовање између државине и детенције, притежања, је требало учинити у § 198. јер док се у случају државине фактичка власт врши у своје име, код детенције се она врши у туђе име (*animus alieno nomine tenedi*). С друге стране детенција не ужива самосталну правну заштиту и на може довести до стицања права својине одржајем као државина која има одређене квалитете.[14]

Иако су појмови државине и детенције изједначени у §198.у § 209. чини се да је дошло до њиховог разграничења тако што се детентор назива „онај чијим именом когод ствар држи".[15]

Последица оваквог схватања је и изостанак решења које је постојало у Аустријском Грађанском Законику, § 318. према којем „детентор који неку ствар не држи у своје име, већ у име другога, нема још никаквог правног основа за заузимање ове ствари у државину. Он нема овлашћења да основ по коме чува ствар, самовласно промени, и да тиме за себе присваја правни основ, али онај који је до тада ствар у своје име законито држао, може своје право државине другом да уступи и исту ствар у будуће у име другога држати."[16]

Воља да се ствар задржи за себе (*animus rem sibi habendi*), је према СГЗ карактерно обележје државине, чиме се сужава појам државине и она своди на својинску државину. Из ове законске одредбе произилази да је за појам државине потребна „фактичка својинска воља".[17]

Пошто је државина ствари према § 198. СГЗ, условљена вољом која има за последицу да лице ствар држи за себе као власник, држаоцима ствари не могу се сматрати, она лица која имају детенцију ствари, али којима недостаје поменута квалификована воља. Тако се према решењу усвојеном у СГЗ не могу сматрати држаоцима, ствари: узуар, плодоуживалац, послугопримац, закупац, заложни поверилац који држи заложену покретну ствар, оставопримац, секвестар и пуномоћник коме је поверена управа са ствари (§ 574 и 609).

У наведеним случајевима детентор ствари нема намеру да са ствари коју држи поступа као њен власник. Његова је воља управљена само на вршење права, које му припада (или на испуњење своје обавезе као код, чувања или управе са ствари).

У многим од ових случајева може поред детенције ствари, постојати државина права, али ни тада детенција ствари не постаје државина ствари.[18]

Из наведеног се може закључити да СГЗ, у § 198, под државином ствари подразумева само својинску државину ствари, а да друге облике фактичке власти не спомиње.

---

[14] Према једној судској одлуци: „држање беглучког земљишта до 1919. године (ти држаоци су се третирали као детентори), не рачуна се као одржај за стицање власништва, па се до 6. Априла 1941. Године није могла стећи својина". (*Збирка судских одлука*, из 1972. Год. Књига XVII, св. 2. Одлука бр. 178.)

[15] § 209. Гласи: „Кад се два или више њих препиру о томе, коме државина ствари једне припада, до пресуде причување је суд, или онај чијим именом когод ствар држи."

[16] Аустријски грађански законик, § 319.

[17] Термин фактичка својинске воља употребљава, А. Ђорђевић у цитираном делу, стр. 18.

[18] А. Ђорђевић, *op cit*. стр. 18-19.

Анализирајући §198. СГЗ, Г. Гершић, се критички изјашњава поводом његове формулације „држалац је онај који једну ствар држи и *воље има задржати ја код себе*". Према њему „таква воља је правнички бесмисао јер очито је да и детентор и правни држалац имају вољу да ствар задрже код себе, а таква воља нема никакво правно значење. Воља јесте карактеран знак који разликује детенцију од правне државине, али каква воља? То треба у Законику јасно и несумњиво да се одреди, а то је могао и наш законодавац да учини да је добро разумео и схватио свој оригинал, и онда не би у § 198, казао „задржати је код себе", а у §199. „и то држим као своје", као да је то једно исто. Нема сумње да је детенција (просто држање) природна полазна тачка целе науке о државини и увек су правна наука и законодавства (Аустријски грађански законик, Пруски Ландрехт, Француски грађански законик, Саксонски грађански законик) тим путем ишла – само је наш законик у томе изузетак."[19]

А. Ђорђевић, сматра да је критика Г. Гершића на текст СГЗ, неоправдана јер израз „за себе" стоји у првом и свим каснијим изадањима Грађанског законика, осим у оном из 1879. године који је за основ своје анализе узео овај аутор. Израз „за себе" је очито штампарска грешка, тако да је имајући у виду ову чињеницу критика упућена редакторима Законика без основа.[20]

За појам државине према СГЗ потребна су два услова. Први је фактичка власт на ствари (*corpus*), а други воља да се ствар држи као своја (*animus domini*). Државина настаје тек када су оба услова, кумулативно, настала, а престаје нестанком једног од њих. Ово правило у Јустинијановим Дигестама гласи: „*Adipiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo, aut per se corpore.*"[21]

1. Фактичка власт (*corpus*) на ствари значи да се неко лице налази у таквом односу према одређеној ствари, да је ова потчињена његовој власти тј. да се она налази у његовој апрехензији. Под апрехензијом се подразумевају такве радње којима се заснива фактичка власт лица на некој ствари, тј. која му даје могућност да са њоме непосредно располаже. Могућност да се таква власт на ствари заснује разликује се од случаја до случаја и зависи од врсте ствари. С обзиром да постоје различите врсте ствари, тешко је поставити поуздана правила о томе у ком тренутку је настала фактичка власт, одн. када је она манифестована, постала видљива за сва лица. Према СГЗ, држалац треба да се налази у таквом положају да може да врши онакав утицај на ствар, какав одговара праву својине и да је могућност вршења утицаја на ствар трајне природе. За разлику од грађанских закона који су донети пре СГЗ, од којих неки прецизно дефинишу шта се сматра апрехензионом радњом; редактори СГЗ су пропустили да једном генералном клаузулом то учине, него примера ради набрајају неке од њих. На пример, Пруски, Саксонски и Аустријски грађански законик, утврђују појам апрехензије. Према Пруском законику: „спољна радња којом

[19] Г. Гершић, *Природа државине и основа њене правне заштите*, *op. cit.* стр. 59.

[20] А. Ђорђевић, Систем приватнога (грађанскога) права, посебни део I свеска Државина, *op cit*, стр. 18.

[21] Digestae, L, 3.1. D, 41.2.

каква телесна ствар долази под власт држаоца, назива се заузеће у државину. За то је довољна свака радња која новог држаоца поставља у такво стање да ствар сам или преко другог употребљава или располаже".[22] Према Аустријском грађанском законику се прави разлика на телесне и бестелесне ствари, а у оквиру телесних установљавају се правила за прибављање покретних и непокретних ствари. Тако се „телесне покретне ствари заузимају у државину физичким узимањем, одношењем или чувањем; непокретне пак заузимањем заграђивањем, обележавањем или обрађивањем. До државине нетелесних ствари или права, долази се употребом истих у своје име."[23]

За разлику од АГЗ, одговарајућа одредба у СГЗ није тако јасна.У њој се примера ради наводе неки случајеви стицања државине, на покретним непокретним и бестелесним стварима. Према § 199. „Тако ћеш од покретне ствари, као новца, хране, марве итд, држалац или притежалац бити, када то у рукама својим имаш, у својој кеси, врећи, у кући итд, и то држиш као своје, и то ће бити твоја државина; од непокретне пак ствари, као куће и кућишта, њиве, ливаде, воћњака, винограда, баште, воденице итд. онда си држалац или притежалац, кад заузмеш, обележиш, као заградиш, окречиш, засадиш, израдиш итд. Ако су ствари бестелесне, као права, онда ћеш држалац или притежалац бити, кад их уживаш у своје име".

Тумачењем ове одредбе евидентно је да су случајеви наведени егземплификативно, с тим што ће се за сваки случај појединачно доказивати да ли су испуњени услови предвиђени у наведеном параграфу. Када су у питању покретне ствари формулацију „имати у рукама" не треба схватити буквално, него тако да се има могућност да се ствар има у рукама. За непокретности се такође тражи могућност фактичке власти која треба да се манифестује неким спољним обележјем. Што се тиче уписа у земљишне књиге, одн. прибављање тапије, тај упис или околност да неко има тапију, нема значаја за државину као такву.

„Прибављање фактичке власти којом се заснива државина, може бити или *једностраним* актом држаоца, или по *споразуму* са оним који је дотле држао ствар у својој власти. Једнострано прибављање постоји у случају да се ствар до тада није налазила ни у чијој власти. Наравно да се и ствари које се већ налазе у нечијој власти могу једностраним актом прибавити мимо воље дотадашњег држаоца. Околност да се радња прибављања третира као неправни акт нема никаквог утицаја на чињеницу постојања државине, јер и крадљивац може бити држалац, ако се остваре услови под којима државина постоји. Редован случај стицања фактичке власти је прелазак ствари из државине једног лица у државину другог споразумом странака. То се чини предајом ствари јод стране једног држаоца другом тј. довођење ствари у такав положај према ствари, да се она власт која одговара појму државине, може да оствари."[24]

[22] Пруски грађански законик, § 50. 51, I,7.

[23] Аустријски грађански законик, § 312.

[24] Л. Марковић, *Грађанско право, општи део и стварно право*, Београд. 1927. стр. 290.

Фактичка власт на ствари-*corpus* не мора да се врши лично или непосредно од стране држаоца, него може и преко неког другог.

2. Државинска воља (*animus rem sibi habendi, animus possidendi, animus domini),* представља унутрашњи психолошки процес, једно субјективно психолошко стање. Она означава, свест о томе да се ствар налази у нечијој искључивој власти и да се она држи као да је држалац власник. Воља да се ствар држи као своја,"да се задржи за себе" како стоји у § 198. мора да се манифестује у спољашњем свету, мора бити видљива за сва трећа лица, из неких радњи држаоца у односу на ствар. Државинска воља треба да се објективизира, тако да сва лица добију спознају о њеном постојању.У том смислу је формулисан § 198."… и воље имаш задржати је за себе *и што згодним знаком означиш.* Иако је овај део законске одредбе непотребан, редактори су га додали да би се нагласила чињеница, да је неопходно да се воља обелодани да би се могла са сигурношћу у сваком конкретном случају утврдити. Овакав захтев у погледу манифестације државинске воље не постоји у Аустријском грађанском законику, али је њихова доктрина и јуриспруденција сагласна да је она неопходна. Ако је воља конститутивни елемент државине, „судија ту вољу може познавати и признавати само на основу њеног спољњег манифестовања, а не на основу унутрашњег психолошког хтења, које му не може бити познато".[25]

Државинску вољу – *animus* према СГЗ има онај ко користи ствар као сопственик, тзв. својински држалац. „Карактеристика воље у српском праву је у томе што је то *animus domini* римског и пандектног права, а не намера да се држи ствар за свој рачун као у француском праву. Зато је у српском праву само оно лице држалац које ужива ствар као сопственик, па било да је он сопственик или не".[26]

Из чињенице да је за појам државине потребна државинска воља, произилази да државину може имати само оно лице које је у стању да изјави правно релевантну вољу. Држаоци не могу бити лица која нису пословно способна (малолетна лица и душевно болесна лица) јер не могу изјавити вољу да ствар држе и уживају као своју.Лица са ограниченом пословном способношћу (малолетници од 7-21.године распикуће и удате жене) могли су имати државину, јер то стање им доноси само користи, а не штету. Правна лица такође могу имати државину, с обзиром да имају пословну способност.[27]

Поред државине ствари која је дефинисана у § 198. у наредном 199. параграфу утврђују се нека правила која се односе на *државину права (quasi possessio ili juris possessio).*

[25] М. Бартош, *op. cit.* стр. 56.

[26] Л. Марковић, *op cit.* стр. 292.

[27] Ово је мишљење у нашој правној теорији заступао Л. Марковићу цитираном делу на стр. 292. Супротног је мишљења А. Ђорђевић у цитираном делу, стр. 63, који сматра да су „за стицање државине неспособна мала деца, душевни немоћници и правна лица, јер сва ова лица немају природне способности да имају своју вољу, а воља је битни састојк државине".

„Ако су ствари бестелесне, као права онда ћеш држалац или притежалац бити, кад их уживаш у своје име". Ова стилизација није добра јер би требало да стоји „ако су ствари бестелесне или права" као што исправно стоји у Аустријском грађанском законику (§ 312). Иако се овом одредбом не дефинише државина права, него њено прибављање значи да је СГЗ ипак прихвата као реалност.

И за државину права потребно је постојање *corpus-a,* који се манифестује у вршењу (уживању) садржине неког конкретног стварног права и *animus,* који представља вољу или свест да се садржина тог права врши за самог себе или у своје име.

Поставља се питање која то права према СГЗ, могу бити предмет државине. Неспорно је да предмет државинских права не могу бити, апсолутна лична права, породична и наследна права.[28]

Нема сумње да имовинска права могу бити предмет државине, али се поставља питање односи ли се то на сва имовинска права или не. „Предмет државине могу бити она права која допуштају да им се садржина трајно (тј. понављаним радњама) врши. Континуитет права је, услов за способност тог права да буде предмет државине. По томе не могу бити предмет државине она права која се не могу више од једанпут вршити, којима дакле само једно вршење сву садржину исцрпљује, те услед тога и престају да постоје".[29]

Од стварних права предмет државине права могу бити све службености, јер се врше континуирано, (државину на њима признаје СГЗ у § 929), реални терети *(servitutus realis onus reale)*, јер се они могу трајно или макар више од једног пута вршити, антихреза (*reum*).

У погледу заложног права на покретној ствари, као предмета државине, постоји спор у правној теорији. Док једни сматрају да заложно право на покретној ствари не може бити предмет државине, зато што се битна садржина тог права, а то је продаја заложене ствари ради измирења повериочеве тражбине, врши само једним актом, чиме му се садржина исцрпљује,[30] други сматрају да заложни поверилац има државину права зато што ствар држи (као детентор), са вољом да права која му припадају врши за самога себе.[31]

Велики број аутора тога доба сматрао је да тражбена (облигациона) права могу бити предмет државине, под условом да се трајно могу вршити (на пример, право послуге, закупа, најма, право на периодична давања). На против, предмет државине не могу бити она права, која се једним актом извршавају (на пример, права из уговора о зајму, купопродаји и сл).[32]

Предмет државине права могу бити интелектуална права, као што су ауторско и право индустријске својине.

---

[28] А. Ђорђевић, у цитираном делу стр. 139, сматра да и породична права могу бити предмет државине права.

[29] А. Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права, посебан део*, Београд, 1903. стр. 139.

[30] А. Ђорђевић, *op cit*, стр, 140.

[31] Унгер, *op cit*. стр. 553.

[32] А. Ђорђевић, *op. cit*. стр. 141.

Критику државине права у СГЗ, Л. Марковић је изложио на следећи начин: „Кад се критички промотри систем Грађанског Законика, код овог питања о државини права, види се да је он и натегнут и нелогичан. Он уосталом није ни могао бити логичан, пошто се јавио као последица сасвим једностране теорије римског права. Кад један принцип не ваља, онда и последице његове су махом рђаве. Тако се овај институт државине права провлачио вековима недирнут као једна заоставштина римског права, мада је требало одавно са њим ликвидирати. Српско право би приликом израде новог Грађанског Законика (по узору на Немачки грађански законик), требало сасвим да напусти државину права, што је готово сигурна ствар".[33]

У погледу врста државине с обзиром на квалитете, државина према СГЗ може бити: правична (законита) или неправична (незаконита) и савесна (поштена) или несавесна (непоштена). Параграф 200. у којем се дефинише правична и неправична државина је у Законику конфузна и неразумљива па је треба прихватити са резервом. „Државина онда је тврда и има силу и важност, кад је правична тј. на праву основана, која ће онда бити, кад туђа права с тим остају невредива нити се нарушавају". Требало би да се под правичном или законитом државином подразумева она која је стечена правним послом, а не као што је горе наведено. Савестан, држалац је онај „који једну ствар држи као своју, не знајући да је туђа, а онај који пак зна или по околностима дознати може да је она ствар туђа, и опет је не пушта, онај поштено не мисли, и јест непоштен или бесавестан држалац или притежалац".[34]

Разликовање државине на закониту (правичну) и незакониту (неправичну) као и на савесну (поштену) и несавесну (непоштену) је од значаја за прибављање својине путем одржаја.

3. Државина права према Закону о основама својинско-правних односа из 1996. године

У правној теорији се државина права различито дефинише. Обично се узима да се државина права у односу на државину ствари разликује по обиму, ширини фактичке власти, по положају титулара државине права и тд. Бројне су контроверзе у погледу разумевања и тумачења суштине државине права. Неки аутори полазе од тога да је државина права појам који се суштински разликује од појма државине ствари, а други јој одричу било какву специфичност у односу на државину ствари, и изједначавају је са државином ствари. Државина права је нарочито критикован појам у вези са римском конструкцијом државине, према којој се сматра да је државина права сувишан и непотребан појам.[35]

[33] Л. Марковић, *Грађанско право, општи део и стварно право*, Београд, 1927, стр. 330-331.

[34] СГЗ, § 203.

[35] А. Гамс, *Основи стварног права*, Београд, 1980. В. Спаић, *Основи грађанског права,* Сарајево, 1960. Стр. 108.

У римском праву се изједначавало право својине, са ствари на којој постоји то право. Стога, државина ствари, није ништа друго него, државина права својине, па нема никакве разлике између ова два појма. Државина права је била непотребан појам и због тога што се третирала као државина „бестелесних ствари". Појам државине права у римском праву био је установљен ради заштите детентора и прихватају је сви правни системи како они који усвајају римску тако и они који се приклањају модерној конструкцији државине.

Као стварноправни појам (у смислу делимичне фактичке власти на ствари) државину права познају сви савремени грађански законици. При томе неки о државини права говоре на један општи начин (као наш Закон о парничном поступку), други говоре о државини појединих права, као на пример права службености (наш ЗОСПО, грађански законици Немачке, Швајцарске, Грчке, Пољске итд.), док је трећи изричито на спомињу али је несумњиво да је с обзиром на општи појам државине који усвајају, и они познају.[36]

Државина права се обично дефинише као ужа, делимична фактичка власт на ствари која по обиму одговара садржају неког права ужег од права својине, за разлику од својинског држаоца, који има најширу фактичку власт на ствари која по обиму одговара садржини права својине.

Државина права је у ствари фактичко вршење садржаја неког права изведеног из права својине.

Закон о основама својинскоправних односа, прихватањем германског појма државине права сужава круг државине права који је доминирао у традиционалној римској конструкцији државине, и своди је само на државину права стварне службености. Према члану 70. став 3, „државину права стварне службености има лице које фактички користи непокретност другог лица у обиму који одговара садржини те службености". Остали облици државине права, поред стварних службености, који су се у нашој дотадашњој правној пракси третирали као државина права (реални терети, право грађења, право коришћења на средствима у друштвеној својини, државина наследника; трајни облигациони односи као што су: право на исплату ренте, камате из дугорочног уговора о зајму, захтев за пропуштање; као и они облигациони односи везани за државину ствари и њиховом употребом, као што су: закуп, послуга, куповина на пробу, продајни комисион, шпедиција, превоз, остава и сл.) сада се сматрају државином ствари(непосредном или посредном).

Појам државине права је усвајањем, германске конструкције у ЗОСПО, знатно сужен у односу на романску, субјективну конструкцију државине. Као државина права не третирају се више случајеви у којима неко има ствар у детенцији, јер се детентори сматрају држаоцима ствари. Детентор није држалац права него непосредни држалац ствари, јер на њој врши непосредну фактичку власт. „Тиме што је усвојена германска државине није престала свака потреба за државином права. Потпуно напустити могућност државине права, значило би да уопште није држалац онај који извршава садржај неког права у

[36] О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1989. стр. 38.

погледу туђе ствари иако саму ствар нема у детенцији. Онај ко има службеност видика преко туђег земљишта, нема детенцију земљишта, он не врши фактичку власт, у погледу тог земљишта, па није држалац ствари. Без државине права он не би могао уживати државинску заштиту нити би могао одржајем стећи право службености које извршава. Да се то не би догодило, савремена права, иако у основи прихватају германску конструкцију државине, ипак у неком обиму признају и могућност државине права. Тако Немачки грађански законик, у § 1029. и 1090, регулише државину права стварних службености на непокретностима.[37] Из истих разлога познаје и швајцарско право државину права стварних службености и реалних терета (члан 919. став 2. и 781. став 3, Швајцарског грађанског законика)".[38]

Наше право, ЗОСПО, познаје државину права, само када је у питању државина права стварне службености. У поступку доношења ЗОСПО, у првом предлогу Закона, државина права, није се уопште регулисала, да би се касније због примедби једног дела теорије и праксе, нормирала у ставу 3 члана 70. као „државина права стварне службености". Поводом тога се у образложењу ЗОСПО, наводи: „С обзиром на чињеницу да је било много примедби из праксе због напуштања појма државине права, који је као институт постојао у нашем праву, и за који су се многи учесници у расправи поново определили, концепт државине који је Предлог прихватио допуњен је, у Предлогу у ставу 3 члана 70, одредбом која предвиђа могућност државине права стварне службености за лице које фактички користи непокретност другог лица у обиму који одговара садржају те службености. Тако је попуњена празнина из првобитног текста и институцијом државине права стварне службености, тако да су сада одредбе о државини комплетне".

Код државине права стварне службености, титулару службености, власнику повласног добра, признаје се државина права због тога што он врши садржај неке стварне службености, обављањем одређених радњи на послужном добру или захтевањем да се власник послужног добра суздржава од обављања одређених радњи које би он иначе имао право да обавља као власник на својој непокретности (члан 49. став 1.). Титулар службености, у ствари остварује своје стварно право на туђој ствари (*ius in re aliena*), дакле једно ограничено својинскоправно овлашћење у виду употребе туђе ствари, на основу чега њему, посебно и одвојено не припада државина ствари него државина права употребе

[37] Према члану 1029. НГЗ, за заштиту државине стварних службености потребни су следећи услови: 1. Да је службеност уписана у земљишне књиге у корист власника повласног добра. Штити се сваки држалац повласног добра, као што су, на пример ,уживалац (узиар) или закупац, а не само власник, па се и они у односу на право службености, сматрају држаоцима права.; 2. Да је држалац повласног добра у протеклих годину дана бар једном користио послужно добро. У случају, да је власник повласно добро дао у закуп, државина права службености припада закупцу који се онда појављује као непосредни држалац права. Осим овог случаја немачко право не познаје државину права.

[38] Н. Гавела, О посједу с обзиром на уређење које је успоставио Закон о основним власничкоправним односима, *op. cit.* стр. 59.

туђе ствари у одређеном правцу, тј. „у обиму који одговара садржају те службености" како се то наводи у члану 70. став 3.[39]

За разлику од фактичке власти држаоца ствари, фактичка власт држаоца права стварне службености није потпуна власт. Фактичка власт држаоца стварне службености (послужног добра), ограничена је оквирима фактичког коришћења непокретности за потребе друге непокретности (повласног добра). Фактичка власт држаоца послужног добра ограничена је утолико што он трпи да лице које има државину афирмативне стварне службености на његовој непокретности, предузима на њој акте који одговарају садржини односног права стварне службености. Исто тако ако неко лице има државину права негативне стварне службености на његовој непокретности, његова је фактичка власт на тој непокретности тиме ограничена утолико да он због ње пропушта на непокретности коју држи, да чини оно што би иначе могао чинити.

Стицање права стварне службености делује ограничавајуће на власника послужног добра који и надаље има фактичку власт на својој непокретности, али је она садржински ограничена фактичком влашћу лица које је власник повласног добра, и који има право стварне службености на послужном добру. Конструкција појма државине права стварне службености је донекле слична конструкцији посредне државине, али се од ње разликује. „Државина права није посредна државина послужног добра, али као и она може постојати само кроз специфичан однос са држаоцем тог добра, у коме је овај други фактички подређен (добровољно или не) држаоцу повласног добра. Та подређеност је садржајно другачија (он не признаје вишу власт, него другачију власт; он није у ситуацији да једнога дана изручи ствар, него у ситуацији да треба да трпи односно пропушта на својој непокретности оно што иначе не би трпео или пропуштао."[40]

Државина права стварне службености стиче се фактичким вршењем овлашћења која чине садржину тог права независно од воље власника послужног добра. Насупрот предратним правним правилима која су се примењивала до доношења ЗОСПО за стицање државине права претпостављала се и воља (одобрење) власника послужног добра. Према ЗОСПО члан 70. став 3, не захтева се воља власника послужног добра као услов за стицање државине права стварне службености. То значи да власник повласног добра може стећи државину права стварне службености и против воље власника послужног добра, па и силом, преваром и злоупотребом поверења. И таква државина под одређеним условима ужива државинску заштиту (члан 78. став 2), с тим што таква државина не доводи до стицања права стварне службености по основу одржаја.

Да би се стварна службеност стекла одржајем потребно је да власник повласног добра фактички остварује стварну службеност у времену од 20 година, а да се власник послужног добра вршењу службености за то време не противи, као и да стварна службеност није вршена злоупотребом поверења власника или држаоца послужног добра, силом, преваром или ако је службеност уступљена до опозива (истинита државина).

[39] Б. Визнер, *Коментар*, *op. cit*. стр. 463.

[40] Н. Гавела, *Посјед ствари и права*, *op. cit*. стр. 33.

Титулар стварне службености стечене одржајем која није уписана у земљишну књигу може своје право са успехом истицати и према савесном стицаоцу права својине на послужно добро.[41]

Државина права ограничена је према члану 70. став 3, ЗОСПО, само на стварне службености. Законодавац није предвидео могућност права државине реалних (стварних) терета иако је у члану 6. став 1. набрајајући стварна права навео и „право стварног терета". Из образложења Предлога ЗОСПО се да закључити да је законодавац тако поступио имајући у виду да ће „о томе одлучивати свака република, односно аутономна покрајина"[42]

У погледу права залоге, ЗОСПО не садржи посебна правила која би се односила на ово право. Грчки грађански законик поред права службености познаје и државину права у случају заложног права.[43] Поставља се питање зашто се залога не помиње ни у члану 70. став 2. као посредна државина нити као државина права залоге, у члану 70. став 3. Сложили би се са мишљењем Б. Визнера да се, „непружање државинске заштите заложном повериоцу оправдава тиме, што се у случају права залоге на непокретностима (хипотека) ово стварно право на туђој ствари стиче уписом хипотеке у јавну књигу (члан 64. став 1. ЗОСПО), а да заложена непокретност и даље остаје у државини хипотекарног дужника, па недостаје онај конститутивни елемент државине „вршење фактичке власти на ствари" (*corpus possessionis*), односно код државине права „фактичко коришћење непокретности другог лица", који постоји у случају државине права стварне службености. Код ручне залоге покретне ствари (*pignus*), додуше, постоји држање предмета залоге у рукама заложног повериоца, међутим, постојећи заложноправни однос има релативно кратко временско трајање, а поред тога, због могућности продаје заложене ствари ради намирења потраживања из њене вредности, на страни залогодавца не постоји увек захтев за враћање тако држане ствари, чије постојање је карактеристично за посредну државину".[44]

Нацрт Закона о праву својине и другим стварним правима Републике Србије из 1989, није предвиђао државину права стварних терета, али за разлику од Савезног ЗОСПО садржавао ширу дефиницију државине права према којој „државину права има лице које се према ствари понаша као да има неко право уже од права својине". (члан 215 став 2).

Посебан проблем представља одређивање појма државине (да ли је у питању државина ствари или државина права) у случајевима вршења права на испоруку електричне енергије из електрана, воде из водовода, топлоте из топлана,

[41] Закључак са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, републичких и покрајинских врховних судова и Врховног војног суда (Београд, 28 и 29.маја 1986), објављен у књизи Начелни ставови Савезног суда, републичких и покрајинских Врховних судова и Врховног војног суда, (1975-1990), књига И, Нови Сад, 1990, стр. 120.

[42] Скупштина СФРЈ, АС бр.93/23.

[43] С. Крнета, *Посјед*, Енциклопедија … *op, cit*, 1022. (85.).

[44] Б. Визнер, Коментар…, *op. cit*. стр. 464.

гаса из гасне мреже и сл. Према правилима која су важила до доношења ЗОСПО, овакви случајеви третирали су се као државина права и као такви уживали су правну заштиту. ЗОСПО није извршавање оваквих права регулисао као државину права, па је постојала бојазан да ће корисници оваквих услуга остати без државинске заштите. Овакви случајеви би се имајући у виду прихватање објективне конструкције државине у нашем законодавству, подвели под појам државине ствари, јер електрична енергија, вода, и сл. нису друго, до посебна врста ствари. Проблем је настао због тога што лица који су крајњи корисници оваквих ствари немају фактичку власт на њима, него ту власт имају они субјекти који их испоручују (електродистрибуција, водовод и сл.). Ове организације које имају у фактичкој власти овакве ствари, могу дати или ускратити њихову испоруку и док испорука не буде извршена оне су субјекти државине. Крајњи корисници нису држаоци тих ствари све док им оне не буду испоручене, па стога и немају право на заштиту државине за случај да испорука не буде извршена. На овај проблем као лошу страну објективне конструкције државине су још у фази израде Закона указивали неки аутори (Ч. Рајачић), али појам државине права, који се односио само на државину права стварне службености, није био проширен и на поменуте случајеве.

Судска пракса је, иако не уједначена, у оваквим случајевима признавала право на заштиту државине ствари, али не права на испоруку електричне енергије, воде и сл. (она заиста није у државини лица којој је требала бити испоручена), него објекта чијој функцији електрична енергија, вода и сл, служи.[45] На састанку представника грађанских одела окружних судова и Врховном суду Хрватске је закључено: „ Посједовна заштита коришћење електричне енергије, воде, плина, и сл. остварује се кроз заштиту посједа ствари у функцији којој служе (на пример кућа, стан пословна просторија и сл.)".[46]

Дилема у погледу квалификације државине у наведеним случајевима и даље је присутна како у правној теорији тако и у судској пракси. Има мишљења да се овакви случајеви ипак сматрају државином права.

„Иако је сасвим тачна тврдња да нови појам државине обухвата и већи број случајева ранијег појма државине права, ипак постоје неки случајеви који нису обухваћени објективним појмом државине, па их је требало посебно регулисати, поред државине права службености, што ЗОСПО није учинио. То су право на употребу тј. испоруку и узимање електричне енергије, плина, воде из водовода, топлоте из централног грејања или из топлане, „*air conditiona*", телефонске везе, телепринтера, заједничке антене и можда још које техничке

[45] Према једној судској одлуци „Чин затварања воде по туженом представља чин сметања посједа стана у смислу одредбе чл. 70. ЗОВО, јер је тим чином тужени изменио дотадашње посједовно стање коришћење воде по тужитељици у њеном стану (чл. 75. ЗОВО), Окружни суд Загреб, Гж-2353/84, од 12.4.1984, *Преґлед*, Наша законитост, 25/85, одл. бр. 43. У другом случају суд је одлучио: „ Онемогућавањем коришћења електричне енергије у гаражи тужитеља почињено је сматање посједа његове гараже (дакле ствари, а не права коришћења електричне енергије". (Окружни суд Загреб, Гж-7919/83, од 20.3.1984, *Преґлед,* Наша законитост, 25/1985, одл. бр. 42.

[46] Ј. Брежански, *Сметање посједа – проблеми заштите посједа*, Наша законитост, 9/1986, стр. 1249.

услуге модерног живота, које се садрже у вршењу тих права, а спречавање вршења ових права на употребу не мора бити извршено сметањем фактичке власти, тј. детенције односних уређаја (на пример, искључење довода воде изван стана, искључење струје, телефона итд. у односним централама и сл.).

Погрешно је схватање да се у овим случајевима ради о сметању државине ствари, јер су све те енергије у правном смислу ствари. Тачно је да су оне ствари, али те ствари су у поседу онога ко има на њима фактичку власт, тј. могућност да са њима располаже, да их даје или ускраћује, дакле у поседу су својих централа, а не својих корисника. Корисници имају право да исте узимају и постају поседници тих енергија, тек кад их узму, апрехендирају, уколико је истовремено не утроше, тј. анулирају (струја)".[47]

На овај проблем је указивао и Ч. Рајачић истичући да би по германској (објективној) конструкцији, која је прихваћена у ЗОСПО, право на употребу ових услуга морало остати без правне заштите сметања поседа, уколико се не би, и поред поседа права службености, признао и посед на употребу ових техничких услуга.[48]

Наша судска пракса у оваквим случајевима пружа државинску заштиту у облику заштите државине права. Према једној одлуци Врховног суда Србије, „тужилац није био у државини телефонских инсталација, јер оне припадају ПТТ организацији и она је имала државину инсталација, а тужилац би једино могао имати државину права на претплатнички однос, да је био у претплатничком односу. Пошто није имао претплатнички однос, он није имао ни државину права, па тужиоцу остаје да у одговарајућем административном поступку у смислу поменутих прописа оствари претплатнички однос. Тек након заснивања претплатничког односа са туженом ПТТ организацијом корисник телефона може имати државинску заштиту права на претплатнички однос".[49]

До доношења ЗОСПО у нашој судској пракси је појам државине права био тако широко тумачен да се државином права сматрало: право коришћења воде, право коришћења електричне енергије, право коришћења димњака, крова, државина права видика,[50] државина права на мир,[51] државина употребе права пролаза и државина употребе стана[52] и тд. Сложили би се са мишљењем С. Крнете да су се многи од ових случајева државине права могли правилније објаснити и изразити путем државине ствари.[53] Доследном применом одредаба

[47] Д. Стојановић, Стварно право, *op. cit.* стр. 25.

[48] Ч. Рајачић, *Посјед-образложење за римску конструкцију посједа*, Материјал израђен за Комисију за цивилни кодекс, стр. 3.

[49] Одлука Врховног суда Србије, Гзз.бр. 54/90, од 18, априла 1990. Збирка судских одлука књига 11, свеска I/1990. Одл. бр. 144, стр. 299.

[50] Окружни суд Шибеник, Гж, 409/72, од 26.9.1972, Преглед судске праксе „Наша законитост", 2, 1972.

[51] Окружни суд Нови Сад, Гж, 1347/64, „Билтен Врховног суда Србије", 1964, бр 3, стр. 24.

[52] Пресуда Савезног врховног суда Гж, 9/59 од 12.5.1959, Збирка судских одлука, књига IV св. 2. одл. бр. 231.

[53] С. Крнета, *Посјед и његова заштита у свјетлу судске праксе*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 6/1958, 116.

ЗОСПО, овакви случајеви се сматрају као државина ствари и као такви уживају правну заштиту. Свако ширење појма државине права изван случаја утврђених ЗОСПО, нема никаквог оправдања.

У погледу природе државине права постоје различита мишљења у нашој правној теорији. Према Д. Стојановићу: „Појам државине права"спиритуализира" дематеријализује појам државине права. Прво се појавила државина ствари као непроблематична, а државина права као проблематични изузетак. Али, ако се државина схвати као појавни облик права онда је државина ствари државина права, наиме, држалац својине као потпуног права, док је држалац права држалац једног ограниченог стварног права или права потраживања на употребу и коришћење ствари. Дакле да закључимо, државину права има лице које извршава садржај неког права са вољом да га извршава као своје право. Извршавање садржаја права постоји ако неко од другог захтева нешто као дужност и овај му то чини, или ако се неко туђом ствари служи у своју корист, а други то зна и трпи, или ако неко другоме забрањује да чини нешто што би овај био овлашћен да чини, а други услед те забране то пропушта"[54].

Према О. Станковић, државина права је ужа, делимична фактичка власт на ствари, која по обиму одговара неком другом праву чија је садржина у непосредној власти на ствари (плодоуживању, стварној службености, закупу, послузи); државину права, има на пример, плодоуживалац али и узурпатор плодоуживања, и онај ко за себе мисли да је плодоуживалац и тако се понаша; ималац стварне службености такође али и онај ко нема стварну службеност, а понаша се као да је има.

Очигледна је неприкладност израза „државина ствари" и „државина права": свака државина је у изнетом смислу фактичка власт на ствари (потпуна или ограничена) и у том смислу државина ствари; с друге стране, у истом смислу у коме се говори о државини права, може се говорити о државини права својине (уместо о државини ствари) те рећи да је свака државина-државина права. Није међутим, уобичајено да се говори о државини права својине, што је још једна последица поистовећивања права својине са својим објектом, његовог материјализовања и противстављања осталим правима.[55]

Мишљење да је државина права непотребан појам истиче, И. Кркљуш, по коме је „државина права стварне службености" само *terminus tehnicus* једне те исте релације – државине ствари.Обим државине права службености мора одговарати обиму који одговара садржини те службености, што је разумљиво, јер је службеност право тачно фиксирано према економској потреби рационалног искоришћавања непокретности. Разлике између права стварне службености и државине права стварне службености није, дакле у обиму, већ у основу. Ова последња може се креирати, рецимо, и узурпацијом.

Са мишљењем да је државина права непотребан појам, не би могли да се сложимо, јер појмови непосредна и посредна државина који су предвиђени нашим ЗОСПО (члан 70. став 1 и 2.) не обухватају све облике државине. За свео-

[54] Д. Стојановић, *Стварно право*, *op. cit*. стр.26.

[55] О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1989. стр. 38.

бухватан појам државине потребна је и државина права. Исправно је поступљено у нашем ЗОСПО у којем су равноправне обе поделе: подела на непосредну и посредну и подела на државину ствари и државину права. Оне се не поклапају и тек заједно до краја чине јасним општи појам државине у модерној конструкцији. Само једна подела зато није довољна:држалац ствари може бити како непосредни, тако и посредни држалац; с друге стране, као непосредни држалац може се појавити како својински држалац, тако и држалац права, одн. изведени држалац (на пример, држалац права стварне службености, власник повласног добра); најзад држалац права, може бити непосредни држалац (на пример, држалац права стварне службености, који користи послужно добро), али и посредни држалац (на пример, власник послужног добра изда ствар у закуп, држалац стварне службености, власник повласног добра, сада постаје посредни држалац).

Појам државине права садржајно употпуњује појам непосредне и посредне државине и неопходан је ради апсорбовања и оних случајева државине који не могу да се подведу под појам непосредне и посредне државине.

Danica Popov, Ph.D., Full professor
Novi Sad School of Law

Possession of rights in Serbian legal system

Abstract

Possession of rights in usually defined in legal theory as a narrow, partial and factual power over things, which corresponds in its scope to some right that is narrower than ownership. As opposed to an owner, who possesses a thing enjoying thereby the full legal power over things vested in ownership rights, possession of a right is vested in a possessor who exercises certain right that is narrower in its essence than the right of ownership. Possession of rights is therefore a factual performance of the essence of certain right deducted from the ownership right. The Law on Foundations of Property Law Relations of 1966 accepted the German notion of possession of rights and narrowed the one arising from the Roman tradition down to the possession of right to an easement. According to the article 70, para. 3 «A person shall have possession of the right to an easement when directly using the property of another to a degree conforming to the content of such easement». All other forms of possession of a right, which were treated as such in our prewar legal theory, are now justifiably considered as possession over a thing (either direct or constr uctive). Within the legal theory, there are confronted views on the nature of the possession of rights, which go to the extent that it is deemed an unnecessary notion. In our opinion, possession of rights is necessary since it completes in essence the notions of direct and constructive possession, and it absorbs all those cases which may not be regulated as issues of direct and constructive possession.

УДК 347.921.3
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 183-199

Др Марија Салма, доцент
Правног факултета у Новом Саду

УЧЕШЋЕ ТРЕЋИХ ЛИЦА У ПАРНИЦИ

Сажетак: *Учешће трећих лица у парници је својеврстан утицај на исход парнице, у том слислу што интервенијент без својства странке помаже странци којој се придружио будући да има правни интереса да она победи у спору. У раду је анализирано домаће и упоредно право (Немачке, Аустрије, и Мађарске). Заједничко је обележје у овим правним системима, да умешач може да предузме само позитивне, корисне радње за странку, и радње са којима се странка сагласава. Разлика постоји у погледу тзв. зависних и независних умешача (Мађарска, Аустрија). Код независних умешача њихове радње могу бити у супротности са радњама странке којој се придружио у поступку. У таквим ситуацијама умешач штити првенствено сопствени интерес. У домаћем праву та установа није предвиђена на тај начин, али се на сличан, примењује у случајевима умешача са положајем јединственог супарничара.*

Кључне речи: *Умешач, интервенијент, правни интерес, овлашћење умешача, дејство пресуде према умешачу, интервенцијско дејство пресуде, приговор несавесног вођења спора, умешач са положајем јединственог супарничара.*

Нема парнице без странака. Осим њих у парници могу учествовати и заступници, законски и вољни (пуномоћници) али и трећа лица. Она могу узети учешће у парници ради заштите сопственог интереса или пак ради заштите општег интереса. Стога разликујемо обичног умешача, умешача са положајем јединственог супарничара, интервенцију јавног тужиоца, интервенцију органа старатељства.

О сваком од видова интервенције биће посебно речи.

I. Учешће обичног умешача или интервенијента

Умешач је *треће лице* кога везује одређени правни интерес да се *спор* који тече између других лица-*странака*, разреши *на повољан начин* по странку на чијој страни се умешао. Он *помаже странци у спору*. Може *уместо ње да предузме неку радњу*, али и да *надзире* њен начин вођења поступка.

Око *разлога* за његово мешање постоје различита схватања. По једном, треће лице се меша у парницу јер има исти интерес као и странка на чијој се страни меша, односно да оно *нема различити интерес* у односу на интерес странке коју подржава, те мешање остварује у циљу да помогне странци. По другом схватању, мешањем у парницу умешач *жели да заштити неки свој интерес који је различит* у односу на интерес странке којој се придружио у парници.[1]

Посматрано са *процесног аспекта*, интереси странке и умешача се *поклапају*. Полази се од претпоставке, да ако умешач стоји на страни тужиоца или туженог интервенише у истом циљу, тј. да управо та страна победи у спору. Претпоставља се дакле да радње умешача предузете уместо странке уједно су у интересу и странке и умешача. Дакле, обоје желе успех у спору. *Материјално правно* гледано, интерес умешача у принципу не може бити *супротан* интересу странке.

Код тужбе трећег лица ради евикције, преносилац је обавезан да у својству умешача на страни туженог стицаоца свим могућим приговорима који му стоје на расположењу, отклони тужбу трећег лица. Његов интерес да тужени стицалац победи у спору у евикционој парници, налази се у томе, – што у случају губитка спора, односно победе трећег лица, тужиоца, – преносилац одговара за насталу штету уколико је стицалац био савестан. „Сукоб" између странке и умешача може да се појави на плану, која парнична радња је најподобнија за одбрану интереса странке, па и умешача. То може проистећи из различите квалификације спора, при чему странка има једну, а умешач другу квалификацију из чега би проистекле различите парничне радње. Нпр., један сматра да је потребно уложити компензациони приговор, а други сматра да је повољније уложити компензациону противтужбу.

У процесној литератури су се мењали разлози који су оправдавали учешће умешача у парници. Тако се истицало, да право на споредну интервенцију *није никакво право*, јер је грађански законик засновао интервенцију као такву и то најпре у корист државе.[2] Њени органи су морали узети учешће у постуку који је текао између странака, ако јој се учинило да је њихово располагање у супротности са принудним прописима.

[1] V. dr Szilbereky Jen и dr Névai László, *A polgári perrendtartás magyárazata, Kőzgazdasági és Jogi Kőnyvkiadó* (KJK), Budapest, 1967, стр. 223.

[2] V. Pollak, *Sistem des sterreichischen Zivilprozessrechtes*, Wien, 1906, стр. 141.

Чињеница је да споредна интервенција постоји и у корист споредног интервенијента, ради остваривања његових интереса. Она није за њега обавезна. Не може се неко принудити на споредну интервенцију. Самим тим, интервенција је постала *право.* Та чињеница је дала нову димензију његове улоге у парници. Он постаје неко ко контролише и надзире рад странке и покушава да помогне странци како би она успела у спору. Њен успех је истовремено и успех умешача.

Чак и када се ради о интервенцији у јавном интересу (од стране јавног тужиоца) законодавци подвлаче његово *право* да интервенише у парници која тече међу другим лицима.

Умешач – физичко или правно лице

Када се говори о умешачу као трећем лицу, има се првенствено у виду физичко лице. Има међутим, примера у процесним законодавствима да суд и правно лице које није учествовало као странка, а заинтересовано је за решење спора обавести о могућности мешања у парницу.[3] Најчешће се то везује за интервенцију органа старатељства, али интервенција правног лица није искључена и код тз. обичног мешања.

Умешач као лице које стоји изван страначког односа

Умешач је лице које увек стоји изван страначког односа. Будући да он не поставља сопствени тужбени захтев не може бити ни странка у парници. На њега се самим тим не односи материјално правно дејство пресуде. Оно што његов положај приближава положају странке је чињеница да њему на располагању стоје многа процесна права која имају само странке. Анализа његовог положаја нас доводи до закључка да су права и обавезе умешача редукована у односу на права и обавезе која имају странке у парници.

Странка не може бити истовремено и умешач. Могућа је међутим, ситуација да странка у току поступка цедира своје потраживање на друго лице, које у наставку поступка може да заузме њено место. Првобитна странка се тада може прикључити поступку као умешач. Такође, ако се сагласе обе странке, умешач може да заузме положај једне од њих, а првобитна странка може да постане умешач.

Поставља се питање да ли *код обичног супарничарства* може један од супарничара да пређе у умешаче? Имајући у виду да суд може на различите начине да реши спор према сваком од њих, и да је њихов међусобни положај различит, замислива је ситуација да један од супарничара поступи на неки од начина који смо навели као могућу опцију преласка из страначке позиције у позицију умешача.

[3] В. др. Сзилберекљ Јен и др. Névai László, *op. cit.* , стр. 222.

Када је реч о *законском заступнику*, може бити интересантно питање везе између њега и умешача. Може ли законски заступник из своје позиције прећи у позицију умешача?

Законски заступник је увек физичко лице, парнично способно, које у име и за рачун парнично неспособне странке предузима парничне радње. Његова овлашћења произилазе или из закона или на основу одобрења надлежног органа. Радње које предузима законски заступник производе дејство према заступаној странци По правилу, за странку која нема парничну способност саслушаће се њен законски заступник. Не могу обе странке имати истог законског заступника. Ако странку није заступао законски заступник или ако није имао посебно овлашћење за заступање то може бити разлог апсолутно битне повреде поступка.

Умешач, као што смо видели, може бити и физичко и правно лице. Он ступа у парницу уз парнично способну странку. Помаже јој и контролише њен рад. Он своја овлашћења црпи из закона (ЗПП-а или ЗБПО) или из страначке диспозиције (обавештавање о парници). Радње умешача производе дејство у парници уз одређена ограничења. Умешач може да иступи из парнице без образложења.

Неспорне су сличности између законског заступника и умешача али постоје и битне разлике. Чини се, управо због њих, да законски заступник не може да напусти своју позицију и пређе у позицију умешача.

Парнично неспособна странка не може самостално да предузима радње у парници. Да би процесно правни однос био допуштен таква странка мора имати законског заступника. Чак и у случају када би туженом био постављен привремени заступник иако је имао свог законског заступника јер је постојала супротност интереса, или ако су обе странке имале истог законског заступника, ранији законски заступник би могао да се умеша у спор. Али у том спору умешач би био само бивши законски заступник, кога је у текућој парници заменио други (привремени) заступник.

Правни интерес на страни умешача

Услов мешања је да треће лице, интервенијент, поседује правни интерес. Он се може односити на то да успе у спору странка на чијој страни је интервенисао. Правним интересом умешач може оправдати своју интервенцију у парници која тече између странака. Другим речима, он трба да докаже да постоји разлог за његову интервенцију.

Да ли постоји тај интерес суд процењује од случаја до случаја. Наравно, ради се о постојећем, а не о будућем интересу. Он је најчешће имовинско правни али може се тицати и личних права. Овај интерес увек постоји када се правна снага пресуде протеже и на умешача. Али ако пресуда делује ерга омнес па самим тим и на умешача питање је да ли би њему у таквом случају требало признати постојање правног интереса? Чини се, да би то значило, да баш свако треће лице може да се умеша у спор што сигурно није смисао процесне интервенције.

Постојање правног интереса по себи не значи и аутоматски могућност мешања у парницу. Тако на пример, у бракоразводној парници као и у поступку оспоравања очинства нису допуштена никаква мешања од стране трећих лица.

Разлог за интервенцију може бити и опасност да ће негативна одлука суда у процесу где се он умешао у парницу отежати обештећење његових потраживања према сранци .

Треће лице има правног интереса да се умеша у парницу и да би обезбедио *интервенцијско дејство* пресуде. Наиме, познато је да правноснажност стиче само диспозитив пресуде. Све оно што улази у образложење пресуде може бити предмет поновног расправљања. Међутим, у евентуалној новој парници између странке и њеног умешача он би могао да се позове на чињенице које је суд утврдио у ранијем поступку када је он учествовао као интервенијент, на одлуку суда поводом претходног питања на правно схватање суда. То представља значајан аргумент који оправдава укључивање трећег у парницу.

Време мешања

По правилу, умешач може ступити у парницу у току целог поступка, до његовог правноснажног окончања. Теоријски, умешач би могао да пријави своју интервенцију непосредно пре истека рока за жалбу и да уложи овај правни лек иако није пре тога учествовао у поступку. Такав интервенијент би се практично гледано, суочио са проблемом времена јер би његову изјаву о интервенцији требало доставити најпре суду, а он пак, обема странкама, што би сигурно пробило рок за изјављивање редовног правног лека. Међутим, то не значи да његова интервенција нема смисла. То стога што је мешање могуће и у поступку настављеном подношењем ванредног правног лека.[4] Слично, као и поводом жалбе, и овде се поставља практични проблем да ли умешач мора да пријави своју интервенцију до правноснажног окончања поступка да би могао да интервенише у постуку поводом ванредног правног лека?

За ступање у парницу није битно на који је начин теће лице сазнало за спор пред парничним судом. Обавештавањем о парници, на иницијативу странке, или на било који други начин.

Изјава о мешању

Своју интервенцију умешач мора да пријави *писмено-поднеском* или *усмено на рочишту*. Изјава умешача би требало да садржи *означење странке* у спору на чијој срани интервенише и *доказ о постојању правног интереса* за мешањем. Довољно је да свој правни интерес учини *вероватним*.

Изјава о ступању у парницу није тужба у формалном смислу. Никада парница не би могла да се покрене изјавом интервенијента. Најпре зато што то

[4] В. чл. 206. ст. 2. Закона о парничном поступку (ЗПП-а), Службени лист СФРЈ бр. 4/77 од 14. јан. 1977. са свим каснијим изменама и допунама.

може да учини само тужилац, а затим и стога што законодавац предвиђа учешће трећег лица у парници која већ тече међу другим лицима.[5] Има међутим мишљења у процесној литератури да би умешачу без обзира на формулацију законског текста требало дати могућност *да пријави своју интервенцију већ уз тужбу*[6]. До интервенције на страни туженог би могло доћи од тренутка достављања тужбе туженом.[7]

Чињеница, да изјава о учешћу у парници умешача не може бити иницијална парнична радња, за њу се не могу везивати ни процесно правна ни материјално правна дејства подношења тужбе суду и достављања тужбе туженом.

Подношењем тужбе суду, он проверава по службеној дужности да ли су испуњене *процесне претпоставке*. Једино у случају када би своју интервенцију умешач пријавио већ уз тужбу могао би да приговори недостатку процесне претпоставке те би то истовремено представљало корекцију правила о искључењу процесног дејства изјаве о учешћу у парници.

Достављањем тужбе туженом, парница почиње да тече. Од тог тренутка се успоставља процесно правни однос између суда и странака. Будући да тужбени захтев не може поставити интервенијент нити њиме располагати, интервенција умешача не може произвести литиспеденцију.

Испитивање допуштености мешања

Задатак је суда да испита да ли су испуњени услови за интервенцију трећег лица.

Провера постојања општих процесних претпоставки које се односе на страначку и парничну способност, без обзира што се ради о умешачу, би била неопходна. Суд не би смео да допусти трећем лицу да се умеша у спор ако ове процесне претпоставке нису испуњене.[8]

О постојању правног интереса суд мора да води рачуна током целог поступка. Ако су испуњени услови за интервенцију суд не може одбити мешање, али о њеној допуштености се неће изјаснити посебном одлуком (решењем).[9] Решење ће суд донети само ако странке оспоравају умешачу право интервенције, или ако суд утврди да умешач не поседује правни интерес. Против одлуке којом суд допушта мешање нема места посебној жалби[10], док против одлуке којом одбија мешање итервенијент може уложити самосталну жалбу.

Док решење суда којим се одбија учешће умешача не постане правноснажно, такав интервенијент може да настави са предузимањем парничних рад-

[5] В. чл. 206. ст. 1. ЗПП-а

[6] В. др Синиша Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Народне новине, Загреб, 1980. год. стр. 353.

[7] В. Поллак, *op. cit*. стр. 143.

[8] У том смислу и Lent-Jauernig, Zivilprozessrecht, *München und Berlin*, 1966. год. стр. 240.

[9] Супротно, dr Szilbereny Jen и dr Névai László, цитирано дело, стр. 228.

[10] В. чл. 207. ст. 2. ЗПП-а

њи. Те радње ће изгубити правни значај ако мешање буде коначно одбијено, осим ако их странка на чијој страни је дошло до мешања својом изјавом не прихвати као своје радње.

Противити се интервенцији може свака странка. Различити су мотиви из којих би се странке могле противити мешању. Тако се за противну страну сматра да се може противити мешању интервенијента јер би та странка за случај да изгуби спор морала и умешачу да надокнади трошкове поступка. Странка којој се придружио интервенијент, има разлога за противљење његовом учешћу јер престаје на неки начин да буде господар у сопственој парници што већина људи то тешко прихвата.

Заступање споредног интервенијента

Умешач као треће лице које се придружује странци у спору да би јој помогао и да би контролисао њен рад по правилу предузима парничне радње лично. Може се поставити питање да ли би код обичног мешања интервенијент могао да ангажује пуномоћника?

Анализа одредаба о пуномоћницима указују на то да странке у парници могу бирати да ли ће радње предузимати лично или преко пуномоћника. Оне могу изменити или опозвати изјаву свог пуномоћника, странке одређују обим пуномоћја, странка може опозвати пуномоћје.

Ангажовање пуномоћника и његова овлашћења у парници, види се, зависи искључиво од странке. На основу тога би могли закључити да обичан умешач будући да се појављује као треће лице, не би могао да овласти пуномоћника ради предузимања парничних радњи.

Одустанак од интервенције

Да би суд дозволио мешање у парницу трећем лицу оно мора пријавити своје учешће, тј. дати изјаву о ступању у парницу. Поставља се питање да ли треће лице може и одустати од интервенције из било којих разлога који му се учине оправданим за један такав корак и до када би то било оправдано да се учини?

Закони изричито не регулишу питање одустанка од интервенције. Ако се пође од тога да је интервенција обичног умешача ствар његове аутономије воље, произилази да би сопственом вољом могао и да одустане од даљег мешања. Као што може у току целог поступка до правноснажности, као и у поступку по ванредном правном леку да се умеша тако би до тог времена могао и да одустане од интервенције. То би могао учинити изјавом о иступању из парнице.

Каква би била судбина до тада предузетих радњи? Ако је суд дозволио интервенцију, чини се да нема разлога, само због тога што је умешач одустао од даље интервенције, да се одузме правно дејство раније предузетих парничних радњи.

Овлашћења умешача

Када ступи у парницу умешач је мора примити у оном стању у коме се она нашла када је њему дозвољено мешање[11]. Из ове законске одредбе проистиче да умешач не би могао да тражи да суд поново изведе доказ који је већ раније извео, или да предузме било коју радњу за чије предузимање је истекао рок или је прошло рочиште. У наставку поступка он је овлашћен да предузима *све остале парничне радње* у роковима у којима би те радње могла да предузме странка на чијој страни се умешао.[12] Овако широко законско уређење овлашћења умешача кориговано је одредбом која предвиђа да ће радње умешача производити дејство само ако нису у супротности са радњама странке којој се придрзжио у поступку,[13] или ако је странка пропустила да прдузме парничну радњу.[14] Друга корекција законског овлашћења на предузимање свих радњи у постуку, иако није у закону изричито наведена, проистиче из положаја који има умешач у парници. Он је само интервенијент који се умешао у парницу која тече између других лица да би помогао странци на чијој страни је интервенисао. Његова позиција у парници као трећег га не овлашћује да предузима диспозитивне парничне радње којима се управља поступком. Стога, он не би могао да се одрекне захтева, преиначи тужбу, призна захтев, закључи поравнање.

Има међутим, у процесној литератури становишта која о правном статусу умешачевих радњи заузимају другачији став. Правно дејсво могу по некада имати и радње умешача које су у супротности са радњама странке којој се придружио. То зависи од тога да ли се у конкретном случају примењује начело независности или начело зависности поступања умешача.[15]

Начело *независности* подразумева да умешач може самостално предузимати радње у поступку. Те радње могу бити и супротне радњама странке. Суд ће о њима заузети свој став приликом коначног одлучивања.

Примена *начела зависности* значи да парничне радње умешача не могу бити у супротности са радњама странке којој се придружио. Ако је радња супротна неће производити дејство. ЗПП Мађарске примену ових начела везују за расправу о субјективним границама правноснажности. Прави се разлика између пресуда чије се дејсто протеже и на умешача и оних пресуда које делују само између странака. Да ли ће се пресуда односити и на умешача зависи од конкретног материјано правног односа . Ако се правна снага пресуде протеже и на умешача, правно дејсто ће произвести и радње које су супротне радњама

[11] В. чл. 208. ст. 1. ЗПП-а. У том смислу и Artur Nikisch, *Zivilprozessrecht*, Mohre 1952. стр. 447.

[12] В. чл. 208. ст. 1 ЗПП-а.

[13] В. чл. 208. ст. 4. ЗПП-а.

[14] В. пар. 57. ст. 1 ЗПП-а Мађарске: 1952. évi III. törvény a polgári perrendtartásól, ступио на снагу 1. јануара 1953. године, са предреформским изменама из 1960, 1972. , и реформским изменама из 1995. г. – путем LX-ог закона. В., Polgári Törvénykönyv, Polgári perrendtartás, családjogi Törvény, Unio, Budapest, 1999, стр. 326-327, – Beavatkozás a perbe (Мешање у парницу), стр. 350.

[15] В. dr Szilbereky Jen и dr Névai Lászlo, *op cit*. стр. 233.

странке на чијој страни је треће лице интервенисало. И супротно. Немају правно дејство радње умешача које су у колизији са радњама странака ако се на њега не протеже дејство пресуде.

Циљ радњи умешача

Основни циљ интервенције умешача је *да помогне странци на чијој страни се умешао у поступку како би та странка успела у спору*. Он треба да помогне странци тако што ће отклонити нека негативна дејства њених радњи или ће надоместити радњу коју је требало да предузме странка. Такође, умешач и контролише рад странке што му може помоћи код евентулне парнице коју би касније, ако изгуби спор, помогнута странка могла против њега да покрене.

Када је реч о *надомештењу радњи*, које је пропустила да предузме странка нашу пажњу заслужују поједина питања. Тако на пример, ако је суд позвао странку ради *саслушања* као доказног средства, па се она није одазвала да ли би присутни умешач могао уместо ње да буде саслушан? Одговор је одричан. Умешач није странка па у том својству га суд никада не би могао саслушати. Али није искључена могућност његовог саслушања као *сведока*. Он може у парници да буде коришћен и као *доказно средство*.

Ако противник странке износи неку тврдњу на рочишту са кога је *изостала* странка која има умешача или је била пасивна на рочишту, истинитост те тврдње би суд могао да провери и кроз изјаву умешача.

Сваки пропуст странке би умешач могао да надомести својом радњом, уз услов да странка не изјави противљење тој радњи и да јој та радња може користити.

Ако је странка активна у парници њене радње и радње умешача морају бити синхронизоване. Умешач својим радњама мора да подржава радње странке на чијој се страни умешао у парници.

Ако је умешачева активност усмерена на доказивање недостатека процесних претпоставки о којима суд води по правилу рачуна по службеној дужности а странка о њиховој испуњености има другачији став без обзира на чињеницу да је меродаван став странке суд ће по службеној дужности проверити да ли су испуњене процесне претпоставке. Може се догодити да се став умешача и суда поклопи.

И код предлагања доказног средства ради провере чињеничних тврдњи став странке и умешача се може разликовати. Свако од њих може да предложи друго доказно средсво. То неслагање би могао да разреши суд јер су његова овлашћења код избора доказног средства знатно шира него код прикупљања чињеничне грађе. Суд би се могао определити за неко доказно средство које није предложила ни једна од странака и њихови умешачи.

Ако прихватимо категорију тз. *„самосталног" умешача*, оног на кога се проширује правна снага пресуде, све радње које би он предузео би производиле дејство без обзира да ли су у противности са радњама странке.

Оно што никада не може да учини ни „самосталан" ни „зависан" умешач јесте да располаже са тужбеним захтевом. Умешач ангажован на страни тужиоца не може да преиначи захтев, да се одрекне захтева. Умешач на страни туженог не може признати захтев, поднети противтужбу, уложити компензациони приговор. Умешач не може уместо странке пристати на поравнање. Не може се одрећи правног лека или одустати од већ уложеног.

Дејство пресуде према умешачу

По правилу, *пресуда* донета у парници се *не протеже на правни однос умешача и противника.* Изузетак је пресуда чије би се правно дејство проширило на умешача и без његовог мешања у парницу.

Пресуда не гласи на умешача али он мора бити у њој *означен као интервенијент.*

Интервенцијско дејство пресуде

Могуће је да странка на чијој страни је интервенисало треће лице изгуби спор. У таквој ситуацији она би могла, ако јој се учини да је умешач својим радњама или пропуштањима томе допринео, да поведе парницу против бившег умешача. Она би у новој парници била тужилац а бивши умешач тужени. Но, не постоји препрека да тужбу поднесе и интервенијент а да тужена страна у новој парници буде странка у спору на чијој страни је интервенисао садашњи тужилац. То стога што свако лице слободно процењује да ли су угрожена његова субјективна права и да ли ће заштиту тражити преко суда. Међутим, пошто се тужбени захтев мора односити на правни однос који је утврђен у ранијем поступку где је треће лице интервенисало као умешач, а странка је изгубила спор, теже је замисливо да се умешач појави као тужилац.

У новој парници умешач из ранијег спора и странка су везани правноснажном пресудом којом је суд решио претходни спор. Умешача, за разлику од странке, пресуда обавезује у ширем обиму. Обавезује га не само диспозитив пресуде, већ и одлука о претходном питању, чињенице које је суд утврдио, правно схватање суда. На такав начин проширено дејство пресуде се у литератури назива *интервенцијско дејство пресуде.*

Проширено дејство пресуде на умешача се оправдава ставом да је умешач у ранијој парници био у могућности да утиче на спор, и да је странка због његових пропуста изгубила парницу.[16]

Пошто неуспех у спору не мора увек бити последица умешачевих пропуста њему стоји на располагању *приговор несавесног вођења спора* (*exceptio male conducti processus*). Тим приговором бивши умешач може суду доказати да је странка изгубила спор јер је рецимо, касно обавестила умешача о парници, па он више није био у могућности због протека рока или рочишта да предузме

[16] У том смислу и Nikisch, *op cit*. стр. 448.

одређену парничну радњу. Могуће је и да се странка успротивила умешачевој радњи иако је он сматрао да је та радња у корист странке. По некада би и пасивно држање умешача у парници која је протекла, могло да му послужи као средсво одбране. Наиме, ако се он држао пасивно јер му није била позната одређена чињеница, а странка због своје грубе непажње ту чињеницу није изнела то би био довољан основ за улагање приговора.

Поређењем установа правноснажности и интервенцијског дејста пресуде видели смо да је интервенцијско дејство шире. Приказали смо на који начин се то изражава.

Када је реч о *побијању* правноснажне пресуде и интервенцијског дејства такође постоје разлике. Правноснажна пресуда се побија ванредним правним лековима а интервенцијско дејство пресуде приговором несавесног вођења спора.

Овлашћење умешача да уложи приговор несавесног вођења спора његовој улози помагача странке у спору придодаје и улогу контролора. Контолишући рад странке умешач њено понашање у спору може искористити ради сопствене одбране у новој парници коју би покренула странка против умешача.

И странка има интерес да путем установе обавештавања о парници или на други начин, позове умешача да јој се придружи у спору. Њен интерес се огледа у томе што обавештавањем умешача савесна странка обезбеђује интервенцијско дејство пресуде.[17]

Накнада трошкова

Око накнаде *трошкова* поступка постоје разлике у ставовима. Они иду од схватања да умешач не може бити осуђен на накнаду трошкова поступка пошто није странка у спору[18], до става да суд и умешача може да обавеже да их надокнади противнику странке којој је он помагао у спору. У неким ситуацијама умешач би био обавезан да надокнади трошкове обема парничним странкама.[19]

Ако радње умешача буду изискивале одређене трошкове поставља се питање да ли интервенијент има право да тражи од странке на чијој страни се умешао у спору да му она надокнади трошкове које је он својом интервенцијом претрпео?

Ако је странка и поред интервенијента *изгубила спор* она трпи вишеструку штету. Најпре, јер је њен захтев одбијен. Затим, она је у обавези да надокнади трошкове противној страни. Ту су и трошкови интервенције.

Умешачеве радње по правилу производе дејство само ако нису у супротности са радњама странке на чијој страни је интервенисао. Такође његове радње морају бити повољне за странку којој се придружио. Умешач чијом интервенцијом је странка изгубила спор зато што суд није понуђеним доказним сред-

[17] В. др Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, Савремена администрација, 1991. год. стр. 301.

[18] В. Синиша Трива, *op. cit*. стр. 356.

[19] ibid, стр. 356.

ствима дао ону доказну снагу коју је очекивао интервенијент, он би имао право да тражи од странке да и њему надокнади трошкове ако се странка са тим доказним предлозима сложила. То би међутим, погодило странку која је оспоравала учешће умешача а суд је ипак прихватио његово учешће. Таква странка своје противљење учешћу умешача не може изразити улагањем посебне жалбе.

Има међутим, ставова у процесној литератури који сматрају да би интервенијент сам требало да сноси трошкове поступка изазване његовом радњом, које су довеле до губитка парнице[20]

Ако странка којој се придружио интервенијент успе у спору, ствара могућност и умешачу да од противника који је изгубио спор накнади трошкове, у складу са правилима о накнади трошкова.

Обема сранкама би умешач требало да надокнади трошкове до којих је дошло безуспешним вођењем поступка ради утврђивања постојања његовог правног интереса за интервенцију.

У случајевима када се правноснажност пресуде проширује и на умешача, радње умешача могу производити дејство и ако су у супротности са радњама странака. Будући да тада правно дејство производи радња која је најповољнија за сранку и умешача, накнада трошкова би требало да се спроведе по правилима која важе за накнаду трошкова супарничара.

Споредна интервенција и тзв. главно мешање

О споредном умешачу је до сада било речи. Постоји међутим у неким страним законодавсвима а и нашем предратном закону и установа *главног умешача.*

Смисао главне интервенције је да треће лице са своје стране поднесе тужбу против тужиоца и туженог у парници која већ тече. Оно је самостална странка, поводом чијег захтева ће суд донети одлуку. Тужбом трећег лица обухваћени су као једна странка првобитни тужилац и тужени. Они су супарничари. По правилу треће лице се не меша у парницу која тече између првобитног тужиоца и туженог, већ му та парница даје само повод, да он са своје стране покрене поступак.

Суд може расправљање поводом обеју тужби да споји, а може и да застане са расправом поводом првобитног захтева и да најпре реши поводом захтева тзв. главног умешача. Када суд донесе пресуду поводом главне интервенције та пресуда ће бити од условљавајућег значаја за исход првобитне парнице. Ако суд усвоји захтев главног интервенијента аутоматски ће одбити захтев који је првобитни тужилац поднео.

Главна и споредна интервенција се не могу поредити. Основни разлог за то је што се код тзв. главног мешања и не ради о класичном мешању у спору. Може се међутим, поставити питање да ли би главни интервенијент могао да буде у некој другој парници споредни интервенијент? Да ли би суд могао само из разлога што је већ интервенисао као главни умешач на начин како смо при-

[20] в. Поллак, *op cit*. стр. 145.

казали, умешачу ускратити споредну интервенцију? Узимајући у обзир све што смо рекли о обичном умешачу, а посебно о правном интересу који он мора доказати да постоји да би му суд дозволио да интервенише у спору, чини се, да нема разлога да му суд негира постојање правног интереса само зато што се у некој другој парници појавио као главни умешач.

II Умешач са положајем јединственог супарничара

У процесној литератури се сусрећемо са установом споредног интервенијента који има *положај јединственог супарничара.*[21] Он није странка у спору, али има *положај странке.* Његов статус је посебан, па се и овлашћења овог интервенијента приближавају овлашћењима странке, а удаљавају од овлашћења обичног умешача.

Ако правно дејство пресуде треба да се односи и на умешача, он има *положај јединственог супарничара.*[22] Тако се у парници сувласника повласног добра против власника послужног добра ради укидања службености пролаза, други сувласник може умешати у парницу која тече између странака. Будући да је он сувласник непокретности, правно дејство пресуде ће се проширити и на њега-умешача. Зато такав интервенијент има шира овлашћења у односу на обичног умешача. Он може без сагласности странке на чијој страни интервенише да предузме парничне радње. Такође, може да предузме радње које су у супротности са њеним радњама. У случају да су радње супротне једна другој суд ће применити правила која важе за оцену парничних радњи које предузимају јединствени супарничари. Правно дејство ће произвести радња која је према мишљењу суда повољнија за све супарничаре. Ако странка пропусти да уложи правни лек он може уместо ње то учинити. Он може уложити жалбу иако се странка одрекла жалбе. Умешач се може противити признању тужбеног захтева. Посебно се у закону подвлачи овлашћење умешача са положајем јединственог супарничара да поднесе ванредни правни лек и у парници у којој до наступања правноснажности одлуке о тужбеном захтеву није учествовао као умешач.[23] Рок за правни лек се оваквом умешачу рачуна као да је јединствени супарничар. У случају потребе суд оваквог интервенијента не саслушава као сведока већ као странку. Ако у току поступка умре умешач са положајем јединственог супарничара суд ће прекинути поступак. Разликују се и његова овлашћења везана за накнаду трошкова поступка у односу на обичног умешача. Овај интервенијент, као и јединствени супарничари ће по правилу сносити трошкове на једнаке делове, осим ако трошкове није проузроковао својом кривицом. Тада ће бити у обавези и да их надокнади.

[21] V. Nikisch, *op. cit*. стр. 448. , чл. 209. ЗПП-а,

[22] В. чл. 209. ст. 1. ЗПП-а

[23] В. чл. 209. ст. 2. ЗПП-а

Чињеница да овај интервенијент није странка, не овлашћује га да располаже са тужбеним захтевом. Он не може повући тужбени захтев, одрећи се истог, преиначити га, признати захтев, закључити поравнање. Те диспозитивне парничне радње су резервисане само за странке.

Чињеница да се правноснажност пресуде протеже и на умешача са положајем јединсвеног супарничара, намеће питање да ли странка на чијој страни је он интервенисао, у случају губитка спора, може да поднесе тужбу против њега? Да ли се у том делу разликује положај обичног умешача у односу на умешача који има положај јединственог супарничара? Неспорна је чињеница да је интервенијент са положајем јединсвеног супарничара *умешач* у парници, али је неспорна и чињеница да се дејсво правноснажне пресуде протеже и на њега. Такође је неспорно да ни овај умешач не може да предузме парничне радње којима се диспонира тужбеним захтевом, али ни странке саме не могу да их предузму ако се са њима не сагласи умешач са положајем јединсвеног супарничара.

Мора се имати у виду да установа јединственог супарничарства треба да отклони доношење садржински различитих и противречних пресуда према супарничарима. Такође, због проширене правноснажности пресуде примењују се радње које су за све супарничаре најповољније. Због тога губитак спора и поред интервенције умешача са положајем јединсвеног супарничара значи да је учињен максимум у датој правној ствари од стране супарничара и да су аргументи противне стране јачи. Због тога се чини, да не би ни имала смисла нова парница усмерена против раније умешача са положајем јединсвеног супарничара. А то даље значи и да не би имала интервенцијско дејсво пресуда у спору између умешача и странке којој се он придружио у поступку.[24]

III Интервенција јавног тужиоца ради заштите општих интереса

Јавни тужилац може да се појави као *интервенијент у јавном интересу*. Његово мешање у парници се везује за одређене ситуације када он посумња да су повређени или угрожени принудни прописи или правила морала. У закону су те ситуације прецизиране. Тичу се сумње да странке користе своја права у поступку да би онемогућиле примену принудних прописа о природним богатсвима, да би избегле јавне финансијске обавезе или да би онемогућиле примену принудних одредаба међународног уговора.[25]

У процесној литератури се спомиње и овлашћење јавног тужиоца да интервенише и у парницама у којима би се иначе јавни тужилац могао појавити

[24] У том смислу проф. др Боривој Старовић и проф. др Ранко Кеча, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 1998год. стр. 264. супротно, проф. др Боривоје Познић, *op. cit*. стр. 302.

[25] В. чл. 205. ст. 1. ЗПП-а

као странка.[26] У парници, он се може појавити као странка у брачним споровима. Он није субјект породично-правних односа, нема стварну легитимацију, али има процесну. Јавни тужилац би могао да покрене парницу ради поништаја брака, или ради утврђивања да брак постоји или не постоји. Ако би он својом тужбом иницирао поступак, брачни другови би били пасивни јединствени и нужни супарничари. У случају када би једна од странака, један брачни друг, покренуо поступак за поништај или ради утврђивања постојања или непостојања брака јавни тужилац би могао да се умеша у ту парницу. Будући да се он појављује као умешач, питање је да ли би и он требало да докаже постојање правног интереса? Његово појављивање у парници као представника државе за кога се везује остваривање општих друштвених односно јавних интереса, чак и у парницама оваквог типа, указује на то да се подразумева да постоји правни интерес за вођење спора.

Интервенција јавног тужиоца је специфична и по томе што и суд може да је иницира. Наиме, када се суду учини да постоје законски услови за учествовање јавног тужиоца, и ако процени да је његово учешће потребно, одредиће му рок у коме може пријавити интервенцију. Суд по правилу застаје са поступком док не истекне тај рок. Међутим, јавни тужилац може да пријави своје учешће и по истеку рока.[27] Овакав случај може да буде заснован на чл. 109, у вези чл. 103. и 104. Закона о облигационим односима о којима суд на ништавост уговора противног јавном поретку, добрим обичајима и императивнмим прописима пази по службеној дужности. Суд у таквом случају може обавестити овлашћени јавни орган – јавноги тужиоца који пази на јавне истересе да по службеној дужности покрене поступак поништаја уговора, и да застане са поступком који тече пред њим по другом захтеву, све дотле док се не изјасни јавни тужилац у датом року о томе, да ли ће покренути поступак за поништај. У случају да је поступак поништаја уговора покренуо несавестан уговорник, јавни тужилац се може појавити као умешач, нарочито ако има услова за одузимање предмета престација у корист општине места закључења уговора сагласно чл. 104/2 ЗОО. Овде могу бити контрарно уложени захтеви несавесног уговорника (који је знао да закључује забрањени уговор), као тужиоца, који ће тражити само последицу повраћаја у пређашње стање, са једне стране, и захтева јавног тужиоца у свосјтву умешача, који може да тражи забрану повраћаја у пређашње стање и одузимање предмета престације несавесне стране у корист општине места закључења уговора. Ова разлика у положају умешача у јавном интересу и странке, настаје стога јер јавни тужилац у овом поступку поступа у јавном, а странка, у приватном интересу.

Из претходног произилази следеће обележје интервенције јавног тужиоца: Наиме, иако је он умешач, не придружује се ни једној од странака, већ заступа јавни интерес.

---

[26] В. проф. др Синиша Трива, *Грађанско ūарнично ūроцесно ūраво*, *op. cit.* стр. 357. као и проф. др Боривоје Старовић и прог. др Ранко Кеча, *Грађанско ūроцесно ūраво*, *op. cit.* стр. 266.

[27] В. чл. 205. ст. 4. ЗПП-а

Јавни тужилац интервенишући у јавном интересу овлашћен је да у границама тужбеног захтева предложи да суд утврди и чињенице које странке нису навеле и да изведе доказе које странке нису предложиле. Он може да изјави правне лекове. Њему суд лично доставља позиве за рочишта и одлуке против којих се може уложити правни лек.

IV Интервенција органа старатељства

Орган старатељства може бити учесник у парници.[28] Као такав, он може да покрене парнични поступак. На пример, могао би у име малолетног детета да *води спор* о издржавању, односно о повећању издржавања, ако родитељ код кога се дете налази на чувању и васпитању из неоправданих разлога не врши то право.[29] Орган старатељства може по обавештењу од стране суда да постави другог *законског заступника* ако установи да први не показује потребну пажњу у заступању због незнања или због немарности.[30] На овом месту посебно је значајна његова улога као *интервенијента.* Он може у интересу малолетног детета о коме се родитељи не старају, као и одраслих лица која нису у могућности да се сама брину о себи и заштити својих права и интереса да се умеша у парницу.[31]

Најчешће орган старатељства интервенише у споровима из породичних односа родитеља и малолетне деце. Он то чини да би заштитио интересе детета које је странка у спору. Интервенција органа старатељства у парници се потврђује кроз његово овлашћење да ставља предлоге ради заштите права и интереса деце, да износи чињенице које странке нису навеле и да предложи да се изведу потребни докази. Као интервенијент у интересу детета овлашћен је и да уложи правни лек. Суд има обавезу да органу старатељства као интервенијенту у парници уручи позиве за сва рочишта. Дужан је и да му достави све судске одлуке поводом којих се може уложити правни лек.[32]

[28] В. чл. 11. Закона о браку и породичним односима (ЗБПО) Србије, „Службени гласник СРС" бр. 22/80; 24/84; 11/88; као и „Службени гласник РС" бр. 22/93; 25/93; 35/94; 46/95; 29/2001.

[29] В. чл. 312. ст. 1. ЗБПО Србије

[30] В. чл. 375. ст. 1. ЗБПО Србије

[31] В. чл. 13. ЗБПО Србије

[32] В. чл. 375. ст. 3. ЗБПО Србије

Marija Salma Ph.D., Docent
Novi Sad School of Law

Participation of third persons in litigation

Abstract

Intervenor is one who voluntarily enters a pending lawsuit because of a personal stake in it, i.e. who has a legal interest that one of the parties succeeds. Such legal interest needs to be present, not a future one. It exists every time the finality of a judgment affects the intervenor. Existence of a legal interest does not necessarily authorize one to intervene in a lawsuit, since there are certain litigations where intervention of a third party is impermissible. Reasons for one's intervention are various and they have changed over time. However, the most important reason existed permanently and it always comprised mutual interest of the intervenor and the party to litigation to succeed in the lawsuit.

Intervenor is one who always stands outside the partisan relationship. Such individual may not file for a lawsuit, nor may he dispose of it. Such right has been reserved exclusively for the parties. Additionally, intervenor may not be a representative to one of the parties.

Intervenor may usually enter a pending lawsuit throughout the proceeding, until its finality. One must apply for intervention by a written brief. Since the application to intervene is not an initial action, it may not cause procedural or material legal effects related to filing for a lawsuit and serving of the claim upon the defendant.

Litigation produces effects towards the intervenor as of the moment when he was authorized to intervene. During the course of the proceeding intervenor may undertake only such actions which are favorable to the party on whose side he intervened, or to which such party consents, or which the party omitted to undertake. Only the intervenor characterized as joint litigator may undertake the actions opposed to by a party. This is possible, for the finality of the judgment will be applicable to the intervenor as well.

If a party joined by an intervenor fails in her claim, it may initiate another lawsuit against the intervenor. In a situation like that, the judgment rendered in the preceding lawsuit shall have an intervention effect. Such effect is broader than finality of the judgment and it may be refuted by the regular objection of poor litigating.

Apart from the ordinary, there is also the so-called major intervention. Here a third party files for a lawsuit against both the claimant and the defendant of an already pending lawsuit. The third party is an independent party, while the parties to the initial lawsuit are passive co-litigants. In this case, there is actually no real intervention, but the pending lawsuit is merely a motive for the third party to institute a legal action.

There are also special kinds of intervention to litigation, where the intervenor appears as either a guardian of general social interests (intervention of a public prosecutor), or as a guardian of interests of minor children lacking parental care, or of adults who are unable to protect their own interests due to their physical or mental condition (intervention of the Institution of Guardianship).

УДК 347.78
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 201-224

Мр Сања Радовановић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

АУТОРСКО ПРАВО НАКОН СМРТИ АУТОРА

Сажетак: *Субјективним ауторским правом штите се морални и имовински интереси аутора поводом његове интелектуалне творевине односно ауторског дела. Стога садржину ауторског права чине две групе овлашћења: неимовинска и имовинска на која се, у низу питања, примењују различити правни режими. То је, свакако, последица општих принципа грађанског права о непреносивости неимовинских и преносивости имовинских права. Но, с обзиром на то да имовинска ауторскоправна овлашћења трају педесет година након смрти аутора, а личноправна неограничено, потребно је разрешити низ дилема које се поводом тога јављају. Зато се овим радом настојало да се укаже на то ко су субјекти ауторског права након смрти аутора, којим ауторскоправним овлашћењима и у ком обиму они располажу, те којим их средствима могу штитити.*

Кључне речи: *појам ауторског права, правна природа ауторског права, трајање ауторског права, имовинска и неимовинска ауторскоправна овлашћења, садржина ауторског права након смрти, грађанскоправна заштита.*

Увод

Појава првих интелектуалних творевина подудара се са настанком људског друштва. У многим антрополошким и социолошким студијама указано је на чињеницу да је човечанство настало као резултат човекове способности да креативно мисли и да осмишљено ствара. Другим речима, интелектуално стваралаштво је уткано у сам појам људског бића и друштва у целини. Оно је оду-

век било сине љуа нон настанка, опстанка и напретка сваке друштвене заједнице. Међутим, друштво хиљадама година није правило разлику између материјалних и интелектуалних добара. С једне стране, право посвећено стварима је већ у римском праву, па и у периоду које му је претходило, добило данашње обрисе, а с друге стране, творевине људског духа су дуго времена остајале изван правне регулативе и ван било каквог облика правне заштите.

У античкој Грчкој, настала су многа уметничка дела којима се човечанство и данас диви. Међутим, њиховим ауторима припадао је само ловоров венац као симбол талента и врхунског интелектуалног умећа. Идеја на којој је засновано уметничко дело сматрана је делом културне баштине и није уживала било какаву правну заштиту.

Ни висока правна цивилизација античког Рима није успела да постави границе између ауторског дела као интелектуалног продукта и телесног добра у које је то ауторско дело било инкорпорисано. Истина, Римљани су у извесном смислу признавали ауторство,[1] али без атрибута и овлашћења које оно данас има.

Зачеци савременог ауторског права јављају се знатно касније, у XV веку. Они се подударају са Гутенберговим проналаском штампарске машине. Међутим, протекло је још скоро три века до доношења првих закона у области ауторског права.

У Енглеској је 1709. године донесен Закон краљице Ане, којим је аутор добио искључиво право на штампање и издавање књижевног дела. У доба Француске буржоаске револуције, посебним прописима донесеним 1791. и 1793, укинут је систем привилегија и ауторима је пружена правна заштита којом су била обухваћена и морална (неимовинска) овлашћења. Пруска је прва донела закон заснован на концепту интелектуалне својине, у ком је у пуној мери дошла до изражаја разлика између ауторског дела као нематеријалног добра од примерка тог дела као телесног добра. За пруским Законом о заштити својине на делима науке и уметности од прештампавања и подражавања из 1837. године уследили су и закони ханзеатског града Хамбурга (1838.), Саксоније-Вајмара (1839.), Баварске (1840.), Брауншвајга (1842.) и Саксоније (1844.)...[2]

Премда наведени закони најављују уобличавање једне сасвим нове гране права, савремено ауторско право добило је јасне обрисе тек ревизијом Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела[3] којом су аутору недвосмислено призната и морална овлашћења поводом његовог интелектуалног продукта. Међутим, тиме су отворена бројна питања која се, пре свега, тичу

[1] На то указује податак да су управо стари Римљани почели да користе израз *плагијат.* Сматра се да је тај термин увео римски песник *Мартиал.* Он је песнике који су туђе песме публиковали као своје назвао *plagiarius* (крадљивци људи).

[2] Опширније: С. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник; Београд 1999; стр. 99.

[3] Бернска Конвенција донесена је 9. септембра 1886. године, а више пута ревидирана (последњи пут у Паризу 1971. године). Одредбе о личноправним овлашћењима аутора унесене су у Бернску конвенцију 1928. године. Текст Конвенције види: В. Тодоровић, Међународни уговори Интелектуална и друга добра, Службени гласник, Београд, 2000, стр. 53-85

правне природе ауторског права и, у вези са тим, прометљивости ауторскоправних овлашћења. Питање је нарочито значајно с обзиром на то да ауторско право надживљује аутора, као оригинарног титулара. Штавише, будући да садржину ауторског права чине две групе овлашћења, морална и имовинска, за које важе различити правни режими, и само ауторско право након смрти аутора трпи извесне промене.

Појам ауторског права

Ауторско право одређује се на два начина: у објективном и у субјективном смислу. Ауторско право у објективном смислу чине све правне норме које уређују односе између аутора и других лица поводом ауторских дела.[4] Конкретна правна власт коју објективно ауторско право признаје одређеном ауто-ру за његово дело, а која се испољава у низу овлашћења које аутор, поводом своје интелектуалне творевине, има према другим лицима, назива се субјективним ауторским правом.

Због специфичности предмета заштите односно ауторског дела ауторско право се издваја из грађанског права у оквиру којег је настало, и улази у групу тзв. права интелектуалне својине.[5] С обзиром на то да је ауторско дело, као материјални израз, творевина људског духа, овлашћења из којих се субјективно ауторско право састоји могу се поделити на имовинска, којима се штите материјални интереси аутора у вези са његовим делом, и морална, која штите личне интересе.

Чињеница да се ауторско право састоји из овлашћења различите природе указује на комплексност самог ауторског права која утиче на низ питања од којих је, у контексту овог рада, нарочито значајан проблем преносивости. Но, у вези са тим, неопходно је претходно указати на правну природу, субјекте заштите и трајање ауторског права.

[4] В: Ж. С. Ђорђевић, *Појам, физиономија и природа објективног ауторског права*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2/1965. године, стр. 72-76; Ђорђевић С. Живомир, *Предмет објективног ауторског права*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4/1965; стр. 281-285

[5] V: Copyright Law Revision, *Studies Prepared for the Subcommittee on Patents*, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary; United States Senate, Eighty-sixth Congress, Second Session, S. Res. 240, United States Government Printing Office, Washington, 1960.

Правна природа ауторског права

Од самог настанка ауторског права проблем одређивања његове правне природе заузима значајно место.[6] У том погледу развиле су се бројне теорије које се углавном разилазе око следећег: да ли је ауторско право јединствено (монистичко тумачење) или га је потребно раздвојити на његову имовинскоправну и личноправну компоненту (дуалистичко тумачење), као и да ли је ауторско право, ако се прихвати да је оно јединствено, имовинскоправног или личноправног карактера.[7]

Прва теорија која је покушала објаснити правну природу овлашћења која аутор има поводом свог дела била је теорија о ауторском праву као својини.[8] Ауторско дело се изједначава са ствари, јер су и једно и друго резултати нечијег рада. У првом случају интелектуалног, а у другом физичког. Носилац ауторског права је, према томе, творац дела јер дело припада њему као власнику. Он има искључиво и апсолутно право. Међутим, својина у грађанскоправном смислу није могла довољно прецизно објаснити односе који настају поводом ауторског дела јер су они у многоме различити од својинскоправних. Стога се, као реакција на теорију о ауторском праву као својини, јавило схватање да ауторско право уопште није субјективно право, већ „рефлекс законске забране прештампавања ауторског дела".[9] С обзиром на то да је у крајњој консеквенци ово схватање водило до тога да се противправне радње нису могле подвести под повреде субјективног права, није се могло дуго одржати.[10]

Једна од значајнијих теорија о природи ауторског права била је теорија о ауторском праву као чистом праву личности[11]. Ауторско дело је, према овој теорији, у најужој вези са личношћу аутора јер је оно његов интелектуални производ, део ауторове личности, његово лично добро. Стога је оно непреносиво. Само аутор може одлучивати о томе да ли ће из свог дела црпити економ-

[6] В: В. Спаић; *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ;* Академија наука и умјетности Босне и Херцеговине, Дјела, Одјељење друштвених наука, Књига 20, Сарајево, 1969., стр. 136

[7] В: С. Марковић; *op.cit*. стр. 103

[8] Представници ове теорији били су Лок у Енглеској, Фихте и Хегел у Немачкој и Дидро и Волтер у Француској. Опширније о теоријама о правној природи ауторског права види: В. Спаић; *Теорија ауторског права и ауторско право у СФРЈ;* Академија наука и умјетности Босне и Херцеговине, Дјела, Одјељење друштвених наука, Књига 20, Сарајево, 1969., стр. 136-147; С. Марковић: *op.cit.*; стр. 103-107; Sabine Nuss, Lydia Heller, *Intellectual Property Rights and Intellectual Property Left The Case of the Operating System Linux,* Intellectual Property Rights in Central and Eastern Europe, Amsterdam, Berlin, Oxford, Tokyo, Washington, DC, 2002, стр. 64; A. Francon, *The Concept of Possession and Intellectual Property in French Law*, у Jan J. C. Kabel, Intellectual Property and Information Law, Kluwer Academic Publishers, The Hague, London, Boston, 2000, стр. 23

[9] В: В. Спаић; *op.cit*. стр. 139

[10] Најоштрији критичари ове теорије били су Прудон, Реноа и Гербер. Наведено према: В. Спаић, *op.cit*. стр. 137-139

[11] Творац теорије о ауторском праву као чисто личном праву био је Кант. Наведено према: В. Спаић, *op.cit*. стр. 139

ску корист, у ком случају преноси само вршење овлашћења из свог права. Иако наглашава личноправну компоненту ауторског права, теорија о ауторском праву као праву личности не занемарује имовинскоправне интересе аутора. Међутим, имовинскоправна компонента је, у својој суштини, право личности. Поистовећивање ауторског права са правима личности јесте и најслабија тачка ове теорије јер су она неодвојива од свог субјекта, а аутор, насупрот томе, може поједина овлашћења преносити на друго лице.[12] Ипак, и поред свих критика упућених на рачун теорије о ауторском праву као личном праву, она је дала највећи допринос признању моралних права аутора у Бернској конвенцији и у националним законодавствима.[13]

Теорија о ауторском праву као нематеријалној имовинској вредности одваја право личности од ауторског права.[14] Наиме, интелектуални производи су еманација ауторове личности, а материјализацијом идеје настаје ауторско право које има нематеријалну имовинску вредност. Стварањем дела, заправо, настају два права: ауторско и право личности. При томе, ова теорија не дели ауторско право на два дела јер право личности нема ауторскоправни карактер. Нематеријалну имовинску вредност има само ауторско право које је јединствено.

Корак даље у раздвајању личног од имовинског права направила је дуалистичка теорија према којој је ауторско право скуп две групе различитих права, личних и имовинских, чији је заједнички именитељ – аутор.[15]

С обзиром на то да ауторско право није састављено од два потпуно одвојена права, већ да су личноправни и имовинскоправни елементи у односу међусобне зависности, на овој критици дуалистичке теорије настала је данас најшире прихваћена монистичка теорија о правној природи ауторског права.

Према монистичком тумачењу, ауторско право је јединствено право састављено од личноправних и имовинскоправних елемената.[16] Личноправна овлашћења аутора усмерена су, превасходно, на заштиту његових моралних интереса, али њиховом повредом аутору може бити проузрокована и материјална штета. С друге стране, имовинскоправна овлашћења су у тесној вези са личним интересима аутора.[17]

---

[12] В: В. Спаић; *op.cit*., стр. 141. О односу права личности и личноправних елемената ауторског дела види: Ж. Радојковић, *Лична права и њихов однос према личноправним (моралним) елементима ауторског права,* Анали Правног факултета у Београду, бр. 2-3/1964. године, стр. 263-279

[13] Ibidem

[14] Оснивач ове теорије био је Joseph Köhler, који ју је формулисао приликом проучавања проналазачког (патентног) права, а не ауторског. Наведено према: В. Спаић, *op.cit*., стр. 139

[15] У немачкој доктрини главни представници ове теорије били су Michaelis и Georg Müller, у Швајцарској Michaelis, а у француској Jean Escarra, Jean Rault, Hepp, Lepaulle и нарочито Desbois. Наведено према: В. Спаић, *op.cit*., стр. 144

[16] Најзначајнији представници ове теорије у немачкој су Allfeld, de Boor, Ulmer и Runge, у Француској Ripert, а у Италији Piola Caselli. Наведено према: В. Спаић, *op.cit*, стр. 145

[17] В: С. Марковић; *op.cit*, стр. 105

Иако у највећој мери објашњава суштину ауторског права, монистичка теорија запада у противречности када се постави питање преносивости субјективног ауторског права, његовог трајања, принудног извршења и сл.[18] Та чињеница указује на то да је проблем правне природе још увек актуелан у ауторскоправној теорији. Штавише, решавање овог проблема нема само теоријски већ и практични значај с обзиром на то да су правном природом ауторског права опредељена и конкретна законска решења ауторскоправних проблема.

Наш Закон о ауторском праву и сродним правима, као и већина савремених закона из ове области, усваја монистичку концепцију правне природе ауторског права.

Трајање ауторског права

Стварајући ауторско дело, аутор односно коаутор се, у мањој или већој мери, ослања на постојећу културну и уметничку баштину непрестано црпећи идеје садржане у њој. Из тих разлога, строго посматрано, аутор се не може сматрати јединим творцем свог дела јер у његовом стварању, макар у минималној мери, учествује и друштвена заједница. Стога је признање субјективног права које аутор има на свом интелектуалном производу последица компромиса између интереса аутора и интереса друштвене заједнице.[19] С једне стране, пружањем адекватне ауторскоправне заштите аутор је подстакнут да својим интелектуалним стварањем доприноси цивилизацијском напретку које, с друге стране, треба да послужи будућим генерацијама у континуираном развоју културе, науке, уметности и других облика стваралаштва.[20] Уграђујући идеју која припада заједници у своје ауторско дело, аутор је дужан да је заједници и врати. Стога, скоро сви савремени правни системи временски органичавају аутора односно коаутора и друге носиоце ауторског права у искључивом вршењу ауторскоправних овлашћења. У том погледу је од нарочитог значаја одредба члана 7. став 1 Бернске Конвенције према којој мининални рок заштите износи 50 година после смрти аутора, што значи да су државе овлашћене да пропишу и дужи рок заштите.[21]

С обзиром на то да у састав сложеног ауторског права улазе морална и имовинска овлашћења, наш Закон о ауторском праву и сродним правима је, и поред усвојене монистичке концепције о правној природи ауторског права, увео двоструки режим у погледу трајања ауторскоправне заштите.

---

[18] У свим овим случајевима успостављен је дуални режим: један за личноправна, други за имовинскоправна овлашћења аутора. Наведено према С. Марковић; *op.cit*, стр. 106

[19] В: В. Спаић, *op.cit,* стр. 179

[20] *Ibidim*

[21] У Француској тај рок износи 50 година након смрти аутора, у Бразилу 60 година, 70 година у Немачкој, Аустрији, Мађарској и Грчкој, у Шпанији, Колумбији, Куби и Перуу 80 година, а у Португалу и Никарагви рок уопште није ограничен. В: Д. Милић, *Трајање ауторског права*, Правни живот, бр. 11/95, стр. 781

Временско ограничење, наиме, постоји само за имовинска овлашћења аутора, док морална трају и по престанку имовинскоправних односно неограничено.[22] Према Закону о ауторском праву и сродним правима, имовинскоправна овлашћења аутора трају за живота аутора и 50 година после његове смрти. Међутим, Нацрт новог Закона о ауторском праву и сродним правима рок заштите продужава за још двадесет година (односно на 70), што представља усклађивање наших прописа са Директивом бр. 93/98 за хармонизацију рока заштите ауторског права и одређених сродних права[23] која представља нормативну потврду све израженијег тренда продужавања рокова ауторскоправне заштите.

Уколико је, пак, дело створено у радном односу, а носилац ауторског права је правно лице, оно престаје истеком рока од 50 година, који се рачуна од објављивања дела односно 10 година од стварања рачунарског програма. Објављивање дела се узима као релевантан моменат и за рачунање педесетогодишњег рока трајања имовинских права за дела чији је аутор непознат (анонимно дело или дело под псеудонимом). Ако је дело објављено у наставцима, почетак рока трајања ауторског права рачуна се од дана објављивања последњег наставка. Рок трајања имовинских права коаутора рачуна се од смрти коаутора који је последњи умро.[24]

Иако се у свим наведеним случајевима смрт односно датум објављивања дела узимају као битне чињенице за одређивање рокова заштите, њихово рачунање, заправо, почиње од 1. јануара оне године која непосредно следи за годином у којој се десио релевантни догађај.

Последица временског ограничења ауторскоправне заштите огледа се у чињеници да за искоришћавање ауторског дела након протека наведених рокова није потребно овлашћење аутора.[25] Самим тим, не постоји повреда ауторског права јер ауторско дело постаје слободно и свако лице га може користити уколико се тиме не вређају личноправна овлашћења која не застаревају.

---

[22] Чл. 96. Закона о ауторском праву и сродним правима. Према Бернској конвенцији, морална права аутора остају на снази после ауторове смрти, најмање до истека имовинских права аутора (чл. 6 ст. 2).

[23] Опширније о поменутој Директиви види: Д. Укропина, *Директива бр. 93/98 за хармонизацију рока заштите ауторског права и одређених сродних права*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Специјалистички рад, Нови Сад, 2002. године

[24] Чл. 97-100. Закона о ауторском праву и сродним правима

[25] „Тужилац је песму руског аутора Александра Аркангелског „Софронијева химна", за коју је истекао рок ауторскоправне заштите (чиме је она постала опште добро), превео на енглески језик и прерадио музички аранжман. Тужени је тако прерађеној руској песми изменио текст и само неколико нота у композицији због чега је тужилац захтевао ауторскоправну заштиту на свом делу. Међутим, његов тужбени захтев је одбијен са образложењем да је спорна песма опште добро које је једнако доступно како тужиоцу, тако и туженом који, истина, никад није видео оригиналну верзију песме." Наведено према: C. Wayne, *Some Problems with Musical Public-domain Materials under United States Copyright Law as Illustrated Mainly by the Recent Folksong Revival*, Copyright Law Symposium, Number Nineteen, Columbia University Press, New York and London, 1971, стр. 210 руску песму, за коју је истекао рок заштите.

Будући да су морална права аутора трајна, а уз то и непреносива, поставља се питање ко је позван да та права штити након смрти аутора.

Субјекти ауторског права након смрти аутора

1. Уопште о субјектима ауторског права

Субјект ауторскоправне заштите јесте лице које располаже овлашћењима из субјективног ауторског права поводом одређеног ауторског дела.

Закон о ауторском праву и сродним правима познаје две категорије титулара ауторског права: аутора односно коаутора, коме ауторскоправна овлашћења изворно припадају, и носиоце ауторског права, који својство субјекта стичу на основу закона или правног посла.[26]

1) Изворни носилац ауторског права је творац ауторског дела.

Будући да је ауторско дело резултат интелектуалног рада које је својствено само човеку, оригинарни субјект ауторског права може бити искључиво физичко лице,[27] које своје право стиче у моменту настанка ауторског дела.

Уколико је, пак, ауторско дело настало заједничким стваралачким радом више лица реч је о коауторству.[28] Премда Закон поставља само субјективни услов да би се једно дело сматрало коауторским (сарадња два или више лица), правна теорија[29] и судска пракса[30] стоје на становишту да је дело коауторско ако, поред наведеног субјективног, испуњава и објективни услов: дело мора бити недељива целина стваралачких доприноса. Коаутори су, дакле, носиоци заједничког ауторског права на делу које је настало њиховом сарадњом[31] и не

[26] Чл. 9. Закона о ауторском праву и сродним правима

[27] Правна лица могу бити само носиоци ауторскоправних овлашћења на основу уговора, наслеђивањем или на основу закона. Види: Одељак о носиоцима ауторског права. То, међутим, није одувек био случај. Наиме, према Закону о заштити ауторског права из 1946. године, држави се признавало својство оригинарног субјекта заштите за народне уметничке творевине. Таква поставка нашег првог послератног закона у области ауторског права потпуно је одговарала духу комунистичког друштва и усвојеној концепцији општенародне својине. Но, већ наредни Закон из 1957. није садржао такву одредбу. Истина, таква одредба је изузета из Закона из 1957. (Закон о заштити ауторског права, Службени лист ФНРЈ, бр. 36/57 и Службени лист СФРЈ, бр. 11/65) јер је Бернском конвенцијом, која је обавезивала и Федеративну Народну Републику Југославију, било предвиђено да народне умотворине представљају опште добро које свако може користити, чиме су се, заправо, наши држављани стављали у неравноправан положај у односу на странце. В: В. Спаић, *op.cit,* стр. 133-135

[28] Чл. 10. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима

[29] В: С. Марковић, *op.cit*, стр. 153-168

[30] „Тужилац се давањем материјала туженом не може сматрати коатуром. Делом се сматра само духовна творевина, а то не може да буде и материјал који је потребан за писање дела." (Решење Врховног суда Србије Гж. 2240/62 од 10. октобра 1962. год.). Према: Д. Милић, *Коментар Закона о ауторском праву и сродним правима са судском праксом*, Номос, Београд, 1998. године

[31] Чл. 10. ст. 2. Закона о ауторском праву и сродним правима

могу се користити засебно својим стваралачким доприносом који је уграђен у јединствено ауторско дело.

Питање одређивања аутора, а тиме и субјекта ауторског права, олакшано је установом претпостављеног ауторства.[32] „Аутором се сматра лице чије су име, псеудоним или знак назначени на примерцима дела, или наведени приликом објављивања дела, док се не докаже другачије."[33] Аутор је носилац ауторских права и уколико задржи анонимност или дело објави под псеудонимом, с тим што тада права остварује издавач за издато дело односно лице које је објавило дело које није издато.[34]

2) Носиоцима ауторског права означавају се лица којима је аутор односно коаутор правним послом, на искључив или неискључив начин, уступио поједина ауторскоправна овлашћења[35] односно која су та овлашћења стекли се наслеђивањем[36] или по основу закона (нпр. лица која ауторско дело користе по основу законске лиценце).[37]

2. Носиоци ауторског права након смрти аутора

Полазећи од усвојене монистичке концепције о правној природи ауторског права, субјективно ауторско право се, због чињенице да његову садржину чине и личноправна овлашћења која су везана за титулара, не може у целини преносити са једног субјекта на другог. Међутим, ауторско право не престаје смрћу аутора, те је нужно применити извесне правне конструкције како би се, уз уважавање општих принципа грађанског права (непреносивост неимовинских и преносивост имовинских права), сачувало јединство ауторског права. Другим речима, неопходно је одредити да ли се, на који начин и у ком обиму ауторско право може наслеђивати, а да се при томе не наруши својство непреносивости ауторског права као целине.

Према првом нашем Закону о заштити ауторског права од 26. децембра 1929. године, ауторско право је након смрти аутора прелазило на наследнике у целости.[38] Штавише, аутор и наследници су могли „у целини или делимице, погодбом или одредбом за случај смрти"[39] пренети своје ауторско право. Но, у

[32] В: В. Спаић; *op.cit,* стр. 104

[33] Чл. 9. ст. 2. Закона о ауторском праву и сродним правима

[34] Чл. 13. Закона о ауторском праву и сродним правима. О подели на објављена, необјављена и издата дела види: С. Марковић; *op.cit,* стр. 159-168

[35] Реч је, заправо, о носиоцима ауторскоправних овлашћења, али с обзиром на то да Закон говори о правима уместо о овлашћењима, то је и термин „носилац ауторског права" уподобљен законодавној терминологији.

[36] Чл. 52. и 53. Закона о ауторском праву и сродним правима

[37] О корисницима ауторског дела види: М. Самарџић, *Корисници и ауторска права у свету и код нас*, Правни живот, бр. 11/1997. године, стр. 631-637

[38] Чл. 14. Закона о заштити ауторског права, Ј. Шуман, *Коментар Закона о заштити ауторског права и међународних уговора*, ГЕЦА КОН, Београд, 1935., стр. 130

[39] Чл. 15. ст. 1. Закона о заштити ауторског права из 1929. године

наведеним одредбама реч је о ауторским имовинским овлашћењима којима је тадашње законодавство придавало већи значај. Ипак, уважавајући моралну компоненту ауторског права, Закон је изричито прописивао да лица на која је ауторско право пренесено не могу без дозволе аутора изменити или скратити дело, наслов или име аутора.[40] Ово морално овлашћење, након смрти аутора, могли су да штите наследници, али и академије наука и уметности односно научни и уметнички институти.[41]

Закон о заштити ауторског права из 1946. године[42] предвиђао је нешто другачије решење у погледу наслеђивања ауторског права. Наиме, с обзиром на то да овим Законом није био предвиђен максимални рок заштите ауторског права, наслеђивање је могло бити само по основу закона, а не и тестаментално односно по основу легата. С тим у вези, Закон је садржавао и *lex specialis* одредбе о наслеђивању. Тако, после смрти аутора, ауторско право је уживала његова жена, до своје смрти односно до преудаје, и његова деца до 25. године живота, а ако су неспособна за привређивање, док та неспособност траје. Уколико ауторско право не уживају жена и деца, на наслеђивање су се позивали родитељи аутора, који су ово право уживали до своје смрти, односно његова унучад, до навршене 25. године живота, ако их је аутор издржавао, односно деда и баба аутора до своје смрти.[43] Након истека ових рокова, ауторско право је, као општенародна имовина, прелазило на државу.[44] Како се Закон није изричито изјашњавао, у правној теорија тог времена заузет је став да морална овлашћења, након смрти аутора, могу вршити наследници док траје њихово право, али и удружења аутора којима је преминули аутор припадао или би припадао према врсти дела.[45] Такво становиште добило је и нормативну потврду доношењем Закона о ауторском праву из 1957. године[46] којим је за питање преношења ауторског права након ауторове смрти поново успостављена супсидијарна примена републичких закона о наслеђивању.[47] Тиме је, заправо, дата могућност аутору да за живота тестаментом или легатом овласти и лица која нису наследници да користе ауторско дело и да се старају о његовом праву. Надаље, одредбама овог Закона предвиђено је да се као носилац ауторског права, у случају да ауторско право постаје општенародна имовина, јавља општина на чијем подручју је умрли аутор имао своје последње пребивалиште односно боравиште у Југославији.

Касније донесени закони о ауторском праву, из 1968.[48] и 1978.[49], не одступају битно од претходно важећег Закона. Наиме, на питање наслеђивања ауторског права примењују се одредбе републичких (односно покрајинских) за-

[40] Чл. 17. Закона о заштити ауторског права из 1929.

[41] В: Ј. Шуман, *op.cit*, стр. 154

[42] Закон о заштити ауторског права, Службени лист ФНРЈ, бр. 45/46

[43] Чл. 9. Закона о заштити ауторског права из 1946. године

[44] Чл. 11. Закона о заштитит ауторског права из 1946. године

[45] В: В. Спаић, *Ауторско право*, Веселин Маслеша, Сарајево, 1957. године, стр. 194-197

[46] Чл. 47. Закон о ауторском праву, Службени лист ФНРЈ, бр. 36/57

[47] Чл. 13. и чл. 46. Закона о ауторском праву из 1957. године

[48] Закон о ауторском праву, Службени лист СФРЈ, бр. 30/68

[49] Закон о ауторском праву, Службени лист СФРЈ, бр. 19/78

кона о наслеђивању.[50] Међутим, наследници и организација аутора којој је аутор припадао или би припадао с обзиром на врсту дела, у погледу моралних овлашћења, егзистирају као равноправни субјекти заштите само док трају имовинскоправна овлашћења. Након истека педесетогодишњег рока, о заштити тих овлашћења старају се организације аутора и академија науке и уметности.[51]

Актуелним Законом о ауторском праву и сродним правима за пренос ауторског права наслеђивањем изричито је успостављен дуални режим. Другим речима, нормативно је јасно одвојена судбина моралних овлашћења, након смрти аутора, од имовинских. Тако, након смрти аутора на наследнике прелази вршење личноправних овлашћења (не и само овлашћење јер је оно непреносиво), осим овлашћења на објављивање необјављеног дела ако је аутор то за живота забранио и овлашћења на измену дела. Уз то, заштиту личноправних овлашћења која се тичу патернитета и интегритета дела и забране недостојног искоришћавања дела могу, осим наследника, вршити и удружења аутора, као и институције из области науке и уметности.[52] Имовинска овлашћења, пак, у целини прелазе на наследнике.[53]

Премда дуални режим наслеђивања противречи монистичкој природи ауторског права, оно је установљено управо ради њеног очувања. Наиме, сврха моралних ауторскоправних овлашћења јесте заштита личности аутора као творца дела. Следећи опште принципе грађанског права, престанком физичког лица односно смрћу, престаје и право које је везано за његову личност. Но, доследном применом правила о непреносивости неимовинских права, ауторско право би, противно својој природи и значају, након смрти аутора било лишено моралноправне компоненте. Стога је законодавац поставио правну конструкцију према којој се морална овлашћења не наслеђују, али су наследници и удружења аутора односно институције из области науке и уметности позвани да врше и штите нека од тих овлашћења. Овакво решење служи „заштити успомене на личност аутора и заштити ауторског дела као културног добра."[54]

Поверавање вршења и заштите моралних овлашћења наследницима аутора потпуно одговара сврси постхумне заштите ауторског права. Наиме, будући да су наследници са преминулим аутором имали један лични однос, јасно је да су они у позицији да се о моралним интересима претка најпотпуније старају. При том, вршење личноправних овлашћења не подлеже субјективној оцени наследника већ претпостављеним моралним схватањима аутора, према времену и друштвеној средини у којој је живео. Но, будући да личноправна овлашћења нису ограничена у свом трајању, могуће је да наследници, нарочито они који нису директни потомци аутора, занемаре своје право (и обавезу) да се старају о заштити пијетета личности аутора чиме би се довео у питање и јавни интерес да се ауторско дело заштити као културно добро. Стога законодавац,

[50] Чл. 77. Закона о ауторском праву из 1968. и чл. 80. Закона о ауторском праву из 1978.

[51] Чл. 79. Закона о ауторском праву из 1968. и чл. 81. Закона о ауторском праву из 1978.

[52] Чл. 52. Закона о ауторском праву и сродним правима

[53] Чл. 53. Закона о ауторском праву и сродним правима

[54] С. Марковић, *Ауторско право и сродна права*, Службени гласник, Београд, 1999, стр. 243

као равноправне субјекте заштите, означава и удружења аутора (по правилу оних којима је аутор за живота припадао или којима би припадао према области стваралаштва) односно институције из области науке и уметности. Усвојено решење, међутим, указује на друге дилеме: да ли лице које жели да приступи коришћењу дела треба да прибави дозволу и од наследника и од удружења или је довољна дозвола само једног од наведених субјеката, те коме од њих треба дати предност у случају да заузимају различите ставове у погледу вршења поверених овлашћења. Како се Закон не изјашњава изричито о овом питању, до одговора се може доћи циљним тумачењем релевантних одредби. У том смислу, за коришћење ауторског дела заинтересовано лице треба да прибави дозволу било од наследника било од удружења. Међутим, ако се други субјект супротстави давању или ускраћивању дозволе, предност треба дати наследницима, с обзиром на лични однос који су имали са аутором односно који имају према успомени на његову личност. Уз то, овакво решење одговара и усвојеној монистичкој концепцији о правној природи ауторског права јер имовинска овлашћења након смрти аутора прелазе на наследнике, те је у циљу искоришћавања ауторског дела потребно сва ауторскоправна овлашћења сконцентрисати у једном субјекту.[55]

Наслеђивање ауторског права врши се према одредбама републичких закона о наслеђивању

Садржина ауторског права након смрти аутора

Субјективно ауторско право је, по својој природи, сложено право које се састоји из низа овлашћења апсолутноправног карактера.[56] Међутим, оно није једном за свагда уобличено већ се одликује изузетном динамиком коју намеће непрестано ширење поља стваралаштва и видова искоришћавања ауторских дела. Стога се постепено шири и круг овлашћења која улазе у његов састав.

[55] В: С. Марковић, *op.cit*., стр. 245

[56] Закон говори о правима аутора, иако усваја монистичку концепцију правне природе ауторског права. У том смислу, усвојена законска терминологија би се могла критиковати имајући у виду прихваћено учење о субјктивним правима уопште. Наиме, субјективна права представљају низ овлашћења које држава признаје и гарантује правним субјектима ради задовољења одређених интереса. Сходно томе, садржину субјективних права, заправо, чине управо овлашћења усмерена на задовољење правом признатих интереса. Уз то, поједини теоретичари истичу да субјективно право има још један елемент који постаје актуелан тек када дође до повреде субјективног права. То је тзв. захтев или тужба у материјалном смислу. Наиме, субјективном праву одговара обавеза друге стране у грађанскоправном односу. Уколико друга страна не испуни очекивану обавезу, титулар се може тужбом обратити суду ради пружања правне заштите односно принудног остварења свог права. Види: С. Марковић, *op.cit*, стр. 169-199; Д. Николић, *Увод у систем грађанског права*,..., стр. 208-209. Настојећи да се оствари потпуна правнологична доследност, у даљем тексту ће се, уместо израза „права", користити израз „овлашћења".

С обзиром на специфичну природу објекта ауторскоправне заштите, овлашћења из субјективног ауторског права имају имовинскоправни и личноправни карактер, те стога за њих важе различити правни режими. Поред тога, у корпус ауторског права улази и известан број имовинскоправних и личноправних овлашћења која су релативноправне природе. Иако не чине језгро ауторског права, релативноправна овлашћења су установљена законом у циљу заштите права аутора, те се из тог разлога могу посматрати као ауторскоправна овлашћења у ширем смислу.[57]

Законодавац је овлашћења која улазе у састав сложеног ауторског права, сврстао у четири групе: 1) морална овлашћења; 2) имовинска овлашћења; 3) овлашћења аутора према власнику примерка ауторског дела; 4) овлашћења аутора на посебну накнаду. С обзиром на указани дуализам у погледу преношења ауторског права путем наслеђивања, контексту овог рада је примеренија подела на имовинска и неимовинска овлашћења аутора. Имовинска овлашћења, апсолутноправног и релативноправног карактера, након смрти аутора остају непромењена све до истека рока ауторскоправне заштите. Насупрот томе, пак, апсолутна овлашћења која су везана за личност аутора трају неограничено, али се након смрти аутора трансформишу. Уз то, поједина релативна неимовинска овлашћења се смрћу аутора гасе.

1. Неимовинска овлашћења аутора

Признање моралних овлашћења аутору у већини националних законодавстава уследило је након доношења Бернске Конвенције[58], али у упоредноправној теорији и пракси још увек постоје неслагања у питању оправданости оваквог става.[59] Недоумице су, првенствено, условљене специфичном природом моралноправних овлашћења из ауторског права. Наиме, њихова посебност огледа се у нераскидивој вези са ауторским делом као материјалним објектом права. Ипак, неовисно од чињенице да настају поводом интелектуалне творевине, она су везана за личност аутора, те стога имају опште карактеристике права личности: апсолутност, непреносивост, искључивост, трајност и незастаривост.

Морална овлашћења која је наш законодавац признао аутору су: 1) овлашћење на патернитет; 2) овлашћење на назначење имена; 3) овлашћење на објављивање; 4) овлашћење аутора на заштиту интегритета дела, 5) овлашћење аутора на супротстављање недостојном искоришћавању дела.

Уз то, Закон о ауторском праву и сродним правима познаје и друга неимовинска овлашћења аутора која немају, истина, апсолутноправни карактер

[57] В: С. Марковић, *op.cit*, стр. 107

[58] Бернска Конвенција за заштиту књижевних и уметничких дела од 9. септембра 1886. Текст Конвенције види: В. Тодоровић; *Интелектуална и друга добра*; Међународни уговори, књига 7, том И, Службени гласник, Београд, 2002. године. Поједине земље су много касније ратификовале Бернску Конвенцију (нпр. САД тек 1988. године). Наведено према: Miller, Davis; *op.cit*, стр. 428

[59] В: Miller, Davis; *op.cit*, стр. 426; Ж. Радојковић, *Концепције о моралном праву аутора*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1/65, стр. 178-183

већ се могу истицати само према одређеним лицима. То су: 1) овлашћење на приступ примерку дела; 2) овлашћење на забрану излагања оригиналног примерка дела ликовне уметности; 3) прече право аутора на прераду дела архитектуре и 4) право покајања.

а) Овлашћење на признање ауторства (патернитет).[60] Овлашћење на патернитет је „основно личноправно овлашћење аутора јер се њиме правно потврђује постојећа фактичка веза између аутора и дела, која је материјални основ субјективног ауторског права."[61] Из овлашћења на признање ауторства проистичу сва остала моралноправна и имовинскоправна овлашћења јер оно представља, у извесном смислу, идентификацију субјекта ауторскоправне заштите. Повредом овог овлашћења сматра се како негирање патернитета односно оспоравање ауторства, тако и присвајање ауторства на његовом делу од стране другог лица (плагијат). Након смрти аутора, разумљиво, о заштити овог овлашћења старају се наследници односно удружења аутора.

б) Овлашћење на назначење имена подразумева да аутор има искључиво право да његово име, псеудоним или знак буду назначени на сваком примерку дела односно наведени приликом сваког јавног саопштавања дела, али се аутор овог права може на изричит начин одрећи.[62] Назначење имена јесте техничка реализација овлашћења на признање ауторства. Штавише, Законом је установљена оборива претпоставка да је аутор лице чије је име, псеудоним или знак назначен на примерцима дела.[63] Међутим, само изостављање имена аутора не значи нужно и повреду овог ауторскоправног овлашћења. С једне стране, аутор може задржати анонимност, а с друге стране, сама природа појединих врста ауторских дела или начин на који се она јавно саопштавају искључује могућност да аутор реализује своје овлашћење на назначење имена. У том смислу, потребно је разликовати позитивне и негативне прерогативе овог овлашћења јер након смрти аутора наследници потоње не могу вршити. То првенствено значи да су они овлашћени да се супротставе коришћењу ауторског дела без навођења имена преминулог аутора, осим ако је то аутор за живота захтевао. Исто тако, из природе овог овлашћења произлази да се наследници могу успротивити навођењу имена уколико је аутор желео да остане анониман или да се дело јавности саопшти под псеудонимом.

в) Овлашћење на објављивање представља искључиво овлашћење аутора да одлучи да ли ће, када и на који начин дело објавити.[64] Штавише, аутор је

[60] Чл. 14. Закона о ауторском праву и сродним правима

[61] : С. Марковић; *op.cit*, стр. 171

[62] Чл. 15. Закона о ауторском праву и сродним правима

[63] Чл. 9. ст. 2. Закона о ауторском праву и сродним правима

[64] Чл. 16. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима. Ауторскоправну заштиту уживају и објављена и необјављена дела. Више о подели на објављена, необјављена и издата види: С. Марковић, *op.cit*, стр. 153-158

једини овлашћен да, до објављивања дела, даје обавештења о садржини свог дела и/или да га описује.[65] Под објављивањем се сматра „репродуковање у материјалном облику и стављање на располагање јавности примерка дела, пружајући јој могућност да га чита или упозна визуелним путем."[66]

Аутор из овог овлашћења може црпити и позитиван и негативан интерес. Најчешће, интерес аутора јесте да се дело објави и даље економски експлоатише. Но, с друге стране, аутор може забранити објављивање свог дела. Иако је објављевање претпоставка економском искоришћавању дела, овлашћење аутора да о томе одлучује је усмерено превасходно на заштиту његових моралних интереса. Стога ни лица која су позвана да врше личноправна овлашћења након смрти аутора не могу објављивати дело ако је то аутор за живота забранио.[67] Штавише, таква изричита забрана аутора задире и у наслеђена имовинска овлашћења која наследници тада не могу реализовати с обзиром на то да се економски може искоришћавати само дело које је објављено.[68]

Када је реч о другом аспекту овлашћења на објављивање информисање јавности о делу, његова судбина је опредељена судбином самог овлашћења. У том смислу, ако је аутор забранио објављивање, ни носиоци ауторског права након његове смрти не могу давати обавештења о делу нити га описивати. У супротном, вршење и овог аспекта прелази на наследнике и удружења аутора.

г) Овлашћење аутора на заштиту интегритета дела[69] односи се, заправо, на заштиту „истоветности дела приликом сваког облика његовог испољавања."[70] Повредом интегритета дела законодавац нарочито сматра измене дела од стране неовлашћених лица, јавно саопштавање дела у измењеној или непотпуној форми и прераду дела без дозволе аутора, али до повреде интегритета дела може доћи и на друге начине.

Проблем очувања интегритета дела нарочито је актуелан када се ауторско право суочава са још једним апсолутним правом правом својине. Такав случај је, наравно, врло чест с обзиром на то да аутор, у реализацији свог субјективног ауторског права, отуђује примерке свог дела, при чему се ауторско право не гаси. Стога се о постојању или непостојању повреде ауторскоправног ов-

[65] Чл. 16. ст. 2. Закона о ауторском праву и сродним правима. Ово је нарочито важно ако се узме у обзир да ауторскоправну заштиту аутор ужива и поводом незавршеног дела, делова дела, као и наслова (чл. 3).

[66] Светска (Универзална) Конвенција о ауторском праву од 24. јула 1971. године; В. Тодоровић, *op.cit*, стр. 44, чл. 6 Конвенције

[67] Чл. 52. ст. 1. Закона о ауторском праву и сродним правима

[68] За тзв. посмртна дела, тј. дела која су објављена након смрти аутора у погледу трајања ауторскоправне заштите примењују се исти рокови као да је дело објављено за живота аутора. Тачније, ауторско право и у том случају траје 50 година после смрти аутора без обзира на то што није раније објављено и економски искоришћавано.

[69] Чл. 17. Закона о ауторском праву и сродним правима

[70] С. Марковић, *op.cit*, стр. 177

лашћења на заштиту интегритета дела може одлучити само одмеравањем оправданих интереса титулара права својине и ауторског права.[71]

Иако се признањем овлашћења на заштиту интегритета дела донекле ограничава право својине власника примерка ауторског дела, оно има своје морално оправдање, због чега је и сврстано у групу моралних овлашћења. Наиме, у природи ауторског права јесте „да творац дела, и у случају да уступи своје право другоме лицу и овласти га да дело учини приступачно јавности, с тим се не одриче садржаја и облика свог дела, насупрот он има право, да се његова умна творевина онако, како је била од њега створена, савременицима и потом-

[71] Опширније о томе види: С. Марковић; *op.cit*, стр. 176-182. Одмеравање интереса у сваком конкретном случају стога доводи до различитих судских одлука чак и у, на први поглед, сличним конфликтним ситуацијама. „...Према чињеничном утврђењу на коме су побијане пресуде засноване, тужилац је на основу усменог споразума са туженом у току године насликао на зиду хотела мурал на површини од 400 m^2 и за овај ауторски рад од тужене примио договорени ауторски хонорар. Како је тужена у току године вршила реновирање комплетног хотеског простора, а према извештају комисије наведена зидна слика је била оштећена и то тако што је избледела, испуцала, на појединим местима изгуљена те се као таква није могла уклопити у обновљени хотелски ентеријер тужена је без сагласности тужиоца као аутора премазала слику бојом у намери да на истом простору изради мозаик. У захтеву за заштиту законитости изражено је становиште према коме су тужиоцу као аутору у конкретном случају грубо повређена ауторска права те да због тога има право на заштиту свог ауторског права и то зато што му није пружена могућност да се у смислу чл. 28 Закона о ауторском праву супротстави уништењу свог ауторског дела. Савезни суд налази да се наведено становиште не може прихватити. Према одредби чл. 28. Закона о ауторском праву ауторска морална права чине: право аутора да буде признат и означен као творац дела, право аутора да се успротиви сваком деформисању, сакаћењу или другом мењању дела и право аутора да се успротиви свакој употреби дела која би вређала његову част или углед. Према цитираној одредби Закона, аутор дела нема право на заштиту ауторских моралних права за случај уништења ауторског дела, сем ако уговором није обавезао наручиоца да одређено време чува дело или, пак, ако дело није уништено у намери да се аутору дела повреди част или углед." (Пресуда Савезног суда Гзс 125/90 од 28. фебруара 1991. године). Међутим, у једном другом спору на основу сличног чињеничног стања суд је донео другачију одлуку: „...У поступку пред судом утврђено је да је тужилац аутор мозаика, да је од наручиоца за израду мозаика примио ауторски хонорар, да је тужени без сагласности тужиоца срушио зид на коме се мозаик налазио, да је мозаик у смислу закљученог уговора постављен на зиду велике сале туженог, да је он био један од експоната изложбе током 1993. године, да се ради о делу које је покривало цели централни зид сале ресторана одређеног квалитета и одређеног материјала, да је дело рађено у реткој техници и да се ради о озбиљној иновацији у уметничкој пракси и о значајној вредности. Даље је утврђено да је зид на коме се дело налазило пробијен великим лучним отвором којом су повезане две просторије, а по налазу вештака мозаик није морао бити уништен јер постоје методи заштите дела, те је мозик могао бити скинут и поверен на други простор. На основу овако утврђених чињеница првостепени суд је правилно нашао с позивом на одредбе чл. 26. и 29. Закона о ауторском праву да се ради о имовинском праву и личноправним овлашћењима аутора да га заштити, да се успротиви деформисању, сакаћењу или другом мењању дела. Следствено томе, ради се о овлашћењима везаним за личност аутора. Одредбом чл. 87. Закона о ауторском праву предвиђено је да ауторска морална права трају и по престанку трајања ауторских имовинскоправних овлашћења те да према одредби чл. 95. цитираног Закона аутор има право захтевати заштиту тог права и накнаду штете и тражити да се нареди и да се пресуда објави о трошку туженика (чл. 96. истог закона). (Пресуда Окружног суда у Београду бр. П. 21/96 од 3. октобра 1996. и Врховног суда Србије бр. Гж. 108/96 од 29. јануара 1997. године)

ству очува."[72] Стога су наследници и удржења аутора након смрти аутора овлашћени да се супротстављају изменама дела, али не и да дело мењају. Ипак, ово овлашћење наведени субјекти могу, у извесној мери, вршити и у погледу позитивних прерогатива. Тако, наследници односно удружења аутора могу овластити заинтересовано лице да преради ауторско дело. Но, уколико се прерадом дела нарушава стваралачки реноме преминулог аутора, они могу забранити искоришћавање дела прераде управо позивом на повреду овлашћења на заштиту интегритета дела.[73]

д) Овлашћење аутора на супротстављање недостојном искоришћавању дела[74] подразумева да аутор, и у случајевима када је пренео своја имовинскоправна овлашћења на друга лица, задржава право да се супротстави искоришћавању дела на месту или на начин који је непримерен врсти ауторског дела односно на начин којим се може угрозити његова част и углед. До недостојног искоришћавања ауторског дела може доћи и у ситуацијама када је интегритет дела потпуно очуван, те је разумљиво што је законодавац ова два, на први поглед, сродна овлашћења, одвојено нормирао. С обзиром на то да ово овлашћење, по својој природи, представља негативни прерогатив неимовинске компоненте ауторског права, разумљиво је да оно, након смрти аутора, у пуном обиму прелази на наследнике односно удружења.

ђ)Овлашћење на приступ примерку дела[75] подразумева да аутор може захтевати од власника примерка дела да му омогући приступ примерку уколико не постоји други начин да се дело умножи, под условом да тиме не угрожава оправдане интересе власника примерка односно лица које примерак ауторског дела држи. По правилу, аутор умножавање дела треба да изврши у просторијама у којима се примерак налази. Но, аутор може да захтева предају ауторског дела у државину ако је то једини начин, с обзиром на техничке могућности, да се дело умножи.

Иако је, према одредбама Закона, аутор једини овлашћен да захтева приступ примерку дела, из сврхе установљеног овлашћења произлази да и наследници односно удружења аутора могу поставити такав захтев према власнику примерка (нпр. ради израде каталога).

е) Овлашћење на забрану излагања[76] оригиналног примерка дела ликовне уметности аутор може реализовати само изричито и у писаној форми приликом отуђења тог оригинала. У супротном, власник може, без икаквих ограничења, тај примерак да излаже, чак и ако дело није објављено.

---

[72] В: Ј. Шуман; *Коментар Закона о заштити ауторског права и међународних уговора,* Издавачко и књижарско предузеће ГЕЦА КОН, а. д., Београд, 1935. године, стр. 153

[73] В: С. Марковић, *op.cit.,* стр. 244

[74] Чл. 18. Закона о ауторском праву и сродним правима

[75] Чл. 30. Закона о ауторском праву и сродним правима

[76] Чл. 33. Закона о ауторском праву и сродним правима

Уколико наведени оригинални примерци ауторског дела припадају музеју, галерији и другим јавним институцијама, ово овлашћење аутора је искључено.

Установљавање релативног овлашћења на забрану излагања оригиналног примерка дела ликовне уметности условљено је чињеницом да аутор често отуђује такво дело пре објављивања. У том случају постоји претпоставка да се самим преношењем права својине он сагласио са објављивањем дела. Међутим, аутор може имати интерес да се његово ликовно дело не објављује односно излаже. Стога овлашћење на забрану излагања (које аутор, истина, може истицати само приликом купопродаје примерка, у одређеној форми, и само према власнику) представља, заправо, негативан прерогатив овлашћења на објављивање. У том смислу, аналогно се примењују правила о вршењу овлашћења на објављивање након смрти аутора. Тако, уколико је аутор у писменој форми, приликом отуђења примерка дела ликовне уметности, забранио излагање, таквој одлуци се не могу успротивити наследници. Уколико, пак, аутор то није учинио, ни наследници односно удружења аутора не могу власнику забранити излагање јер је ово овлашћење исцрпљено актом закључења купопродајног уговора. Но, ако оригинални примерак није отуђен за живота аутора, субјекти ауторскоправне заштите након његове смрти би могли вршити ово овлашћење, под условом да је то у интересу аутора.

ж) Прече право аутора на прераду примерка дела архитектуре[77]. Ауторско дело архитектуре се материјализује у грађевини која може бити изузетно велике, не само економске, већ и употребне вредности. Стога се, не ретко, дешава да власник прилагођава грађевински објекат потребама становања или обављања делатности, те су сукоби својинскоправних и ауторскоправних интереса у таквим ситуацијама најизраженији. Наиме, могуће је да се накнадним радовима потпуно измени првобитни изглед ауторског дела архитектуре чиме се, заправо, задире у искључиво овлашћење аутора да се противи свакој радњи којом би се нарушавао интегритет дела. С друге стране, давањем безусловног примата ауторском праву над правом својине, власник би неоправдано био ограничен у вршењу свог права и то у оном делу који се тиче овлашћења на материјално располагање стварју.[78]

Законодавац је, имајући у виду могуће практичне проблеме до којих би свакако довела примена општих правила о одмеравању интереса аутора односно власника, посебно регулисао однос аутора дела архитектуре према власнику примерка тог дела односно грађевине.[79]

---

[77] Чл. 34. Закона о ауторском праву и сродним правима

[78] О односу овлашћења на заштиту интегритета дела и права својине види одељак о личноправним овлашћењима аутора: овлашћење на заштиту интегритета дела

[79] Одмеравање интереса јесте немачки концепт тумачења права који је зачет у XIX и XX веку, најпре са школом интересне јуриспруденције, а потом разрађен у школи јуриспруденције вредновања интереса. Према овом учењу, свака норма је апстрактни израз одређеног интереса, те се до правог смисла норме може доћи само уз правилно вредновање различитих интереса који се теже заштитити и циља који се нормом жели постићи. В: В. Водинелић, *Грађанско право уводне теме*, Београд, 1991. године

У том смислу, уколико власник грађевине намерава да сруши грађевински објекат или изврши одређене измене на њему, аутор се не може противити таквој одлуци. Но, у потоњем случају, Закон је установио обавезу власника да прераду дела прво понуди аутору. Тиме је аутору пружена могућност да у дело поново утисне свој лични печат чиме се, заправо, штити овлашћење аутора на заштиту интегритета дела. Тек уколико аутор није доступан, није у могућности или одбије да се користи овим својим правом, власник може прераду поверити другом лицу. Уз то, законодавац изричито прописује да се морална овлашћења аутора морају поштовати и ако се измене на грађевини врше према делу прераде које није сачинио аутор.[80]

Полазећи од чињенице да је пре право аутора на прераду дела архитектуре везано за личност аутора и да претпоставља његово активно деловање, сасвим је разумљиво да вршење овог права не прелази на наследнике. Стога се, дакле, они не могу супротставити извођењу радова на грађевини (тим пре што такво овлашћење нема ни аутор).[81]

з) Тзв. право покајања[82] подразумева да аутор (и само аутор!) може повући уступљено имовинскоправно овлашћење ако стицаоцу накнади стварну штету коју овај због тога трпи односно ако положи обезбеђење за накнаду штете.[83] Ако је стицаоц овлашћења отуђио примерке ауторског дела, аутор не може истицати тзв. право покајања према власницима. У том смислу, дејство овог овлашћења има ограничен домашај.

2. Имовинска овлашћења аутора

Аутор, стварањем дела, поред моралних, има и имовинске интересе који се огледају у могућности да из производа свог интелектуалног стваралаштва извлачи економску корист. Признање моралних овлашћења аутора је нужно, али не и довољно да би се интелектуалном стваралаштву, као неизоставном елементу цивилизацијског напретка, пружила адекватна правна заштита. Стога је аутору пружен широк спектар имовинскоправних овлашћења којима он задовољава свој материјални интерес, а да се при томе не нарушава неотуђивост ауторског права, као права интелектуалне својине.

[80] Чл. 34. ст. 2. Закона о ауторском праву и сродним правима

[81] Опширније о томе: Д. Милић, *Прерада дела архитектуре*, Правни живот, бр. 11/2003, стр. 1007-1014 и тамо анализиране пресуде Вишег суда у Подгорици, бр. П-9/2001. од 24.06.2002. и Врховног суда Републике Црне Горе, бр. Гж-7/2002. од 19.11.2002. године

[82] Чл. 66. Закона о ауторском праву и сродним правима. Опширније види: С. Марковић, *op.cit*, стр. 267-270

[83] С обзиром на то да се овим овлашћењем штите морални интереси аутора и да оно представља, заправо, рефлексију искључивог моралног овлашћења аутора на објављивање дела, у ауторскоправној литератури се врло често убраја у морална овлашћења. Међутим, наш законодавац је, имајући у виду релативноправни карактер тзв. права покајања и имовинске обавезе које за аутора настају остваривањем овог овлашћења, нормирао у оквиру општих одредби које се тичу ауторских уговора.

Иако признање имовинскоправних овлашћења аутора није изазивало никакве недоумице ни у времену када је ауторско право тек добијало јасне контуре нове гране права,[84] у 21. веку она свакако имају далеко већи значај с обзиром на изузетну експанзију тржишта имовинских и неимовинских добара и услуга у које, несумњиво, улазе и ауторска дела. С тим у вези, савремена законодавства, као одговор на убрзани развој техничких могућности експлоатације ауторских дела[85] (што је, опет, продукт интелектуалног стваралаштва појединаца), непрестано допуњавају садржину субјективног ауторског права новим овлашћењима.

Извлачити економску корист из ауторског дела значи искоришћавати дело на начин који одговара врсти ауторског дела и намени техничких средстава која ауторима у данашњем, информацијском друштву, стоје на располагању.[86] Тако, ауторска дела могу се искоришћавати: објављивањем, прерађивањем, умножавањем, обрађивањем, репродуковањем, извођењем, преношењем, превођењем, снимањем, представљањем, излагањем или на било који други начин. У том циљу, аутору је признат низ имовинских овлашћења апсолутноправног и релативноправног карактера. Но, с обзиром на то да након смрти аутора остају непромењена у својој суштини, у контексту овог рада довољно је навести о којим овлашћењима је реч.

Имовинска овлашћења апсолутног дејства законодавац дели у две групе: 1) овлашћења на искоришћавање дела у телесној форми и 2) овлашћења на искоришћавање дела у бестелесној форми. У прву групу спадају: а) овлашћење на снимање и умножавање;[87] б) овлашћење стављања примерака дела у промет[88] и в) овлашћење давања примерака дела у закуп.[89] Искоришћавање дела у бестелесној форми, пак, обухвата: а) овлашћење извођења;[90] б) овлашћење представљања;[91] в)овлашћење преношења извођења или представљања;[92] г) овлашћење емитовања;[93] д) овлашћење јавног саопштавања дела које се емитује[94] и ђ) овлашћење јавног саопштавања дела са носача звука или слике.[95]

[84] В: B. Sherman, L. Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 2002, стр. 95-194

[85] Б: М. Јовичић-Plessl; *Ауторско право у информацијском друштву,* Правни живот, бр. 11/ 1995., стр. 707-717; J. Beard, *Cyberia: The Age of Information*, Copyright Law Symposium, Number Nineteen, Columbia University Press, New York and London, 1971, стр. 130

[86] В: Д. Милић, *Право аутора на искоришћавање свог ауторског дела,* Правни живот, бр. 11/ 2001, стр. 801-817

[87] Чл. 20. Закона о ауторском праву и сродним правима

[88] Чл. 21. Закона о ауторском праву и сродним правима

[89] Чл. 22. Закона о ауторском праву и сродним правима

[90] Чл. 24. Закона о ауторском праву и сродним правима

[91] Чл. 25. Закона о ауторском праву и сродним правима

[92] Чл. 26. Закона о ауторском праву и сродним правима

[93] Чл. 27. Закона о ауторском праву и сродним правима

[94] Чл. 28. Закона о ауторском праву и сродним правима

[95] Чл. 29. Закона о ауторском праву и сродним правима

Задовољењу имовинских интереса аутора служе и нека релативноправна овлашћења. С обзиром на то да их аутор не може истицати према свим, већ само према појединим лицима, она не представљају језгро ауторског права као апсолутног права, али свакако чине његову садржину. Тако, будући да се аутор појединих врста ауторских дела налази у неповољнијем положају од власника примерка дела јер њихова вредност временом расте, законодавац је овластио аутора да потражује износ од 3% од продајне цене добијене приликом сваког купопродајног уговора чији је предмет његово ауторско дело (овлашћење на слеђење[96]). Аутор се не може одрећи овог овлашћења, нити њиме располагати, а преноси се једино наслеђивањем.[97] Надаље, аутор може од сваке продаје техничких уређаја и носача звука, слике и текста који су подобни за умножавање ауторских дела[98] да захтева посебну накнаду.[99] Уз то, за тзв. репрографско умножавање (умножавање путем фотокопир апарата) које је у последње време нарочито распрострањено међу популацијом чије је образовање у току, законодавац је[100], на иницијативу аутора стручне литературе чији су интереси, заправо, највише погођени, проширио овлашћење интелектуалних твораца на посебну накнаду. Тако, сем накнаде коју остварују продајом фотокопир апарата, аутори могу потраживати накнаду од правног или физичког лица које врши услуге фотокопирања на комерцијалној основи.[101]

Грађанскоправна заштита након смрти аутора

С обзиром на то да након ауторове смрти на наследнике и организације аутора прелазе имовинска овлашћења аутора односно вршење моралних овлашћења, то они остварују и право на тужбу у материјалном смислу којом се титулар овлашћује да се обрати суду ради заштите повређеног ауторског права. Међутим, субјективно ауторско право се и у овом сегменту донекле сужава након смрти аутора.

Наиме, остварујући заштиту свог права у грађанском судском поступку, аутор може захтевати од суда: утврђење повреде права; престанак повреде права; уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права, укључујући и примерке предмета заштите, њихове амбалаже, матрице и слич-

[96] Чл. 31. и чл. 32. Закона о ауторском праву и сродним правима

[97] Занимљиво је да ниједан аутор односно његов наследник није остварио право слеђења за 20 година колико постоји у нашем законодавству (од Закона о ауторском праву из 1978. године). Наведено према: С. Марковић, *op.cit*, стр. 216

[98] Уређаји подобни за такво умножавање би били, рецимо, видео-рикордер, персонални рачунар, празне касете и компакт-дискови и сл, али не и видео-плејер чија је једина функција да „чита" видео-траку.

[99] Чл. 35. Закона о ауторском праву и сродним правима

[100] Чл. 35. ст. 3. Закона о ауторском праву и сродним правима

[101] В: С. Марковић, *op.cit*, стр. 220

но; уништење или преиначење алата и опреме уз помоћ којих су произведени предмети којима је извршена повреда права, уколико је то неопходно за заштиту права; објављивање пресуде о трошку туженог; као и накнаду имовинске и неимовинске штете.[102] Но, иако се личноправна овлашћења аутора не гасе његовом смрћу, тужбу за накнаду неимовинске штете, сходно општим правилима одштетног права која се примењују у материји накнаде штете за повреду ауторског права, може поднети искључиво аутор. Наследници (и само они), пак, могу једино наплатити правноснажном пресудом утврђен износ на име накнаде нематеријалне штете.[103]

Закључак

Усвајајући монистичку концепцију о правној природи ауторског права, законодавац је заузео становиште да је оно, у својој целини, непреносиво. Међутим, будући да се ауторско право не гаси смрћу аутора, доследно поштовање овог принципа отворило би зачарани круг. Стога је Законом установљен дуални режим у погледу судбине ауторскоправних овлашћења, а с обзиром на опште принципе грађанског права о преносивости имовинских односно непреносивости неимовинских права.

У том смислу, имовинска овлашћења прелазе на наследнике и они их уживају 50 година након смрти аутора. Истеком педесетогодишњег рока, ауторско дело постаје опште добро и свако га може слободно користити, уз поштовање моралних права аутора која трају неограничено.

Неимовинска (морална) овлашћења, пак, не прелазе на наследнике, али су они позвани да их врше у интересу преминулог аутора. Поред њих, субјектима личноправних овлашћења се означавају и организације аутора. Но, иако то законодавац не наводи изричито, из садржаја појединих овлашћења произлази да су они овлашћени да врше само негативни аспект поменутих овлашћења. Тачније, они могу да се супротстављају повреди ауторског права у моралној компоненти односно да штите моралне интересе аутора. Тако, нпр. наследници

[102] Чл. 172. Закона о ауторском праву и сродним правима

[103] Чл. 204. Закона о облигационим односима. „Тужиоци су тражили накнаду штете због повреде ауторског права, али у току поступка нису навели нити је првостепени суд разјаснио да ли траже накнаду само због повреде имовинских права или и накнаду штете због повреде ауторских моралних права у чему се та штета састоји и колико она износи. Предње чињенице су од битног значаја за одлуку у овој правној ствари јер ако су повређена ауторска морална права онда се ради о накнади нематеријалне штете која се одређује према правилима облигационог права. Мада вршење ауторског права после смрти прелази на наследнике и мада наследници имају право да користећи средства кривичноправне и грађанскоправне заштите штите аутора и његово дело, они накнаду штете могу остваривати једино у складу са општим правилима облигационог права. Односно, на наследнике прелази накнада нематеријалне штете само ако је утврђена правноснажном пресудом или писменим споразумом....” (Пресуда Врховног суда Србије, бр. Гж. 1444/84 од 24. 12. 1984., Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/85)

се могу супротстављати изменама дела, али не могу дело мењати. Када је реч о заштити ауторског права у грађанском судском поступку наследници могу подносити све тужбе које аутору стоје на располагању, осим тужбе за накнаду нематеријалне штете проузроковане повредом ауторског права.

Sanja Radovanović LL.M., Teaching Assistant
Novi Sad School of Law

Copyrights upon the author's death

Abstract

A subjective copyright is composed of a stream of property and personal authorizations. Therefore, legal theory was in a dilemma whether there are two separate copyrights (property and ethical rights) or a singular copyright. Although contemporary legislations embrace the monistic doctrine on legal nature of copyright, certain legislative solutions must deviate from their consistent application.

Primarily, the dualism in copyright authorizations applies to their duration and transferability. Namely, property rights are effective over 50 years upon the author's death, whereas effectiveness of personal rights is not limited in time. Given that a copyright outlives the author, the lawmaker took into consideration the general principles of non-transferability of personal rights and transferability of property rights when regulating the succession of copyrights, whereby he introduced a dual legal regime.

Therefore, property rights of an author may be transferred fully to his heirs under the general rules of succession contained in the regulations of the republics.

Personal authorizations are not transferable to successors. However, the heirs are entitled to exercise the rights equally to copyright organizations. Nevertheless, the essence of such authorizations is transformed by the author's death, since exercising of the rights then comes down to protection of ethical interests of the deceased author. However, all means of protection provided by the criminal and civil law are available to the abovementioned persons, except for compensation of immaterial damages.

УДК 347.736
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 225-248

Владимир Марјански, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

НЕКЕ ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОТВАРАЊА СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА

Сажетак: *Правне последице отварања стечајног поступка су последице које утичу на настанак, промену, преиначење и престанак одређених права и обавеза у односу на стечајног дужника, његову способност (правну и пословну) и његова својства. С обзиром да постоји веома велик број различитих правних последица отварања стечајног поступка, те да обим овог рада не допушта анализу свих, предмет овог рада ће бити само неке облигационо-правне последице и то оне које се односе на једностране, двостране правне послове и право на потрагу ствари. Право на потрагу ствари се, у извесном смислу, може подвести под дејства која стечајни поступак има на двостране правне послове, с обзиром да се ту ради о дејствима која отварање стечајног поступка има на једну врсту уговора, тачније, уговор о обичној и комисионој дистанционој продаји робе. Због тога се, у структури рада, право на потрагу ствари и налази у одељку у коме се говори о дејствима отварања стечајног поступка на поједине врсте двостраних правних послова. Анализа правних последица отварања стечајног поступка које се односе на једностране, двостране правне послове и право на потрагу ствари је показала сву сложеност ситуација у којима могу да се нађу стечајни дужник и његов сауговарач у тренутку отварања стечајног поступка.*

Кључне речи: *Стечај, правне последице отварања стечајног поступка, једностране правни послови, понуда, налог, двострани правни послови, општа и посебна правна правила, двострано обавезни уговори, право на потрагу ствари.*

1. Уводне напомене

Отварање стечајног поступка проузрокује изузетно значајне и бројне правне последице које утичу на настанак, промену и престанак одређених права и правних односа.

Правне последице отварања стечајног поступка су последице које утичу на настанак, промену, преиначење и престанак одређених права и обавеза у односу на стечајног дужника, његову способност (правну и пословну) и његова својства.

С обзиром да постоји веома велик број различитих правних последица отварања стечајног поступка, те да обим овог рада не допушта анализу свих, предмет овог рада ће бити само неке облигационо-правне последице, и то оне које се односе на једностране, двостране правне послове и право на потрагу ствари.

Право на потрагу ствари се, у извесном смислу, може подвести под дејства која стечајни поступак има на двостране правне послове, с обзиром да се ту ради о дејствима које отварање стечајног поступка има на једну врсту уговора, тачније, уговор о обичној и комисионој дистанционој продаји робе. Због тога се, у структури рада, право на потрагу ствари и налази у одељку у коме се говори о дејствима отварања стечајног поступка на поједине врсте двостраних правних послова.

2. Правне последице отварања стечајног поступка на једностране правне послове

Закон о принудном поравнању стечају и ликвидацији (у даљем тексту ЗППСЛ.) правне последице отварања стечајног поступка које се односе на једностране правне послове није регулисао генералном одредбом. Законом су регулисана само правна дејства која отварање стечајног поступка има на понуде и налоге као једностране правне послове. Ипак, одредбе члана 110. ЗППСЛ. којима су регулисане правне последице отварања стечајног поступка на понуде и налоге се сходно могу применити и на друге једностране правне послове као што су јавно обећање награде (229-233 чл. ЗОО), позив на надметање о цени радова и позив на надметање за уметничко или техничко решење намераваних радова (604-605 чл. ЗОО).

Понуда је предлог за закључење уговора учињен одређеном лицу, који садржи све битне састојке уговора тако да би се његовим прихватањем могао закључити уговор. [1]

Понуде учињене дужнику или понуде које је учинио дужник престају да важе даном отварања стечајног поступка ако до дана отварања тог поступка

[1] Члан 32. ст. 1 ЗОО., „Службени лист СФРЈ", бр. 29/78.

нису прихваћене.[2] Правне последице отварања стечајног поступка настају почетком дана када је оглас о отварању стечајног поступка истакнут на огласној табли суда.[3] Из тога произилази да ће неважећа бити и она понуда која је тога дана учињена и пре тренутка кад је оглас заиста истакнут. [4]

Понуда је једнострани правни посао који настаје изјавом воље једне стране, те самим тим обавезује искључиво понудиоца. Понуђеног не обавезује све док није прихваћена. Стога, одузимање правног дејства понуди учињеној стечајном дужнику је сувишно, јер понуда ионако обавезује само понудиоца. Ако је понуда била прихваћена до дана отварања стечајног поступка, више се не ради о понуди и о њеним правним дејствима, већ о двостраном правном послу (уговору) на који отварање стечајног поступка има специфичне правне последице. Штавише, ово решење не само што је излишно већ и онемогућава стечајног управника да повољну понуду трећег лица као потенцијалног купца прихвати и искористи ради уновчења стечајне масе или ради спречавања опасности да настане штета на имовини дужника. Услови под којима је треће лице понудило склапање уговора пре отварања стечајног поступка по правилу су повољнији од оних које ће треће лице као купац бити спремно да понуди или прихвати након отварања стечајног поступка. [5]

Ћутање понуђеног не значи прихватање понуде.[6] Међутим, постоје одређене ситуације када се ћутање сматра пуноважним прихватом ако су испуњени одређени услови. Наиме, кад понуђени стоји у сталној пословној вези са понудиоцем у погледу одређене робе, сматра се да је прихватио понуду која се односи на такву робу, ако је није одмах или у остављеном року одбио.[7] Дакле, у датој ситуацији се сматра да је уговор закључен када понуђени који се са понудиоцем налази у сталној пословној вези у погледу одређене робе на коју се понуда односи, одмах или у остављеном року не одбије понуду за закључење уговора. То је изузетак од општег правила да се уговор сматра закљученим оног часа када понудилац прими изјаву понуђеног да прихвата понуду. Међутим, ако и дође до такве ситуације, тада се више не ради о понуди, јер се у таквој ситуацији уговор сматра закљученим у тренутку када понуда стигне понуђеном.[8] Дакле, тада се не ради о једностраном правном послу већ опет о уговору закљученом пре отварања стечајног поступка. Овакво правно дејство ћутања се не

[2] Члан 110. ст. 2. ЗППСЛ.

[3] Члан 91 ст. 1. ЗППСЛ.

[4] Парађ З., „Утјецај отварања стечајног поступка на правне послове", Привреда и право вол. 27, 1988., стр. 77.

[5] Ibidem; Стога, члан 78. ст. 2. предлога Закона о стечајном поступку (извор: www. mpriv. gov. yu) и предвиђа да понуде учињене стечајном дужнику или понуде које је учинио стечајни дужник, а које нису прихваћене до дана отварања стечајног поступка престају да важе даном отварања стечајног поступка, ако стечајни управник не одлучи другачије. Дакле, овде се даје могућност стечајном управнику да одлучи другачије, баш из горе наведених разлога.

[6] Члан 42. ст. 1 ЗОО.

[7] Члан 42. ст. 3 ЗОО.

[8] Члан 42. ст. 5. ЗОО.

односи само на понуђеног него и на понудиоца због чега се он неће моћи успешно позивати на неприхватање његове понуде због пасивног понашања понуђеног. [9]

Даље, битно је размотрити питање да ли је у таквој ситуацији понуда стигла понуђеном пре отварања стечајног поступка, и ако јесте, да ли је остављен рок понуђеном да одбије такву понуду.

Ако понуда није стигла понуђеном пре отварања стечајног поступка, таква понуда у сваком случају нема правно дејство.

С друге стране ако је понуда стигла понуђеном пре дана отварања стечајног поступка, а ради се о ситуацији када се ћутање сматра пуноважним прихватом, тада се поставља питање да ли је понудилац у својој понуди оставио рок понуђеном да одбије његову понуду или не.

Ако му рок није остављен, сматра се да је понуђени дужан да одмах одбије понуду, ако не жели да буде везан таквом понудом. Ако је одмах не одбије, у датој ситуацији се сматра да је уговор закључен пре отварања стечајног поступка и ради се о двостраном правном послу.

Међутим, ако је понудилац оставио рок понуђеном да одбије понуду тада се разликују следеће ситуације. Прво, ако понуђени у датом року одбије понуду понуда престаје да важи. Друго, ако понуђени у датом року не одбије понуду, а рок који му је остављен да одбије понуду истекне пре отварања стечајног поступка сматра се да је уговор закључен даном када је понуда стигла понуђеном ако су испуњени други услови из члана 42. ст. 3 ЗОО. у погледу постојања сталне пословне везе између понуђеног и понудиоца у односу на робу која је предмет понуде.

Међутим, ако рок који је понуђеном остављен да одбије понуду не истекне пре отварања стечајног поступка понуда престаје да важи у складу са чланом 110 ст. 2 ЗППСЛ., јер се у датом случају не може извести закључак да је таква понуда прихваћена.

Налог у смислу једностране изјаве воље представља поруџбину или понуду за извршење одређене стручне услуге учињену лицу или од стране лица које се као специјализована стручна организација бави пружањем стручних услуга на коју се налог односи. Дакле, потребно је разликовати давање налога од уговора о налогу. Давање налога представља једнострану изјаву воље, док уговор о налогу претпоставља постојање сагласности воља. [10]

Први и основни акт код свих врста услуга представља налог лица које тражи услугу. Лице, у чију пословну делатност спада вршење налога, дужно је да изврши добијени налог ако га одмах није одбило. [11]

Иако у одредби члана 42 ст. 4 ЗОО. није назначено да је неопходно да постоји стална пословна веза између налогодавца и налогопримца, то је сва-

[9] Визнер Б., Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима, Загреб, 1978., том 1. стр. 199.

[10] Арсић З., „Дејство отварања стечајног поступка на двострано обавезне уговоре", Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 1982/2., стр. 7.

[11] Члан 42. ст. 4 ЗОО.

како неопходно, јер би у супротном субјекти који извршавају налоге трећих били дужни да одбијају понуде које стално пристижу, како би се отклонило тумачење да ћутање значи пристанак за извршење налога. [12]

Налог који је издао дужник губи важење даном отварања стечајног поступка. [13]

Међутим, ако налог буде прихваћен пре дана отварања стечајног поступка од стране стечајног дужника или не буде одмах одбијен када је то потребно, јер се ради о специјализованој стручној организацији која се бави пружањем стручних услуга на које се налог односи, тада се сматра да је уговор закључен и више се не ради о правним последицама отварања стечајног поступка на налоге као једностране правне послове већ о дејствима отварања стечајног поступка на двостране правне послове.

Постоји низ двостраних правних послова где се као први акт њиховог настанка јавља налог лица које тражи услугу (на пр. налог издат комисионару, посреднику, заступнику, шпедитеру, вршиоцу контроле итд.). О правним последицама отварања стечајног поступка на уговор о налогу и друге двостране правне послове ће бити речи у наставку.

Даље, из законске формулације члана 110. ст. 1. ЗППСЛ. произилази да налог губи важење само ако је издат од стране стечајног дужника као налогодавца, док налог који издат стечајном дужнику као налогопримцу остаје на снази све до опозива од стране налогодавца, без обзира што је отворен стечајни поступак, према општим правилима уговорног права. [14]

3. Правне последице отварања стечајног поступка на двостране правне послове (уговоре):

У погледу правних последица отварања стечајног поступка на двостране правне послове постоје две групе одредаба.

Прву групу одредаба чине оне које садрже општа правила о дејствима отварања стечајног поступка на двостране правне послове.

Другу групу одредаба чине оне које садрже посебна правила о дејствима отварања стечајног поступка на поједине врсте уговора. Та правила представљају *lex specialis* и примењују се пре општих.

[12] Голдштајн А., Привредно и уговорно право, Загреб, 1974. стр. 61.

[13] Члан 110. ст. 1 ЗППСЛ. ;
У члану 78. ст. 1. предлога Закона о стечајном поступку се додаје „ако стечајни управник не одлучи другачије„. Опет се као и код понуде, у предлогу новог закона, даје могућност стечајном управнику да налог упућен од стране дужника пре дана отварања стечајног поступка одржи на снази.

[14] Шогоров С., „Дејство отварања стечајног поступка на уговоре и потраживања”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 1983., стр. 194.

3.1. Општа правила о дејствима отварања стечајног поступка на двостране правне послове

У погледу правних последица отварања стечајног поступка на двостране правне послове постоје две правно релевантне ситуације. Наиме, постоје уговори који су пре дана отварања стечајног поступка закључени и у целини испуњени, али и уговори који су пре дана отварања стечајног поступка закључени али нису испуњени у целини или делимично од једне, друге или обеју уговорних страна.

Испуњење уговора је најчешћи облик престанка истог. Испуњењем уговора престају сва права и обавезе из датог уговора. Стога, отварање стечајног поступка по правилу нема утицаја на уговоре који су у целини испуњени пре дана отварања стечајног поступка. Ипак, отварање стечајног поступка над једном уговорном страном може имати, у извесном смислу, утицаја на наведене уговоре, ако су испуњени услови за подизање тужбе ради побијања правних радњи у стечају, којом се битно може утицати на уговоре извршене пре тренутка отварања стечајног поступка.

У даљим излагањима разматраћемо утицај отварања стечајног поступка на уговоре који нису испуњени до тренутка отварања стечаја.

Двострано теретни уговори закључени са дужником пре дана отварања стечајног поступка остају на снази, с тим што стечајни управник уз одобрење стечајног судије, може одустати од уговора. [15] Дакле, основно је правило да уговори закључени са дужником пре отварања стечајног поступка остају на снази, осим ако стечајни управник не одустане од уговора уз одобрење стечајног судије. Отварање стечајног поступка не производи правна дејства која би аутоматски, *ex lege*, угрозила даље постојање ових уговора.

Ако уговори, који нису у целини испуњени пре дана отварања стечајног поступка, остану на снази, тада треба разликовати три различите правно релевантне ситуације.

Прво, ако ниједна уговорна страна пре отварања стечајног поступка није уопште или није у целости испунила своју уговорну обавезу, уговорне обавезе обеју уговорних страна остају на снази у потпуности.

Такви уговори се извршавају како је уговорено. То су уговори чије испуњавање није започела ниједна страна, односно чије су испуњавање започеле обе или само једна страна али ниједна није испунила своју обавезу у целини. [16]

У датој ситуацији постоји специфичност у погледу редоследа испуњавања уговорних обавеза. Наиме, за разлику од других уговора где је опште правило да се оне испуњавају истовремено, овде уговорну обавезу најпре испуњава стечајни дужник, па тек онда друга уговорна страна.

[15] Члан 108. ст. 1 ЗППСЛ.

[16] Вучетић В. „Правне последице отварања стечајног поступка", Привредно-правни приручник бр. 12/86, стр. 24-25.

Ако је друга уговорна страна дужна да прва испуни уговор, она може одбити испуњење уговора док уговор не испуни дужник или, на њен захтев, не пружи обезбеђење.[17] Друга уговорна страна може поставити један или други услов или оба алтернативно. Кад је поставила оба услова алтернативно, дужник може да одабере који хоће. Кад је поставила услов, дужник јој може уместо тога први испунити своју обавезу јер је то јаче од обезбеђења. Али кад је друга уговорна страна поставила захтев да дужник први испуни своје обавезе из уговора, без давања алтернативе, дужник тада не може да одабере пружање обезбеђења другој уговорној страни, јер је та алтернатива непосредно повезана са захтевом друге уговорне стране.

Друго, ако је само стечајни дужник испунио своју уговорну обавезу у целини, друга уговорна страна ће бити дужна да о доспелости испуни своју уговорну обавезу у свему, онако како она гласи. Треба нагласити да отварањем стечајног поступка недоспела потраживања стечајног дужника према трећим лицима не допевају, као што је то случај са недоспелим потраживањима према стечајном дужнику.

Треће, ако је само друга уговорна страна у целини извршила своју уговорну обавезу пре дана отварања стечајног поступка, а стечајни дужник то није учинио, друга уговорна страна не може тражити испуњење обавезе од стране стечајног дужника, већ стиче статус стечајног повериоца који може бити намирен само у аликвотном делу, заједно са другим стечајним повериоцима, под условом да своје потраживање благовремено пријави. У датој ситуацији нема услова за одустанак од уговора и реституцију у номиналној вредности. Ипак, и тада стечајни дужник може испунити своју обавезу коју је претходно у целини испунила друга уговорна страна, ако се испуњење обавезе у датом случају може подвести под окончање започетих послова чије је извршење неопходно да би се спречило наступање штете на имовини дужника.[18] Који се послови сматрају неопходним одлучиће стечајно веће. [19]

Наравно, све ово важи, ако стечајни управник уз одобрење стечајног судије не одустане од ових уговора. Стечајни управник, уз одобрење стечајног судије, може одустати од уговора, при чему ЗППСЛ. не прави разлику, као раније, да ли је друга уговорна страна уговор у целини испунила, или не. [20]

Иако, ЗППСЛ. то изричито не наводи, очигледно је да ће стечајни управник, уз одобрење стечајног судије, одустати од уговора у случају кад се његова реализација не може подвести под појам завршавања послова чије је извршење нужно да би се спречило наступање штете на имовини дужника. У супротном

[17] Члан 108 ст. 4 ЗППСЛ.

[18] Члан 119 ст. 1 ЗППСЛ.

[19] Члан 119 ст. 2 ЗППСЛ.

[20] Члан 195. ст. 1 Закона о санацији и престанку организација удруженог рада, Службени лист СФРЈ број 41/1980., је предвиђао да стечајни управник може одустати од двострано теретних уговора, осим у случају када је друга уговорна страна у целини извршила своју обавезу пре отварања стечајног поступка.

ако се не ради о таквом уговору, стечајни управник би од њега, уз одобрење стечајног судије, требао одустати.

ЗППСЛ. стечајном управнику није одредио рок за обавештавање повериоца о својој намери да одржи или одустане од уговора. У складу са општим правилима уговорног права, одустанак од уговора производи правно дејство када друга уговорна страна прими изјаву о одустанку од стране стечајног дужника. Да би друга уговорна страна дефинитивно одредила свој правни положај према стечајном дужнику, ЗППСЛ. јој даје право да тражи да се стечајни управник у примереном року изјасни да ли уговор одржава на снази или од њега одустаје. Под примереним роком се подразумева време које је при редовном току ствари потребно стечајном управнику да прикупи неопходне податке за доношење одлуке.[21]

С обзиром да је овај рок установљен у корист стечајне масе, стечајни управник не пада у доцњу иако његова чинидба доспева даном отварања стечајног поступка.[22]

Ако се стечајни управник не изјасни у примереном року, сматра се да је одустао од уговора. Према томе, ћутање стечајног управника на позив друге стране да се изјасни о одржавању уговора на снази, има различито дејство од ћутања без тог позива. У првом случају долази до престанка уговора (јер закон претпоставља да је стечајни управник одустао), док се у другом случају уговор одржава на снази.[23]

Изјаву о одржавању уговора на снази стечајни управник не мора дати изричито. Довољна ће бити и радња на основу које друга уговорна страна са сигурношћу може закључити о постојању воље стечајног управника да очува уговор.[24]

Ако стечајни управник не одустане од уговора, или на позив друге стране не изјави да одржава уговор на снази, обавезе уговорних страна се извршавају онако како гласе. У супротном, када стечајни управник одустане од уговора, друга уговорна страна може тражити накнаду штете као стечајни поверилац. [25]

Специфична ситуација, међутим, постоји када уговор који је стечајни управник одржао на снази касније буде раскинут због неиспуњења или недавања обезбеђења у смислу одредбе члана 108 ст. 4. ЗППСЛ. Тада би другој уговорној страни требало дати статус повериоца стечајне масе, а не статус стечајног повериоца. Наиме, ако стечајни управник одржи уговор на снази, обавезе према другој уговорној страни се не извршавају као према стечајном повериоцу, него као повериоцу стечајне масе. Одржавањем уговора на снази, стечајни управ-

[21] Члан 74. ст. 3 предлога новог Закона о стечајном поступку (извор: www.mpriv.gov.yu) предвиђа да стечајни управник у року од 15 дана од дана пријема позива треба другу уговорну страну да писмено обавести о томе да ли намерава да испуни уговор.

[22] Machiedo D. „Грађанско-правни и остали учинци отварања стечајног поступка", Зборник радова Правног факлутета у Сплиту, бр. III/65., стр. 45.

[23] Шогоров С., *op. cit.* стр. 192.

[24] Параћ З., *op. cit.* стр. 91.

[25] Члан. 108 ст. 3 ЗППСЛ.

ник то чини за стечајну масу. Стога ће стечајни управник моћи да захтева испуњење обавезе друге уговорне стране у целини, али ће и дужник бити обавезан да своје обавезе у целини испуни према стечајном дужнику. Зато, ако уговор који је стечајни управник одржао на снази буде раскинут због неиспуњења или недавања обезбеђења у смислу одредбе члана 108. ст. 4 ЗППСЛ., другој уговорној страни треба дати статус повериоца стечајне масе, а не стечајног повериоца. Заправо, у датој ситуацији се радило о уговору чија се потпуна реализација може подвести под појам завршавања послова чије је извршење нужно да би се спречило наступање штете на имовини дужника.[26]

3.2. Правна дејства отварања стечајног поступка на фиксне уговоре:

Под фиксним уговорима се подразумевају уговори код којих је извршење уговора у року битан елемент уговора. Ако дужник не изврши обавезу у року уговор се раскида на основу самог закона (ЗОО). Постоји могућност да поверилац одржи уговор на снази, ако по истеку рока, без одлагања, обавести дужника да захтева испуњење уговора.[27]

У погледу дејстава отварања стечајног поступка на фиксне уговоре постоји више правно релевантних ситуација.

Ако дужник из фиксног уговора није испунио своју обавезу у року, а рок је истекао пре отварања стечајног поступка, раскид уговора наступа по самом закону (ЗОО).

Ако је дужник обавезе која је везана за рок била друга страна, а не садашњи стечајни дужник, потраживање стечајног дужника по основу накнаде штете због неипуњења се уноси у стечајну масу као њена актива.[28]

Ако се фиксни уговор раскине због тога што је садашњи стечајни дужник (као дужник фиксне обавезе) пропустио да изврши своју обавезу у року, поверилац своје потраживање по основу накнаде штете због неиспуњења остварује као стечајни поверилац.

ЗППСЛ. посебно регулише питање правних последица на фиксне уговоре код којих извршење обавезе доспева након отварања стечајног поступка. У том смислу постоје две различите ситуације.

Ако се у положају дужника фиксне обавезе која доспева после отварања стечајног поступка налази друга уговорна страна, тада ће друга уговорна страна бити дужна да о року доспелости изврши своју уговорну обавезу онако како она гласи, с обзиром на опште правило да само потраживања према стечајном

[26] Слично предвиђа и нови предлог Закона о стечајном поступку у члану 74. ст. 4.: „Ако стечајни управник остане код испуњења уговора па у току стечајног поступка престане да га извршава, потраживање по основу тог уговора спада у први исплатни ред, као трошак стечајног поступка".

[27] Члан 125. ст. 1 и 2. ЗОО.

[28] Параћ З. *op. cit* стр. 83.

дужнику која су настала пре дана отварања стечајног потупка постају доспела, а не и потраживања стечајног дужника према другим лицима.[29]

Међутим, ако се у положају дужника фиксне обавезе која доспева након отварања стечајног поступка налази стечајни дужник, друга уговорна страна не може тражити испуњење фиксних уговора, али може тражити накнаду штете као стечајни поверилац.[30]

Ипак, ЗППСЛ није изричито регулисао питање да ли у датом случају стечајни управник може уговор одржати на снази. С обзиром на то да фиксне уговоре не треба разликовати од других двострано обавезних уговора (изузев по чињеници да њихов раскид, у случају закашњења дужника у погледу испуњења обавезе у предвиђеном року наступа по самом закону) претпоставља се да стечајни управник има право да такав уговор одржи на снази, ако оцени да би његово испуњење било обухваћено појмом завршавања започетих правних послова чије је извршење нужно да би се спречило наступање штете на имовини дужника.[31] Пошто постоји овакво право стечајног управника, иако то није изричито наведено, и код фиксних уговора би требало дати право другој страни да тражи од стечајног управника да се у примереном року изјасни да ли одржава уговор на снази. То наравно, не треба поистоветити са правом друге стране да тражи испуњење обавезе од стечајног дужника, јер он то право на основу изричите одредбе члана 108. ст. 5. ЗППСЛ. нема.

Дакле, друга уговорна страна не може тражити извршење фиксних уговора, али може тражити накнаду штете као стечајни поверилац.

ЗППСЛ., у датој ситуацији, даје право другој страни на накнаду апстрактне штете, која је једнака разлици између уговорене купопродајне цене робе и средње тржишне цене коју би таква роба имала на дан који је уговором одређен као дан испоруке робе у месту испуњења уговора.[32] Очигледно је да закон има у виду само фиксни уговор о продаји јер говори о „року испоруке", и „купопродајној цени робе".

У вези са датом одредбом се постављају два питања:

Прво, да ли другој уговорној страни треба признати право само на накнаду апстрактне или и на накнаду конкретне штете ?

Друго, који би тренутак требао бити меродаван за одређивање средње тржишне цене робе?

Из одредбе члана 108 ст. 6. ЗППСЛ. произилази да закон другој страни даје право само на накнаду апстрактне штете. Међутим, нема разлога да се не дозволи захтев за накнаду конкретне штете, коју би поверилац морао да доказује у сваком конкретном случају.[33]

[29] Члан 100. ст. 1. ЗППСЛ.

[30] Члан 108. ст. 5. ЗППСЛ.

[31] Шогоров С., *op. cit.* стр. 193., супротно мишљење Параћ З., „Утјецај отварања стечајног поступка на правне послове", Привреда и право вол. 27, 1988., стр. 83.

[32] Члан 108. ст. 6. ЗППСЛ.

[33] Тако и Арсић З., *op. cit.* стр. 5 и Параћ З., *op. cit.* стр. 83

Код надокнађивања конкретне штете (куповина или продаја ради покрића) ради се само о конкретизацији могућности која се оштећеном пружа исплатом апстрактне штете.

Даље, ЗППСЛ. је предвидео да се тржишна цена робе одређује према дану који је уговором одређен као дан испоруке робе у месту испуњења уговора. С обзиром да поверилац има право на разлику између уговорене и тржишне цене робе, наведеном одредбом се онемогућује поверилац да специфицира одштетни захтев све док првобитно уговорени рок не протекне. Тиме се и стечајни управник онемогућава да коначно утврди вредност деобне масе. На тај начин се непотребно оштећује или стечајна маса или поверилац. Стога, би средња тржишна цена робе требала бити одређена према дану отварања стечајног поступка у месту испуњења уговора, јер је то тренутак раскида фиксних уговора (ако не буду одржани на снази одлуком стечајног управника).[34]

Такође, накнаду штете не би требало ограничити само на робу која има берзанску односно тржишну цену, те да могућност накнаде штете треба дати за сваку робу, с тим што је на ономе ко захтева накнаду терет доказивања њене вредности.[35]

3.3. Правне последице отварања стечајног поступка на поједине врсте двостраних правних послова:

Поред одредаба које садрже општа правила о дејствима отварања стечајног поступка на двостране правне послове (уговоре), постоје и одредбе које садрже посебна правила о дејствима отварања стечајног поступка на поједине врсте уговора. Та правила представљају *lex specialis*, и ако постоје, примењују се пре општих.

3.3.1. Правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о обичној и комисионој дистанционој продаји (Право на потрагу ствари):

Дистанциона продаја (обична или комисиона) постоји ако се роба, која је предмет уговора, шаље ради испоруке из једног места у друго. Овде није битно да ли продавац и купац имају седиште у истом или различитом месту, него је битно да роба „путује" из једног места у друго. Због тога, може да се ради о дистанционој продаји и када се уговор закључује између присутних странака, а роба се шаље купцу у друго место.

Продавац коме куповна цена није исплаћена у целини може тражити да му се врати роба која је из другог места послата дужнику пре дана отварања

[34] Такво решење садржи и члан 76. ст. 2. предлога Закона о стечајном поступку (извор: www. mpriv. gov. yu).

[35] Гуцуња Ј. „Правно регулисање поверилачко-дужничких односа у случају престанка организације удруженог рада", докторска дисертација, Нови Сад 1980. стр. 259.

стечајног поступка, а до дана отварања стечајног поступка није приспела у место опредељења, односно ако је до тог дана дужник није преузео (у даљем тексту: право на потрагу ствари).[36]

Право на потрагу има и комисионар за куповину робе.[37]

Дакле, исто право под истим претпоставкама припада и комисонару који извршава комитентов продајни налог. Стога то и није било потребно посебно истицати у ставу 2. члана 111 ЗППСЛ. јер у уговору са дужником (купцем), комисионар, који иступа у своје име, такође има положај продавца.

Право на потрагу ствари се састоји у овлашћењу да се тражи повраћај већ послате робе стечајном дужнику. То право има карактер излучног права. Да би се ово право могло остварити, неопходно је да кумулативно буду испуњени следећи законски услови:

- да се ради о продајном уговору који је са стечајним дужником као купцем закључен пре отварања стечајног поступка.
- да цена није плаћена у целини
- да је роба послата пре отварања стечајног поступка
- да роба није стигла у место опредељења до дана отварања стечајног поступка, односно да није до тог тренутка преузета од стечајног дужника. (купац преузима робу пре приспећа ако су му предати робни документи који представљају робу у промету).[38]

Сврха овог института је у томе да се заштите продавац и комисионар за куповину робе у случају да се над купцем отвори стечајни поступак. Ако продавац или комисонар за куповину робе остваре право на потрагу ствари, успоставља се стање као пре испоруке робе. Овакав уговор о продаји, међутим, и даље остаје на снази и дели судбину свих осталих двострано обавезних уговора.[39]

Ако је дужник преузео само на чување робу која је стигла у место опредељења пре дана отварања стечајног поступка продавац нема право на потрагу, али има право да редовним путем оствари своја права у погледу те робе као излучни поверилац.[40] Наравно, неопходно је да буду испуњени други услови предвиђени законом, а који се односе на остваривање излучних права у стечају.

3.3.2. Правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о продаји са задржавањем права својине:

Продаја са задржавањем права својине је такав вид уговора о продаји у коме продавац задржава право својине на продатој и предатој ствари све док купац не исплати цену. Актом предаје ствари купац не стиче право својине већ

[36] Члан 111. ст. 1. ЗППСЛ.

[37] Члан 111. ст. 2. ЗППСЛ.

[38] Шогоров С., *op. cit*. стр. 194.

[39] Ibidem

[40] Члан 111. ст. 3. ЗППСЛ.

само државину ствари. Продавац је власник ствари све до момента исплате куповне цене у целини.

ЗОО. је, у извесном смислу, регулисао утицај отварања стечајног поступка на уговоре о продаји са задржавањем права својине. Задржавање права својине има дејства према купчевим повериоцима само ако је учињено у облику јавно оверене исправе, пре купчевог стечаја или пре пленидбе ствари. [41]

3.3.3. Правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о закупу

Уговор о закупу је двострано обавезан уговор. Као и код других двострано обавезних уговора отварање стечајног поступка не утиче аутоматски на даље постојање односно престанак, ових уговора. Овакви уговори као и сви остали двострано обавезни уговори остају на снази, с тим што стечајни управник уз одобрење стечајног судије може од њих одустати.

Ако уговор о закупу остане на снази стечајни дужник је у обавези да уредно плаћа уговорену закупнину, а потраживање по основу тог уговора спада у први исплатни ред, као трошак стечајног поступка.[42]

Уговоре о закупу стечајни управник може отказати независно од законских или уговорних рокова и то сваког првог дана у месецу са отказним роком од 30 дана.[43] Дакле, закон даје право стечајном управнику да откаже уговор о закупу без обзира да ли се стечајни дужник налази у улози закуподавца или закупца. Ово право стечајни дужник може да користи независно од законских или уговорних рокова. То значи да одредбе ЗППСЛ., као *lex specialis*, имају предност у односу на законске и уговорне одредбе којима је регулисано право на отказ и време трајања отказних рокова код уговора о закупу. Али, право отказивања уговора, независно од законских или уговорних рокова, има само стечајни управник у име стечајног дужника, а не и сауговарач стечајног дужника.[44] Ипак, стечајни управник може отказати уговор само сваког првог дана у месецу са отказним роком од 30 дана. Стечајни управник, међутим, не мора да се користи овим повлашћеним отказним роком. Таква ситуација постоји када је уговором или законом предвиђен повољнији отказни рок од овог предвиђеног у ЗППСЛ.[45]

---

[41] Члан 540. ст. 2. ЗОО.

[42] Члан 79. ст. 6. предлога Закона о стечајном поступку. (извор: www.mpriv.gov.yu)

[43] Члан 109. ст 1. ЗППСЛ.

[44] Члан 79. ст. 5. предлога Закона о стечајном поступку чак предвиђа да сауговарач не може отказати закуп после подношења предлога за покретање стечајног поступка, због закашњења закупнине или због погоршања имовинског стања стечајног дужника. Међутим, исти предлог закона у члану 79. ст. 7. наводи да стечајни дужник и сауговарач стечајног дужника могу одустати од уговора о закупу, ако је стечајни поступак покренут пре него што је стечајни дужник ушао у непокретност као закупац. Дакле, овде се и сауговарачу даје право одустанка.

[45] Члан 587. ст. 2 ЗОО. предвиђа следеће: „Ако дужина отказног рока није одређена уговором или законом или месним обичајима, она износи осам дана, с тим да отказ не може бити дат у невреме".

До тога може да дође и услед истека уговореног рока, ако је закуп на одређено време, или када отказни рок уследи по иницијативи друге уговорне стране, сагласно уговорним или општим законским роковима или условима.[46]

Отказни рок од 30 дана значи да је дужник у стечају дужан да извршава обавезе из тог уговора још 30 дана, после чега уговор престаје.

Иначе, стечајни управник може све уговоре о закупу отказати једно првог дана у месецу, а може то учинити и повремено, у зависности од потреба и интереса поверилаца (на пр. један уговор отказати једног, други другог итд.).

Наравно, у складу са општим правилима уговорног права, уговорне стране могу споразумно раскинути уговор и под другим условима и са другим роковима.

Отказом уговора о закупу , не дира се у право друге уговорне стране на накнаду штете коју та страна остварује као стечајни поверилац.[47]

На крају, на овом месту је потребно размотрити, какав утицај има отуђење закупљене ствари у току стечајног поступка. ЗППСЛ. не регулише ово питање. С друге стране ЗОО. разликује две ситуације.

Када до отуђења дође после предаје ствари у закуп, уговор остаје на снази, а прибавилац не може да захтева од закупца да му преда ствар пре протека отказног рока. Он само ступа на место закуподавца.

Међутим, у случају отуђења закупљене ствари пре предаје закупцу, разликују се два случаја, и то: да ли је прибавилац знао за уговор о закупу или не. Ако је знао, уговор остаје на снази. С друге стране ако прибавилац није знао за постојање уговора о закупу, аутоматски долази до престанка тог уговора, па прибавилац неће бити дужан да преда ствар закупцу, који само може да тражи накнаду штете од закуподавца.[48] Евентуално доказивање прибавиочеве несавесности пада на терет закупца.

3.3.4. Правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о налогу

У одељку који се односи на правне последице отварања стечајног поступка на једностране правне послове је већ било речи о правним последицама отварања стечајног поступка на налоге, али не у смислу уговора о налогу, већ у смислу налога као једностране изјаве тј. једностраног правног посла. Налог као једнострани правни посао треба разликовати од уговора о налогу који је двостран правни посао. Давање налога прераста у уговор о налогу само онда, када не остане једнострани акт налогодавца, већ наиђе на сагласност налого-

[46] Гуцуња Ј., *op. cit.* стр. 263.

[47] Члан 109. ст. 2 ЗППСЛ. ; Члан 79. ст. 4. предлога Закона о стечајном поступку превиђа, да у случају отказа уговора о закупу, закуподавац има право на накнаду штете у износу који не може бити виши од износа полугодишње закупнине.

[48] Гуцуња Ј., *op. cit.* стр. 263.

примца. Према томе у смислу нашег позитивног права, уговор о налогу је, као и сваки други уговор, неодвојив од сагласности воља двеју уговорних страна.

ЗППСЛ. регулише налоге само као једностране правне послове. На то указује и његова систематика, с обзиром да су налози регулисани истим чланом закона као и понуде које несумњиво спадају у једностране правне послове.[49] Правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о налогу су регулисане Законом о облигационим односима.

Уговор о налогу престаје кад налогодавац или налогопримац падне под стечај или буде потпуно или делимично лишен пословне способности.[50] Дакле, ЗОО. као један од разлога престанка уговора о налогу наводи престанак уговорних страна у стечајном поступку.

Кад је налогодавац пао под стечај, налог престаје у часу када је налогопримац сазнао за догађај због кога налог престаје.[51]

Међутим, ово правило нам се чини неодрживим, јер уговор о налогу престаје када престане да постоји једна од уговорних страна и немогуће је његово важење протезати до тренутка сазнања тог престанка.[52] Такво решење је произвољно и није у интересу стечајног дужника. Иначе, питање тренутка престанка уговора о налогу је од изузетног значаја за утврђивање обима одговорности стечајног дужника као налогодавца према сауговарачу- налогопримцу у случају раскида уговора.

Даље, ЗОО. садржи један изузетак када уговор о налогу не престаје да постоји стечајем налогодавца или налогопримца. Кад је налог дат да би налогопримац могао постићи испуњење неког свог потраживања од налогодавца уговор о налогу не престаје стечајем налогодавца или налогопримца. У датој ситуацији је уговор о налогу закључен да би налогопримац реализовао неко своје потраживање од налогодавца. Међутим, овакви случајеви су у пословној пракси веома ретки, с обзиром да постоје други, једноставнији и ефикаснији начини за регулисање међусобних односа између уговорних страна.[53]

На крају, правна правила којима се регулишу правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о налогу се сходно могу применити и на неке друге врсте уговоре, као што су уговор о посредовању, уговор о трговинском заступању, уговор о шпедицији, уговор о превозу, уговор о контроли робе итд.

3.3.5. Правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о комисиону

Уговор о комисиону је двострано обавезан правни посао на који се примењују општа правила о утицају отварања стечајног поступка на двостране

[49] Видети члан 110. ЗППСЛ.

[50] Члан 768. ЗОО.

[51] Видети члан 769 ст. 1 ЗОО.

[52] Перовић С., Коментар Закона о облигационим односима, Београд, 1995., стр. 1298.

[53] Ibidem

правне послове. Ипак, ЗОО. садржи и нека специфична правила која се односе на ову врсту уговора.

Комисиони посао је сложен правни посао који се састоји из три врсте правних односа. Стога, правне последице отварања стечајног поступка на ову врсту уговора треба анализирати постепено, анализом правних односа који су саставни делови комисоног посла.

Први правни однос се успоставља закључивањем уговора о комисиону између комитента и комисионара. У случају стечаја комисионара комитент може захтевати излучење из стечајне масе ствари које је предао комисионару ради продаје за његов рачун, као и ствари које је комисионар набавио за његов рачун.[54]

Једно излучно право се односи на ствари које је комитент предао комисионару ради продаје за његов рачун и оно представља конкретизацију општег појма излучног права из члана 117. ЗППСЛ. Наиме, у односима продајног комисиона, комитент остаје власник ствари коју је предао комисонару, и то све док је комисионар не преда купцу на основу уговора о продаји. Према томе, таква ствар није део имовине комисионара, и зато не може представљати део стечајне масе ако је над комисионаром отворен стечајни поступак.

Други облик излучног права постоји у корист комитента у погледу ствари које је комисионар набавио за његов рачун.

Међутим, у погледу стицања права својине код куповног комисиона постоје различита схватања. Према једном гледишту, које је формално-правно исправније, својину стиче комисионар, коју касније полагањем рачуна преноси на комитента. Према другом схватању, које више води рачуна о практичним аспектима, полазећи од становишта да је комисион индиректно заступништво, својину стиче непосредно комитент.[55]

Прво схватање је свакако исправније. Комисионар је у правном односу према трећем лицу иступао у своје име и једино је он са трећим лицем био у непосредном правном односу, те је на основу купопродајног уговора са трећим лицем стекао својину на предмету куповног комисиона. Стога на стварима које је он набавио не би требало да постоји излучно право у корист комитента. Ипак, с обзиром на чињеницу да комисионар послује у своје име, али увек за рачун комитента, направљен је изузетак у том смилу, те је установљено излучно право комитента на стварима на којима он нема својину, али које је комисионар набавио за његов рачун.[56]

Други правни однос постоји између комисионара и трећег лица. Овај правни однос се успоставља закључивањем неке врсте уговора са трећим лицем у који комисионар ступа у своје име, али за рачун комитента.

У том смислу, ЗОО. предвиђа да трећа лицаповериоци комисионара не могу ради наплате својих потраживања, ни у случају његовог стечаја, преду-

[54] Члан 789. ст. 1 ЗОО.

[55] Арсић З, *op. cit*. стр. 8.

[56] Ibidem

зети мере извршења на правима и стварима које је комисионар извршавајући налог стекао у своје име, али за рачун комитента, изузев ако се ради о потраживањима насталим у вези стицањем тих права и ствари.[57]

Овде се ради о потраживањима комисионара која је он стекао у своје име, али за рачун комитента према трећим лицима. Због тога повериоци комисионара не могу предузимати мере извршења у вези са таквим комисионаревим потраживањима. Комисионар ће таква потраживања на крају уступити комитенту. Исто тако повериоци комисионара не могу предузети ни мере извршења на стварима које је комисионар стекао за рачун комитента. Они не могу захтевати да ствари које је комисионар стекао за рачун комитента буду продате, и да се из продајне цене намире њихова потраживања према комисионару. Мада закон у том погледу није изричит, исто правило важи и у случају продајног комисиона. Повериоци комисонара не могу предузети мере извршења на стварима које је комитент предао комисионару ради продаје, јер су оне све док их комисионар не преда купцу у својини комитента.[58]

Ипак ЗОО. од ових правила предвиђа један изузетак. Изузетно, повериоци комисионара могу предузети мере извршења на стварима и правима које је комисионар стекао у своје име, али за рачун комитента, ако се ради о потраживањима насталим у вези са стицањем тих права и ствари (на пр. ако комисионар није платио возарину за ствар коју је купио од комитента, превозилац може продати такву ствар ради наплате возарине).

Међутим, одредба члана 788. ЗОО. говори о потраживањима поверилаца (трећих лица) према комисонару, а не и о потраживањима комисионара према комитенту. Због тога повериоци комисионара могу увек предузети мере извршења у вези са потраживањем комисионара према комитенту у погледу накнаде за обављени посао.[59]

Трећи правни однос постоји између комитента и трећих лица. Он се успоставља у тренутку, када комисионар који је до тада иступао у своје име, али за рачун комитента, уступи своја потраживања и друга права стечена према трећим лицима комитенту.[60]

У случају стечаја комисионара комитент може захтевати од трећег коме је комисионар предао ствари, да му исплати њихову цену, односно њен неисплаћени део. Ова одредба се односи на случајеве продајног комисиона, кад је комисионар предао ствар трећем лицу, али још није наплатио цену, а над комисионаром је отворен стечајни поступак. У таквим ситуацијама комитент може захтевати да треће лице њему, а не комисионару, плати пуну или неисплаћени део цене, чак и кад му комисионар није уступио то потраживање (у смислу члана 780. ст. 3 ЗОО). Ова одредба је нужна јер се захтев за излучење из стечајне масе може односити само на ствари, а не и на новац.[61]

[57] Члан 788. ЗОО.

[58] Перовић С., *op. cit*. стр. 1314.

[59] Ibidem

[60] Видети члан 780. ст. 3. ЗОО.

[61] Перовић С., *op. cit*. стр. 1315.

У правној теорији постоји схватање да ово право комитента треба да буде проширено и са могућношћу да комитент тражи повраћај ствари у случају да треће лице одбије исплату цене.[62] Ипак, овакво схватање није прихватљиво. У том смислу је потребно подвући аналогију са правилима о доцњи купца у погледу исплате куповне цене код уговора о купопродаји.

Наиме, код уговора о купопродаји, у случају доцње купца у погледу исплате куповне цене, када је испорука већ извршена, продавац не може да захтева раскид уговора и самим тим повраћај испоручене робе. Продавац тада има само право на затезну камату, накнаду друге штете и накнаду трошкова у складу са законом. Овакво правило је установљено, јер је могуће да је купац, у међувремену, робу прерадио или даље препродао, па би супротно правило произвело несразмерно велике трошкове за купца. Због тога се, ни комитенту не даје право да тражи повраћај ствари у случају да треће лице одбије исплату цене.

3.3.6. Правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о осигурању:

У погледу дејстава отварања стечајног поступка на уговоре о осигурању постоје две правно релевантне ситуације, у зависности од тога да ли је отворен стечајни поступак над осигуравачем или над уговарачем осигурања (то је често сам осигураник).

У случају стечаја осигуравача, уговор о осигурању престаје по истеку 30 дана од дана отварања стечаја.[63] Ово је посебно правило где се стечајном управнику који заступа стечајног дужника-осигуравача, не даје право да раскине уговор о осигурању у првих 30 дана од дана отварања стечајног поступка.

Стога, ако се осигурани случај догоди у року од 30 дана од дана отварања стечајног поступка, осигураник има право на накнаду из осигурања. Са своје стране, уговарач осигурања (често сам осигураник) дугује премију и за тај период времена. Ако је премија плаћена унапред за цео период осигурања, уговарач осигурања има право на повраћај дела премије, за време за које осигурање више не тече.[64]

Оба наведена потраживања немају привилеговани карактер, већ подлежу истом третману као и захтеви осталих поверилаца. Осигураник нема статус повериоца стечајне масе, јер његово потраживање иако настало после отварања стечајног поступка није последица радњи предузетих у току стечајног поступка у циљу прикупљања, очувања или уновчења средстава стечајног дужника.[65]

У случају стечаја уговарача осигурања осигурање се наставља, али свака страна има право да раскине уговор о осигурању у року од три месеца од дана

[62] Коментар ЗОО., Крагујевац 1980, књига II, стр. 607.

[63] Члан 923. ст. 2 ЗОО.

[64] Перовић С., *op. cit*. стр. 1502.

[65] Арсић З., *op. cit*. стр. 9.

отварања стечајног поступка, у ком случају стечајној маси уговарача припада део плаћене премије који одговара преосталом времену осигурања.[66]

На овом месту прво треба извршити одређена терминолошка разјашњења. ЗОО. говори о отварању стечајног поступка над уговарачем осигурања, а не осигураником, јер се имало у виду лице које је дужник премије. Наравно, разликовање уговарача осигурања од осигураника има смисла само ако је уговарач осигурања различито лице од осигураника. Међутим, ако је уговарач осигурања истовремено и осигураник, тада се наведена одредба примењује и у случају стечаја осигураника.

Дакле, у случају отварања стечајног поступка над уговарачем осигурања уговор о осигурању остаје на снази. Он наставља да постоји између стечајне масе и осигуравача. Ако наступи осигурани случај, стечајна маса ће постати поверилац у погледу исплате осигуране суме или накнаде у односу на осигуравача. Међутим, не могу сва потраживања која настану по основу закљученог уговора о осигурању од стране уговарача осигурања бити потраживања стечајне масе. Таква ситуација постоји ако је уговарач осигурања (над којим је касније отворен стечајни поступак) закључио уговор о осигурању у корист трећег лица. Тада, такво потраживање припада кориснику осигурања (трећем лицу), а не уговарачу осигурања тј. стечајној маси.

Даље, у случају пада под стечај уговарача осигурања, ЗОО. предвиђа да свака уговорна страна има право да раскине уговор о осигурању у року од три месеца од дана отварања стечаја.

На крају, у датом случају, стечајној маси уговарача осигурања припада део плаћене премије који одговара преосталом времену осигурања.

С друге стране, ако премија осигурања није плаћена, поставља се питање да ли уговарач пријављује своје потраживање као други повериоци или има право да се користи компензацијом. У том смислу постоје две правно релевантне ситуације.

Прво, ако премија осигурања није плаћена, а потраживање стечајног дужника настане наступањем осигураног случаја, пре отварања стечајног поступка, тада је могуће извршити компензацију потраживања осигуравача за неплаћене премије са потраживањем стечајног дужника у погледу накнаде или иплате осигуране суме због наступања осигураног случаја.

Друго, ако у датој ситуацији наведено потраживање стечајног дужника (стечајне масе) настане наступањем осигураног случаја након отварања стечајног поступка, компензација није могућа. Овде компензација није могућа јер се потраживања од дужника која су настала пре дана отварања стечајног поступка не могу пребити са потраживањем стечајне масе које је настало после дана отварања стечајног поступка.[67]

[66] Члан 923. ст. 1. ЗОО.

[67] Члан 107. ЗППСЛ.

3.3.7. Правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о лиценци

Отварање стечајног поступка над даваоцем или стицаоцем лиценце не доводи до непосредних правних последица на даље постојање или садржину уговора. Уговор о лиценци као и сви остали двострани обавезни уговори отварањем стечајног поступка остају на снази, осим ако стечајни управник уз одобрење стечајног судије не одустане од њих.

Дакле, ЗППСЛ. не садржи посебна правила о правним последицама отварања стечајног поступка на уговоре о лиценци. Међутим, ЗОО. садржи одређено специфично правило које се односи на ову врсту уговора. У случају стечаја или редовне ликвидације стицаоца лиценце давалац лиценце може раскинути уговор.[68] У датом случају постоји одступање од општег правила да само стечајни управник као заступник стечајног дужника може одустати од уговора, јер се овде право на раскид уговора о лиценци, у случају пада под стечај стицаоца лиценце-стечајног дужника, даје и другој уговорној страни-даваоцу лиценце. Тиме се давалац лиценце штити од преноса лиценце, као саставног дела стечајне масе, на друга лица (стечајне повериоце) којима он не жели да дозволи искоришћавање предмета лиценце. То је његов легитиман конкурентски интерес.[69]

3.3.8. Правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о кредиту

ЗППСЛ. не саджи посебна правила о правним последицама отварања стечајног поступка на уговоре о кредиту.

Међутим, према ЗОО. уговор о кредиту банка може отказати пре истека уговореног рока и у случају инсолвентности корисника чак и кад није утврђена судском одлуком, у случају престанка правног лица или смрти корисника, ако би у тим случајевима давалац кредита дошао у битно неповољнији положај.[70]

Наведеном одредбом није изричито наведено да давалац кредита-банка има право да раскине уговор у случају отварања стечајног поступка над корисником кредита.

Међутим, пошто је предвиђено да банка може отказати уговор о кредиту у случају инсолвентности корисника, чак и кад није утврђена судском одлуком, јасно је да треба закључити да јој то право припада и у случају кад је над другом страном-корисником кредита отворен стечајни поступак.

Ипак, за банку раскид уговора из овог разлога може бити практично интересантан само пре него што је над инсолвентним кориником кредита отворен стечајни поступак. После тога, све рате отплате кредита се сматрају као доспеле даном отварања стечајног поступка и без раскида уговора.

[68] Члан 711. ст. 3 ЗОО.

[69] Перовић С., *op. cit*. стр. 1246.

[70] Члан 1067 ст. 2. ЗОО.

Овде, треба нагласити да се банка не би могла позивати на овај разлог за раскид уговора о кредиту, ако је у питању санациони кредит. Наиме, банка је одобрила санациони кредит предузећу знајући да је оно запало у материјално финансијске потешкоће и то управо са циљем да му помогне да превазиђе те тешкоће. Тада би била изиграна сврха уговора о санационом кредиту ако би се банка могла позвати на инсолвентност корисника кредита као разлог за раскид уговора.

3.3.9. Правне последице отварања стечајног поступка на издавачке уговоре

Закон о ауторском и сродним правима[71], као ни ЗППСЛ. не регулишу престанак издавачког уговора у случају отварања стечајног поступка над издавачем, па се зато примењују општа правила о правним последицама отварања стечајног поступка на двостране правне послове.

Ипак на овом месту је потребно указати на једно мишљење које је присутно у нашој правној теорији. Према том схватању, у нашем праву би требало преузети немачко решење, по коме аутор може одустати од уговора, у случају отварања стечајног поступка над издавачем, ако није започето умножавање дела, јер би се тиме на најбољи начин заштитили интереси аутора.[72]

3.3.10. Правне последице отварања стечајног поступка на уговоре о лизингу

ЗППСЛ. није на посебан начин регулисао дејства која отварање стечајног поступка има на уговоре о лизингу. Такође, ни ЗОО. не помиње ову врсту уговора. То је и разумљиво, јер је уговор о лизингу творевина аутономног привредног права и није био распрострањен у нашој пословној пракси у време доношења наведених закона. Међутим, код нас је прошле године донет Закон о финансијском лизингу[73] који регулише један посебан облик уговора о лизингу тзв. финансијски лизинг. Стога, предлог новог Закона о стречајном поступку садржи посебна правила о правним последицама отварања стечајног поступка на ову врсту уговора.

Ако се отвори стечајни поступак над даваоцем лизинга, примењују се општа правила о правним последицама отварања стечајног поступка на двостране правне послове.

Међутим, ситуација је знатно сложенија ако се отвори стечајни поступак над корисником лизинг објекта.

С обзиром да је суштина лизинга стицање права коришћења лизинг објекта од стране корисника, а да при томе давалац формално остаје титулар пра-

[71] „Службени лист СФРЈ". бр. 24/98.

[72] Капор В. - Царић С., Уговори робног промета, Београд 1979., стр. 401.

[73] Службени гласник бр. 55/2003.

ва својине на предмету лизинга, поставља се питање каква ће бити судбина предмета лизинга у случају стечаја корисника лизинга. Наиме, отварањем стечајног поступка се формира стечајна маса у коју улази сва имовина стечајног дужника-корисника лизинга, па будући да је предмет лизинга у његовој државини сасвим је могуће да се предмет лизинга „нађе у стечајној маси".[74]

У таквој ситуацији, да би се спречило да повериоци корисника лизинга-стечајног дужника своја потраживања реализују и из предмета лизинга нови предлог Закона о стечајном поступку је предвидео следеће: „Ако се стечајни поступак покрене над примаоцем лизинга, давалац лизинга има право на одвојено намирење и право приоритета на предмету лизинга".[75] Овде је реч о тзв. излучном праву тј. праву да се из стечајне масе дужника, овде корисника лизинга, изузму ствари које нису у његовој својини, али се налазе у његовој државини по неком другом основу као на пр. послузи, закупу и сл. С обзиром да давалац лизинга има право својине на предмету лизинга, а да корисник има само право коришћења (употребе), давалац у случају отварања стечајног поступка над корисником лизинга има право да захтева издвајање предмета лизинга из стечајне масе, односно њен повраћај. Међутим, ако на предмету лизинга постоји истовремено и разлучно право (на пр. право ретенције, право залоге и др.) неког трећег лица, то право има предност у односу на излучно право даваоца лизинга.[76]

4. Закључак

Правно регулисање правних последица отварања стечајног поступка је веома сложено. Правне последице отварања стечајног поступка су бројне и вишестране. Од свих правних последица, несумњиво су најзначајније имовинско-правне. Ово стога што су норме, којима се регулишу имовински односи стечајног дужника и других субјеката на тржишту најзначајније за привреду у целини.

Отварањем стечајног поступка се не обуставља у потпуности пословање стечајног дужника, али се оно у значајној мери ограничава. Потпуни престанак стечајног дужника би имао значајне негативне последице. С друге стране неприхватљиво је и настављање пословања стечајног дужника у истом обиму као пре отварања стечајног поступка, јер је очигледно да се ради о презадуженом и привредно неспособном привредном субјекту.

Анализа правних последица отварања стечајног поступка које се односе на једностране, двостране правне послове и право на потрагу ствари је показала сву сложеност ситуација у којима могу да се нађу стечајни дужник и његов

[74] Кљајић Д., Правни односи код међународног финансијског леасинга, магистарски рад, Нови Сад, 2003., стр. 181.

[75] Члан 75. ст. 1. предлога Закона о стечајном поступку. (извор: www.mpriv. gov. yu)

[76] Нови предлог Закона о стечајном поступку разликује две врсте стечаја, банкротство и реорганизацију стечајног дужника. У том смислу су утврђена различита правила у погледу дејстава која једна или друга врста стечаја има на уговоре о финансијском лизингу.

сауговарач у тренутку отварања стечајног поступка. Даље, чињеница да у нашем праву, ова материја није регулисана јединственим законским текстом, знатно отежава тумачење и примену појединих правних правила која се односе на дејства отварања стечајног поступка. Стога сам, у раду покушао да на једном месту, на свеобухватан начин прикажем све оне норме којима се регулишу дејства која отварање стечајног поступка има на једностране и двостране правне послове.

Vladimir Marjanski, Teaching Assistant
Novi Sad School of Law

Certain legal consequences of initiation of the bankruptcy proceedings

Abstract

Legal consequences of initiation of the bankruptcy proceedings are the ones effecting arising, change, alteration, and termination of certain rights and obligations of a bankrupt debtor, his legal and business capacity and his qualifications. Given that there is a large number of legal consequences following initiation of bankruptcy proceedings, and that the scope of this paper prevents us from analyzing all of them, the subject of this paper shall be merely certain obligation law consequences, in particular those related to unilateral and bilateral legal transactions and the right to claim and delivery. The right to claim and delivery may be assigned to effects which the bankruptcy proceeding causes to bilateral legal transactions, since it concerns the effects caused by the proceedings to a specific kinds of contracts, i.e. the contracts on common, distant and commissioned sale of goods. Therefore, in this piece the right to claim and delivery has been placed within the chapter which discusses effects of initiation of the bankruptcy proceedings on certain kinds of bilateral legal transactions. The analysis of legal consequences caused by initiation of bankruptcy proceedings to unilateral and bilateral legal transactions and the right to claim and delivery displayed the complexity of situations a bankrupt debtor and his counter contractor may find themselves in at the moment of initiation of the bankruptcy proceedings.

УДК 343.98
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 249-266

Др Иштван Фејеш, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

МЕСТО И УЛОГА КРИМИНАЛИСТИКЕ У СИСТЕМУ КРИВИЧНИХ НАУКА И ПРЕСПЕКТИВЕ ЊЕНОГ РАЗВОЈА

Сажетак: *Пре петнаестак година један аутор[1] се питао да ли умире криминалистика. Протекло време је показало да криминалистика не само да не умире већ доживљава снажан развој. То међутим не значи да су сви проблеми криминалистике решени. Још увек нису до краја расправљена ни веома важна питања места и улоге криминалистике у систему наука уопште и посебно у односу на кривичне науке. Ово нису питања само од теоретске важности већ имају и велики практични значај, и утичу и на даљи развој криминалистике. Узбудљивом питању тенденција даљег развоја је посвећен други део рада.*

Кључне речи: *криминалистика, кривичне науке, систем, развој*

[1] *Jaeger, Stirbt die Kriminalistik? Der Kriminalist,* бр. 4/1990.

I Увод

Снажне и брзе друштвено-економске промене у другој половини XX и на почетку овог века одразиле су се и на криминалитет и на друштвене захтеве у погледу сузбијања те појаве. У погледу криминалитета се испољавају неповољне тенденције. Глобална појава је раст броја извршених кривичних дела, јављају се опасни нови облици, све више су изражени елементи насиља, организованости и интернационализације, расте број деце међу учиниоцима итд. Еволуирају етичка и правна схватања људи, друштава и међународне заједнице о криминалитету и његовом сузбијању. Инсистира се на људским правима и изграђују међународни стандарди за њихову заштиту.

Све то ствара ново окружење за рад на сузбијању криминалитета.

Насупрот изразитој динамици појавних облика и других карактеристика криминалитета, уочљива је релативна стабилност метода његовог сузбијања. То само по себи не мора бити негативно. Наиме, заштита основних права и слобода, правна сигурност и едукација лица која примењују закон захтева високу стабилност како у примени правних прописа тако и криминалистичких правила. Међутим, ако се томе прибroји и инертност законодавца, и неки други објективни (недостатак финансијских средстава и стручњака) и субјективни (незнање, страх од новина, итд.) фактори, крајњи резултат је да наспрам динамичног криминалитета стоји у суштини крут и конзервативан прогон.

Криминалитет и његово сузбијање узајамно утичу један на другог. Из тога следи да је неповољно стање криминалитета у узрочној вези и са недостацима његовог сузбијања. И наука сноси своје део одговорности. Недовољна ефективност сузбијања криминалитета је делом и последица недостатака у научном раду у наукама које се баве криминалитетом и његовим сузбијањем где спада и криминалистика[2]. Ради ефикасног сузбијања криминалитета или бар формирања чврсте и стабилне равнотеже на пољу сузбијања криминалитета, који ће бити у сагласности са и захтевима идеје правне државе, неопходна је научна позадина у коме ће као грана наука која се баве криминалитетом поред кривичног права (материјалног и формалног) и криминалне политике значајно место добити и криминалистика. Констатно пооштравање казнене политике не може на дуге стазе донети побољшање[3].

Светски, а нарочито европски интеграциони процеси и процес хармонизације правних система који прати те токове, у значајној мери утиче на убрзање развоја наука која се баве криминалитетом, а у оквиру њих, нарочито криминалистике. Да би се формирао ефикасна систем прогона против криминалне активности, које више не познаје државне границе, неопходна је координација

[2] За разне дефиниције појма криминалистике и проблеме везане за термин „криминалистика" видети код Алексић-Миловановић, *Криминалистика*, Београд, 1994. стр. 20-24. и Fenyvesi, A *kriminalisztika mint tudományág és mint egyetemi tantárgy*, Magyar Tudomány, br. 2/2003., стр. 196-197

[3] Неки аутори наглашавају да данашња криминална политика није у стању „да пресудније утиче на криминалитет упркос савремених метода и преношења антикриминалне активности на нове друштвене механизме" видети: Кривокапић, *Нове тенденције у криминалистици*, JPKK, бр. 1/2001., стр. 54.

и хармонизација метода откривања и доказивања кривичних дела на међународном нивоу. [4]

Ради остварења ових захтева, поред бројних других, наука треба да одговори и на питање где је место и каква је улога криминалистике у том систему и каве су перспективе развоја. Овим питањима ћемо се бавити у овом раду.

II Криминалистика и кривичне науке

1. Криминалистика као део система кривичних наука

Науке које се редовито користе у борби против криминалитета називамо системом кривичних наука. Елемент тог система је и криминалистика.

Криминалистика има истакнуто место у борби против криминалитета, али ову функцију може ефикасно испунити само као грана система кривичних наука. Без сагледавања места криминалистике у том систему није могуће схватање теорије, изградња система правила и препорука криминалистике нити њихова ефикасна практична примена. Ово питање дакле није само од теоретског већ и великог практичног значаја.

2. Настанак система кривичних наука

а. Раздвајање кривичног права и кривичног процесног права

У средњем веку кривично право је још било неиздиференцирано. Кривичним законицима су прописивана кривична дела, санкције, поступак и извршење санкција. Кривични законици касног феудализма прописивали су и обиље правила за откривања и доказивање кривичних дела. У том погледу је добар пример Кривични законик Марије Терезије (*Constitutio Criminalis Theresiana*) из 1768. г. који је предвиђао детаљна, обавезна правила за утврђивање чињеничног стања код појединих кривичних дела[5].

[4] Да је такав процес отпочео показује да се радна тела на бројним подручјима криминалистике баве разрадом метода криминалистичких вештачења, који ће бити прихватљив и за органе прогона и судове разних земаља. Видети о томе извештаје радних група за трасологију и ДНК Европске мреже института кривичних наука, *Information Bulletin for Shoeprint/Toolmark Examiners*, jun 2001., Tom VII, br. 2.

[5] Тако су у погледу фалсификовања новца у пар. 5 Арт. 63. прописана:

„Посебна питања која у вези фалсификовања новца треба поставити следећим редоследом: како је (осумњичени-И. Ф.) дошао до средстава за фалсификовање и фалсификованог новца којег је издао или је код њега нађен. Ако именује лице од којег је те предмете добио, његово име и начин предаје треба јасно и исцрпно описати. Да ли је сам израђивао фалсификоване монете (ако није именовао лице од кога их је добио), па ако је то признао, колико често? Колико комада и од каквог метала? Где је набавио метал, клише и друга средства? Како је извео саму радњу? Које алате је користио и где их је набавио? Да ли су људи из куће или господар куће знали за то и да ли су имали корист од тога? Од кога је научио фалсификовање, како му је име и где се налази? Да ли је трошио фалсификован новац ? Колико? Коме (је платио-И. Ф.) ? Где? Треба да наведе име места."

Историјски посматрано, главни облик борбе против криминалитета било је вековима репресивно, постделиктно реаговање. Монопол кривичног права је уздрман у доба просветитељства, кад се поред репресивног прогона почиње јављати идеја и потреба за превентивним деловањем тј. спречавањем извршења кривичних дела. Са друге стране, све више и бржим темпом се ширио круг научних и стручних сазнања која су се могла користити у борби против криминала. Како се развијало кривично право и са њим повезане науке, тако се ширила лепеза доказних средстава. То потврђује правило да су током историје за откривање учиниоца и доказивање његове кривице увек коришћена средства која су одговарала датом нивоу развитка друштва.

Све већи квантитет и квалитет знања и бржа специјализација довели су до формирања посебних научних дисциплина. Са аспекта наше теме веома је важно било раздвајање материјалног и процесног кривичног права и касније издвајање криминалистике из кривичног процесног права.

б. Настанак криминалистике

Идејни токови који су кулминирали у Француској буржоаској револуцији довели су до брисања тортуре као законског средства за утврђивање истине и са њим и система законске оцене доказа. Прихватање идеје слободног судског уверења учинило је сувишним обавезна упутства за утврђивање чињеничног стања која су у кривичним законицима 18. века била раширена. Због тога закони о кривичном поступку који се доносе у XIX веку, та правила више не садрже. Судије, нарочито истражне судије и тужиоци су тако постали много слободнији, неспутани у свом раду али и препуштени сами себи. Потребе органа прогона, развој науке и велики раст криминалитета све су јаче наметале потребу за формирањем науке која би се бавила откривањем, доказивањем и спречавањем кривичних дела. Због те потребе у Европи се од 30-тих година XIX века све чешће објављују научни радови усмерени на развијање кривичног правосуђа. Аутори тих дела су биле најчешће судије и универзитетски професори либералног духа, који су одбацивали крута формализована правила доказивања и оцене доказа ранијег феудалног кривичног поступка. У својим радовима су давали препоруке у вези доказа и доказивања у кривичном поступку. Били су непосредни претходници криминалистике. Од бројних аутора треба споменути пинирски рад Л. Х. Франц фон Јагемана (*L. H. Franz von Jagemann*) и његово дело „Наука судске истраге"[6]. Већ се из наслова види да аутор није имао само намеру писања стручне књиге већ и полагања основа нове науке. Први том је посветио теорији истраге. Главним задатком тог дела своје књиге сматрао је разраду правила за откривање и фиксирање доказних средстава. У преко 700 праграфа је расправља о правилима увиђаја, узапћења ствари, саслушању окривљеног и сведока. У другом тому, након резимирања прописа и принципа, на више стотина практичних примера-од увиђаја до извршења смртне казне-приказује практичну реализацију разних мера.

[6] *Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde* (Frankfurt am Main, Tom I, 1838., Tom II, 1841.).

Користећи Јагеманову терминологију Ханс Грос (*Hans Gross*) је 1893. г. објавио своје познато дело „Приручник истражног судије" у коме је дао добро сређена знања за спровођење кривичне истраге. Велика му је заслуга да је обимно расправљао о могућности примене тадашњих савремених достигнућа науке и технике у истрази и појединим вештачењима. Тиме је знатно повећао интердисциплинарност истраге и указао на пожељан правац развоја. Трећем издању своје књиге 1899. г. дао је поднаслов „Као систем криминалистике" мада се није бавио детаљније питањима места криминалистике у систему кривичних наука. Л. Х. Франц фон Јагеман и Ханс Грос се могу сматрати „очевима" криминалистике.

Друга половина XIX века је доба великих кривичноправних кодификација у Европи. Тај процес је дао нов подстицај научном раду у кривичноправним дисциплинама, што је довело до дефинисања места криминологије и криминалистике и њихово укључење у кривичне науке. Оснивањем криминалистичких института (Лозана 1909. г., Грац 1912. г., итд.) криминалистика се коначно осамосталила.

3. Стручна знања у сузбијању криминалитета

Све до краја XVIII и почетка XIX века није тражено неко посебно стручно знање за вршење послова кривичног прогона. Све до формирања специјализованих органа за вршење послова правосуђа и државне управе, сазнавање чињеница везаних за кривична дела вршено је на основу тадашње опште културе и животног искуства. У највећем броју европских држава све до почетка XIX века није формирана стална специјализована организација за откривање и доказивање кривичних дела, која би свој рад заснивала на стручним знањима. Овакво стање је онемогућавало стручан рад на кривичном прогону. Те послове су обављали војне јединице стациониране у тврђавама и пандури, ноћни стражари или друго слабо плаћено особље локалних самоуправних органа. И једни и други су били подједнако неспособни за обављање послова кривичног прогона базиране на стручном знању.

Стручно знање добија на значају формирањем специјалних органа за борбу против криминалитета. Оно временом све више добија на значају и данас се може констатовати да је за ефикасан прогон неопходна *врхунска стручна спрема и примена научних достигнућа.* У делатности сузбијања криминалитета стално расте број активности за које је поред животног искуства и опште културе неопходно и стручно знање. Због тога је јако важно да се едукацији лица која учествују у сузбијању криминалитета посвети највећа могућа пажња.

Криминалистика има значајну улогу у сузбијању криминалитета, поред осталог и због тога што научна достигнућа из разних научних области сакупља, прилагођава, даље развија и предаје пракси ради коришћења у превентивној или репресивној делатности. Њихово укључење у криминалистички инструментаријум постаје са развојем науке и технике све сложенији задатак. Интеграција савремених, сложених научних достигнућа захтева научно засновану *адаптацију,* а даље *развијање* и усавршавање тих метода и научно засновану *истраживачку* активност.

У садашњем моменту научно-техничког развоја, овај задатак криминалситика може испунити ако у својству кривичне науке користи своје интердисциплинарне научне везе.

4. Структура криминалистике

Да би криминалистика могла успешно обавити своју интегрирајућу функцију неопходно је да њене *теоретске поставке* задовоље научне критеријуме и да њена *унутрашња структура* буде прилагођена и теорије и пракси. Прилагођавајући се овом другом захтеву у унутрашњем структуирању криминалистике могу се уочити две тенденције:

– раздвајање теоретског и практичног дела[7]

– формирање таквих структуралних јединица (нпр. криминалистичка тактика) који примењују криминалистичке методе и средства сагласно потребама и практичне примене и научних истраживања.[8]

Релативно јасна диференцијација појединих делова криминалистике је за неке ауторе био довољан разлог за њихово потпуно издвајања као посебних научних области. Такво схватање међутим губи из вида да поједини делови представљају конкретизацију и разраду општег предмета науке. Криминалистика није „прост збир разнородних садржаја већ целина у којој делови стоје у односу чврсте међусобне повезаности".[9]

Пракса је показала да се ефикасно могу користити таква стручна знања, која се заснивају на објективним, провереним поставкама криминалистике и других наука. И стварања и развијање метода и средстава прогона, могуће је само коришћењем поставки криминалистике и других наука. У том погледу проток информација је од великог значаја.

Између теорије и праксе прогона проток информација је узајаман:
– један правац: пракса, практична искуства – стручно знање – наука
– други правац (повратна спрега): – наука – стручно знање – пракса.
Оба правца су једнако важна.

5. Место криминалистике у систему наука

Већ је наглашено да криминалистика има истакнуто место и значајне функције у борби против криминалитета. Међутим тај сложени друштвени феномен због бескрајно великог броја фактора који утичу на њега, не може

[7] Нпр. Kube – Schreiber криминалистику структурално раздвајају на: практичну криминалистику (збир метода и средстава који се користе у пракси), научну криминалистику (криминалистичке поставке проистекле из научних истраивања) и теоретску криминалистику (грана која се бави теоретским радом), видети: Kube-Schreieber, *Theoretische Kriminalistik*, Handbuch für Praxis und Wissenschaft, Tom I. Stuttgart-München, 1992. str. 4.

[8] Katona, *A kriminalisztika és a bnűgyi tudományok*, Budapest, 2002., стр. 68

[9] Алексић-Миловановић, *Криминалистика*, Београд, 1994. стр. 26.

бити сузбијен са ослонцем само на достигнућа једне науке. Да би могла задовољити бројне и разнородне захтеве, криминалистика мора да заузме одговарајуће место у *систему наука* и мора да има разгаранате *везе* са другим наукама. Те везе обезбеђују, да на формирање криминалистичких правила и препорука не утичу само потребе праксе већ да се на конструктиван начин узму у обзир могућности и евентуалне забране повезаних научних грана.

а. Одређивање места криминалистике у систему наука

Одређивања места кримналистике у систему наука отежава, али не спречава њена разграната структура. Но мора се признати је питање лоцирања криминалистике у систему наука једно од највише дискутованих питања у криминалистичкој научној литератури.

Место криминалистике у систему наука се може одредити на основу различитих критеријума. Ниједан *није савршен нити има опште прихваћеног критеријума*. Чини се најсврсисходнијим да то мерило буде *задатак* и *предмет* криминалистике[10]. Задатак криминалистике је помагање правосуђу у борби против криминалитета. Предмет криминалистике је спречавање, откривање и доказивање кривичних дела и њихових учинилаца. Кривична дела су радње које имају одређени *(кривично) правни* значаја и повлаче одређене (најчешће) *кривичноправне последице*. Полазећи од тих поставки, криминалистика се може сврстати међу *друштвене науке*. У оквиру те групе *међу правне науке*, прецизније кривичне односно форензичне правне науке.

Оваквој систематизацији се могу упутути одређени приговори. Евидентно је да криминалистика у све већем броју користи достигнућа *егзактних* наука (хемије, физике, математике, биологије итд.)[11]. Међутим примена научних метода различите природе је у функцији задатка и предмета криминалистике. Поред тога, криминалистика не прихвата механички методе и средства из природних техничких и других наука, него их прво прилагођава својим специфичним захтевима и задацима. Из ових разлога она се мора сврстати у *систем кривичних наука*.

б. Везе криминалистике са системом кривичних наука

Криминалистика се не може посматрати ван контекста друштвених односа и потреба друштва да се криминалитет искорени (што је засад иреалан захтев) или да се држи на неком подношљивом нивоу (што је много реалније).

[10] Katona, *A kriminalisztika és a bnűgyi tudományok*, Budapest, 2002, стр. 69. сматра, да овај критеријум навише одговара практичним потребама.

[11] Имајући то у виду већина теоретичара сматра да криминалистика није правна наука. Тако Алексић-Миловановић, *Криминалистика*, Београд, 1994. стр. 24., сматрају да је криминалистика „чињенична (реална) наука чија се садржина не исцрпљује једино у њеним везама с правним наукама и правном праксом".

Као наука, криминалистика се мора посматрати и у односу и садејтсву са другим наукама које за предмет имају криминалитет (кривично материјално и процесно право, криминологија и др.)[12]

Криминалистика чији је тачан обим и садржај предмет жучне дискусије у задњих сто година, већ од свог настанка заузима специфично место у систему кривичних наука. Са једне стране то је наука са изразитом оријенатцијом на праксу. Са друге стране, обим знања обухваћено криминалистиком се стално и све брже повећава и мења.

Према критеријуму систематизације који се заснива на предмету и задатку науке у систем кривичних наука спадају науке које се баве феноменима криминалитета и његовим сузбијањем.

Ове науке имају бројне међусобне разлике, али им је заједничко да се баве феноменима који су у основи правне природе:

– криминалитетом
– кривичним правосуђем и уопштено узевши
– превентивном и репресивном борбом против криминалитета.

Међу предметима појединих кривичних наука налазе се како објективни феномени (поједина кривична дела или њихов збир-криминалитет), тако и субјективни (учиниоци појединих кривичних дела са својим психофизичким и социјалним особинама – мање или веће групе, или збир – криминалци) и друштвени токови и животни токови појединаца које резултирају извршењем кривичног дела.

Предмет кривичних наука је кривично дело као појединачна појава, учинилац као индивидуа и криминалитет као масовна друштвена појава што се као правни феномен безбројним нитима везује за друге друштвене појаве. Сагласно томе кривичне науке су везане безбројним везама за друге науке.[13]

аб. Криминалистика и кривично право

Кривично право и кривично процесно право су детерминирајући елементи система кривичних наука.

Историјски посматрано кривично право, кривично процесно право и криминалистика имају заједничко легислативно порекло у средњевековним кривичним законицима. После долази до диференцијације. Прво се из кривичног права издваја кривично процесно право а нешто касније се формира и криминалистика као самостална наука. Кривично право и кривично процесно право и данас битно детерминише у суштини правну природу криминалистике и правне оквира њеног деловања.[14]

[12] То наглашава и наша литература, видети: Кривокапић, *Савремене тенденције у криминалистици*, ЈРКК, бр. 1/2001, стр. 52.

[13] Katona, *A kriminalisztika és a bnűgyi tudományok*, Budapest, 2002, стр. 70.

[14] Катона, ibidem.

Раније је у оквиру кривичних наука, поред науке кривичног права и кривичног процесног права, разликоване допунске и помоћне науке. У ове је убрајана криминалистика и криминологија.[15] Савремена теорија система наука је напустила овакво рангирање наука, ослањајући се на самосталност и различитост наука, али тиме није умањен значај кривичног права. Међу самосталним наукама не може бити односа над-и подређености. Криминалистика је самостална наука са јединственим системом научног сазнања у коме се јасно уочавају предмет и метод истраживања и теоретске поставке. „Наука може бити помоћна само у односу на праксу која користи њена сазнања".[16]

И поред њене самосталности, кривично право одређивањем услова кривичне одговорности и прописивањем појединих кривичних дела врши велики утицај на криминиалистику. Одређује њен круг деловања. Објективна и субјективна обележја кривичног дела дају смернице криминалистима, које чињенице треба утврдити, а то утиче на одабир средстава и метода. Неке од њих кривично право забрањује. У савременом законодавству треба да постоји и повратна спрега. Приликом доношења прописа кривичног права треба у највећој могућој мери узети у обзир правила, препоруке и искуства криминалистике (и науке и праксе). То би требало да обезбеди ефикасно спровођење таквих норми у пракси.

бб. Криминалистика и кривично процесно право

Веза криминалистике и кривичног процесног права је евидентна и опште позната. Међутим она је дубља него што се обично мисли. Основни принципи кривичног процесног права имају капитални значај не само са аспекта праксе већ и криминалистичке теорије. Основно полазиште у теоријском фундирању различитих препорука и правила је, да оне морају бити у сагласности са тим принципима (у првом реду са принципом законитости и неповредивости личних права).

Важан и сложен задатак је усклађивање криминалистичких и правних правила у појединим случајевима. Криминалистички рад и процесна активност заснивају се на два различита мисаона процеса. Криминалистика на чињенично-научном, а процесна на нормативно-правном. Ова два метода треба ускладити, што није нимало лако јер се криминалистика користи методима врло различитих наука, које треба на специфичан начин прилагођавати већ унапред фиксираним процесним нормама. Велика практична важност овог проблема се најбоље може видети на следећем примеру: Једно од принципа кривичног поступка је да случају сумње чињенице треба тумачити у корист окривљеног (*in dubio pro reo*). Али то не сме да важи и за криминалисту и вештака који треба да

[15] Тако Грубач, *Кривично процесно право – Увод и општи део*, Београд, 2002. стр. 64, у помоћне кривичнопроцесне науке сврстава Криминалистику, Судску медицину, Криминологију, Правну логику и Правну етику

[16] Алексић-Миловановић, *Криминалистика*, Београд, 1994. стр. 25

раде сагласно правилима своје струке и да објективно утврђују чињенице без обзира у чију су корист.

Нарочито је важна веза између кривичног процесног права и криминалистичке тактике у погледу разраде норми и препорука које се односе на лична доказна средства.

У бројним земљама и англосаксонског и континенталног правног система из кривичног процесног права се издвојило доказно право. Научна дела из ове области могу допринети развоју криминалистике осавремењивањем метода оцене доказа. У САД је то већ довело до тога да се криминалистичка знања излажу везана за систем доказног права.

На криминалистику поред позитивноправних прописа, утицај врше и судски прецеденти и то не само у англосаксонском правном систему. Они се морају имати у виду у практичном раду. Добар пример за то је забрана коришћења полиграфа у пресудама највиших судских органа у Немачкој.

Кад се расправља о вези кривичног процесног права и криминалистике мора се указати и на неке неуралгичне тачке. Брзи развој наука на које се ослања криминалистика стално шири могућности откривања и доказивања. Законодавство међутим не прати тај темпо из разних разлога, тако да процесноправни прописи често ограничавају или чак и спречавају коришћење нових, ефикасних метода. То отежава рад органа прогона нарочито у сузбијању врло опасних савремених видова криминалитета као што је организовани криминалитет (и разни његови облици), привредни криминалитет итд. Чврста веза криминалистике и кривичног процесног права је по природи ствари двосмерна, што значи да и криминалистика треба да утиче на процено право. Бојазан од могућих злоупотреба не сме да кочи законско прихватање савремених средстава. Они требају бити што пре законом дозвољени уз неопходне кривичноправне и процесноправне мере од могућих злоупотреба.[17]

ц. Веза криминалистике и природних наука

Један од разлога настанка криминалистике била је потреба примене достигнућа природних и техничких наука у кривичном поступку.

Примена природних наука имала је утицај и на унутрашњу структуру криминалистике. Важан критеријум поделе на тактику и технику се делом заснива и на примени метода и средстава које су пореклом из области друштвених односно из природних и техничких наука.

Набрајање природних и техничких наука од које је криминалистика преузимала методе и средства било би најједноставније али најмање корисно.

Већу вредност има испитивање повезаности користећи квалитативне и квантитавне показатеље.

У *прву групу* спадају најмање вредне, случајне, *ад хок везе*, којих је безброј. Релативно често, али се ипак ад хок користе знања нпр. геологије, зо-

[17] Тако и Кривокапић, *Савремене тенденције у криминалистици*, JPKK, бр. 1/2001, стр. 51.

ологије, металургије, ентомологије и сл. Они се примењују у криминалистици без нарочите адаптације. Сходно томе ни према вештацима се не постављају неки посебни захтеви. Треба да располажу знањем које је довољно да дају одговор на постављена питања.

У *другу групу* се могу сврстати научне области чија се достигнућа *редовно* користе у криминалистици. Чврста веза изграђена са овим наукама врши значајан утицај на обе стране.

Тако је дактилоскопија била изворно предмет изучавања анатомије. На овим сазнањима је изграђена посебна грана криминалистике. При томе, њу је криминалистика прилагодила својим потребама, израдила посебан систем и правила и вршила научна истраживања за своје потребе. Данас је већ изграђени аутоматизовани системи идентификације на бази папиларних линија.

У криминалистичку фотографију интегрисана знања из области оптике и фотохемије везане за фотографију. У трасологију су нпр. интегрисана анатомска знања о стопалу и техничка знања о производњи обуће. У криминалистичку балистику, техничка и балистичка знања о производњи и коришћењу ватреног оружја итд.

Тај интеграциони процес је понекад тако снажан и успешан да се *прекидају везе* са матичним наукама и даљи развој тече сагласно потребама криминалистике.

Трећу групу чине природне и техничке науке са којима је криминалистика у специфичној *симбиози,* јер постоје нека подручја која се подједнако везују и за криминалистику и за неку другу природну или техничку науку.

У криминалистичком раду се свакодневно користе знања из хемије, физике, математике, биологије (нарочито микробиологије), информатике, акустике итд. Као резултат специјализације и научног развоја формиране су криминалистичка хемија, физика, биологија информатика и акустика који се подједнако везују за и матично науку и за криминалистику.[18] У току криминалистичког рада, у зависности од испитиваног објекта најчешће се морају користити методи разних научних подручја (нпр. код фалсификовања новца анализа папира, боја, средстава за фалсификовање итд.).

Примена ових метода по правилу захтева *високо стручно знање* које се *не може стећи изван матичне науке.* Исто тако су тешко замислива научна истраживања, нарочито фундаментална одвојено од матичне науке.

Са друге стране, због специфичности примене ових знања у криминалистици, јавља се потреба за истраживањима чији је циљ да помогне адаптацију, прилагођавање потребама криминалистике. Ова истраживања се могу вршити уз сарадњу стручњака за криминалистику и стручњака за матичну науку. Задаци на прилагођавању и изградњи примењене науке су веома важни како за развој криминалистике тако и матичне науке. Специјални захтеви криминалистичке примене (нпр. количина узорка и времена потребних за анализу), захтевају из-

[18] Постоје различити називи за та подручја у зависности од језичких и других фактора, али то не мења суштину.

градњу таквих метода у матичним наукама који могу касније бити примењени и у другим областима те науке.

III Главни смерови развоја криминалистике на почетку XXI века

1. Примат криминалистичке технике

Као што је већ речено, криминалистичка знања се све бржим темпом повећавању и мењају. Ове промене највише падају у очи на пољу криминалистичке технике која се ослања на природне и техничке науке и последица је есплозивног развоја тих наука у последњих неколико десетина година. Оваквог напретка на пољу криминалистичке тактике која се ослања у првом реду на друштвене науке, нема, нити се може очекивати у блиској будућности, због стања у матичним наукама. Са друге стране може се запазити, да се вредност података сакупљених методима криминалистичке *тактике* све чешће и успешније побија у току кривичног поступка, због извора, начина прибављања и степена аутентичности добивених информација. Позната је непоузданост исказа сведока и окривљеног, а ту су и многобројна ограничења, која проистичу из гаранцијалних одредаба законских прописа.[19] Ефикасност криминалистике се украјњој линији доказује у судници. Светско је искуство да су *материјални докази*, чију аутентичност гарантују научни методи њиховог откривања и коришћења, представљају *главне доказе*. Ти „неподмитљиви сведоци" су главни адути органа прогона. Све јасније се исцртава тенденција да окривљени признају дело само ако постоје докази против њих који се темеље на достигнућима природних наука и технике. Сваки други (субјективни) податак (често са правом) се минимизира или доводи у питање.

Научни методи криминалистике имају много већу могућност примене у погледу материјалних него у обезбеђивању личних доказа.

Надаље, ако се анализирају методи криминалистичке тактике, може се закључити да се велики део, нарочито најсавременији методи, такође граде на достигнућима технике. Ту треба имати у виду у првом реду методе ис средства савременог увиђаја (коришћење компјутеризованих инструмената, ласера, невидљивих зрака за проналажење трагова, фиксирање изгледа лица места итд.) затим разне методе криминалистичке идентификације (АФИС, биометријски методи) профилирања, криминалистичке анализе, криминалистичког мапирања и инструментално откривање лажи, др[20]. Они се без савремене информатичке технологије не могу замислити.

[19] У САД се може запазити тенденција да са позивом на фер поступак а приори ставља под знак питања употребљивост исказа окривљеног лишеног слободе.

[20] О тим методима видети више: Фејеш, *Савремени криминалитет и доказно право*, Нови Сад, 2002. г.

У крајњој линији оно што остаје у правом смислу метод криминалистичке тактике, што се никад (или бар не у догледно време) не може заменити техничким средствима је планирање и организовање криминалистичког рада, анализа и синтеза прибављених података и сл. у крајњој линији размишљање и интуиција.

У мери у којој се развијају матичне природно-математичке и техничке дисциплине у тој мери се развија и криминалистичка техника. Може се запазити да се све више скраћује време потребно да се неко достигнуће пресади у криминалистику. Сасвим је извесно, да се на пољу друштвених наука не може рачунати на такав темпо развоја.

Мора се напоменути још и то, да нема никаких шанси за сузбијање најопаснијих видова савременог криминалитета као што су организовани криминалитет и тероризам, привредни криминалитет, компјутерски криминалитет и сл. без коришћења најсавременијих техничких средстава.

На основу изложеног, намеће се закључак да криминалистичка техника постепено стиче *примат* у савременој криминалистици.

2. Минуцијација

Општа је тенденција према неким ауторима[21] да се криминална елита прилагођава новим криминалистичким методима. Како криминалистичка техника постаје способна да прибавља информације из све мање количине материјала од којих се састоје трагови, тако и учиниоци настоје изградити такву методику извршавања својих дела да оставе што мање материјала погодног за криминалистичка вештачења и анализе.

Али ни коришћење најсавременијих метода не значи у глобалном смислу, да прогон има предност и иде испред тактике и технике криминалаца. Старо је искуство да прогон, што се метода и средстава тиче, увек каска за криминалцима. Криминална методологија је досад била и засад остала развијенија и богатија од метода и средстава прогона.

Због тога он мало материјала што остане иза учиниоцима све више добија на вредност и усмерава развој криминалистичке технике у правцу даље минуцијације.

3. Интернационализација

Опште је познато да савремени кримналитет више не познаје државне границе. Процес глобализације пибављања профита одвија се како у легалној тако и нелегалној сфери. Због тога и прогон нужно мора бити све више интернационализован. Све земље имају интерес за међународну сарадњу. И то како на плану прогона тако и у домену науке о сузбијању криминалитета тј. крими-

[21] Fenyvesi, A XXI. *századi bnűldőzés-tudomány nemzetkőzi tendeciái,* Magyar Tudomány, br. 6/2004, стр. 761-765

налистике. Први облик се огледа у међусобном информисању, организовању заједничких акција итд. а други у изради коплексних стандардизованих поступака откривања и доказивања. Са тим у вези се показује нужност повезивања и координације истраживачког рада и базе података и узорака (оружја, лакова ауто гума итд.).

4. Компјутеризација

Компјутеризација је обележила крај XX века и на општем друштвеном плану тако и у погледу криминала и криминалистике. Рачунар се јавља као значајно средство и у оквиру криминалитета и у на плану прогона.

Коришћење рачунара у криминалне сврхе намеће обавезу изградње одговарајуће криминалистичке методике за откривање и доказивање ових кривичних дела. Са друге стране криминалистика је добило моћно средство за обављање својих задатака.

Рачунар се може свестрано искористити како у откривању и доказивању појединих конкретних случајева тако и за истраживања, вођења евиденција, комуникацију итд.

Сваки субјект прогона вреди толико колико има информација. Компјутеризација је довела до настанка огромне масе информација. Међутим од тога праву вредност имају само релевантни, квалитетни подаци. То значи да се огромна маса података у компјутерским базама мора анализирати, комбиновати и тако доћи до релевантних. Не ретко наступа прадоксална ситуација, да се иза огромне масе општих, крије недостатак специфичних података.

Јавља се потреба за међународним повезивањем база[22] и стандардизацијом података. Ово друго се суочава са озбиљним тешкоћама због различите правне регулативе између држава. Али ће нужда натерати државе на компромисе и еластичнији приступ овом проблему, па се може очекивати напредак и у том погледу бар у Европи.

Компјутеризација је донела бројне нове и ефикасније методе откривања и доказивања како на пољу технике тако и тактике. [23]

5. Специјализација

Количина криминалистичких знања се до данас толико повећао да вроватно нема стручњака који познаје сва криминалстичка средства и методе. Велика количина знајња нужно усмерава у правцу специјализације. Што су на вишем нивоу знања, методи и средства појединих подручја криминалистике, то ће

[22] Та идеја се остварује у оквиру организација као што су *Interpol*, *Europol*, *EuroJust*, *Eurodac*, *Шенгенски информациони систем* (SIS), који омогућавају брзу размену информација, нпр. у односу на украдено возило.

[23] О неким савременим методима видети: Фејеш, *Савремени кримналитет и доказно право*, Нови Сад, 2002.

мањи број подручја моћи бити обухваћено знањем једног човека. Развој неминовно указује на миниалан број подручја тј. на једно. У будућности ће дакле, један човек моћи да влада знањем на задовољавајућем нивоу само једног подручја криминалистике (нпр. балистике), с тим да ће највероватније на многим подручјима бити потребна још и ужа специјализација.

6. Приватизација

Специјализација је утицала да се на појединим ужим подручјима криминалистике јавља приватни сектор. Најчешће се ради о проактивној, пределиктној делатности (надзор, чување појединих објеката лица, обезбеђење неких догађаја и сл.), али се јављају и приватни специјалисти појединих подручја криминалистике (нпр. балистике). Њихов продукт, повећан степен безбедности односно стручни налаз и мишљење се јавља као специфична врста робе на специфичном делу тржишта[24].

Скоро све развијене државе су схватиле да им је неопходна помоћ у борби против све више растућег и грубљег криминалитета. Због тога приватни субјекти делују као нека врста „продужене руке државе", обављајући функцију заштите грађана, што је раније био монопол државе, као делатност од општег интереса. Између приватног и државног сектора се развија конкуренција што у крајњој линији само користи криминалистици.

IV Закључна разматрања

Савременом криминалитету друштво се може *ефикасно* супротставити само изграђивањем савременог система превенције и откривања и доказивања кривичних дела. У том систему је неопходно координарано деловање великог броја разних субјеката. Веома важну улогу у том систему имају органи и организације чија је професионална делатност усмерена на сузбијање (превенцију и репресију) криминалитета. Такав савремени систем треба да буде изграђен на научним основама. Зато наука треба да има наглашен значај и одговорност. У првом реду кривичне науке, међу којима криминалистика заузима истакнуто место. Криминалистика треба да изгради (аутономно или преузимањем и прилагођавањем из других научних области) савремене методе и средства за ту борбу. У том систему модерна техника је само један али веома важан фактор. Адекватан начин савременог образовања стручних кадрова је од капиталног значаја за узградњу и функционисање таквог система. Изградња таквог система се међутим суочава са знатним тешкоћама објективне и субјективне природе.

[24] О томе више Фејеш, *Положај йолиције у йравној држави-йроблем конйроле йолиције*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. XXXVI (1-3 /2002) стр. 251-275.

Најкрупнија објективна тешкоћа су свакако ограничена материјална средства. Изграђивање савременог система сузбијања криминалитета (система превенције, откривања кривичних дела, правосуђа, извршења крив. санкција итд.) захтева велика материјална средства. Савремена техника и обука стручњака је веома скупа.

Но поред објективних ту су и бројне субјективне тешкоће.

Присутна је недовољно стручна оспособљеност великог броја носилаца правосудних функција. За квалитетан и ефикасан рад у кривичном правосуђу у савременим условима неопходно је интегрално знање кривичних наука а не само познавање кривично- материјалних и процесних одредаба. Нарочито непознавање криминалистике може утицати на квалитет рада носилаца правосудних функција. Питање је како може судија квалитетно утврдити све околности кривичног дела, на шта је иначе обавезан, ако не познаје ни на елеметарном нивоу одговарајући криминалистичко-научне методе?[25] Како ће обавити тежак и одговоран задатак утврђивања *истине* на шта га процесна норма обавезује, и донети на основу тога закониту, правилну и правичну пресуду?

Криминалистика је на правним факултетима по правилу изборни предмет и може се лако десити да студент, будући носилац кривично-правосудних функција, стекне диплому а да не добије *никакво* криминалистичко образовање. У повољнијем случају, ако студент, будући судија, тужилац одабере тај предмет може стећи *основна, минимална* знања. Наиме, због малог фонда часова, методске јединице наставних програма се морају излагати буквално у телеграфском стилу, значи само најосновније. Тај минимум знања би требало ширити и продубљавати. Због тога би било оправдано, да именовању за судију или јавног тужиоца претходи потпунија едукација из криминалистике[26]. Одговарајуће курсеве би могли организовати удружења судија, правни факултети, министарство правде, итд.

Студенти би стицали више криминалистичког знања изменама наставних планова правних факултета. Сврставањем криминалистике међу *обавезне* наставне предмете[27] ниво знања криминалистике би се највероватније знанто побољшао. То наравно не би искључивало потребу даљег усавршавања тако стеченог знања у току каријере.

Могуће су и друге опције, примера ради да услов за именовање за судије или тужиоца буде положен испит из криминалистике у току студија. На тај начин, ако криминалистика и остане необавезан предмет на већини правних факултета, студенти који имају амбиција да раде у правосуђу били би мотивисани да полажу испит из тог предмета. Криминалистика би могла да уђе у програм правосудног испита итд.

[25] Аутору је један адвокат испричао случај, да га је један судија питао да ли је идентификација на основу папиларних линија поуздана.

[26] За то се залаже и Кривокапић, *Савремене тенденције у криминалистици*, JPKK, бр. 1/2001, стр. 60.

[27] То је препорука Интеркатедарскиг састанка катедара кривичноправних наука правних факултета у СЦГ, у Новом Саду, 2003. г.

Највероватније због незнања, у знатном делу кривичног правосуђа превладава схватање да је криминалистика искључиво полицијска наука. Тј. нека наука „нижег ранга" или да уопште и није наука већ полицијска вештина, „недостојна" за судију, који треба да буде стручан за правне норме а полицијске ствари да препусти полицији. Последица таквог става је и неспремност судија да стекну или продубе криминалистичка знања и примене криминалистичке методе бар у оној мери колико их на то обавезују кривично-процесни прописи. Међутим, овакво схватање је очигледно погрешно. Судији кривичару а поготово јавном тужиоцу, није довољно искључиво правно знање. Оцењивање само правне стране прибављених доказа је инвалидно јер је једнострано. Узимају се у обзир само правни елементи. Без познавања суштине и вредности криминалистичких метода помоћу којих је доказ прибављен, не може се извести поуздан закључак о стварној, чињеничној вредности доказног материјала. Тако остаје неизвесно и испуњење обавезе утврђивања (материјалне) истине. По логичном реду, прво треба утврдити (истинито) чињенице, то је основа, а тек после тога дати њихову правну оцену. У том раду је подједнако важан и правни и криминалистички аспект ствари. Та два аспекта представљају заправо дијалектичко јединство форме и садржаја.

Инертност, неажурност законодавца је такође значајан ограничавајући фактор. Наш законодавац се врло тешко одлучује да шири законске оквире и укључи у доказна средства нова достигнућа криминалистике. Добар пример за то је тајно прислушкивање које је постало легално средство прибављања доказног материјала тек новим Законником о кривичном поступку. Бојазан од евентуалне злоупотребе и опасности по људска права не може никако оправдати њихово искључење из кривичног поступка. Узрок неповерења и страха од новина је најчешће њихово недовољно познавање, а то није довољан и оправдан разлог за њихово одбацивање. Требало би бити обрнуто, да напредак криминалистике врши утицај на кривичнопроцесно законодавство, да нова достигнућа што пре буду укључена у процесне норме. Већ је горе истакнуто да однос криминалистике и кривичног процесног права треба да се заснива на принципу повратне спреге:да закон утиче на криминалистику и обрнуто, криминалистика на закон. Засад много више долази до изражаја онај први део међусобног односа. Потребно је да усклађивању односа криминалистике и кривичног процесног права свој допринос да и законодавац укључивањем криминалистичких садржаја у закон о кривичном поступку.

Друштво које има амбиција да се *ефикасно* бори против модерног криминалитета мора органима прогона дати на располагање савремена средства. Без тога они су немоћни и не може се од њих ни очекивати неки спектакуларни резултати. Према томе, средства и методи криминалистике базирана на савременим научним достигнућима се не смеју одбацити због могућности злоупотребе и потенцијалне опасности за људска права. Они морају наћи своје место у кривичном поступку уз неопходне ограничења која ће штити људска права и одговарајућих одредаба за спречавање злоупотреба. И у овом погледу треба наћи разумну равнотежу између интереса кривичног прогона и заштите права и слобода грађана.

Ištvan Feješ Ph.D., Associate professor
Novi Sad School of Law

Place and role of criminology within the system of criminal sciences and its development perspectives

Abstract

The author bases his views upon the assumption that criminology may perform its role in the combat against crime only as a part of the system of criminal sciences. A significant part of this paper has been dedicated to determination of the place criminology occupies within the system. A great deal of the paper deals with interrelation between criminal law and criminal procedure. Relation between criminology and sciences has been elaborated as well.

In the third part of his piece, the author elaborates concisely, in six points, development tendencies of early 21st century criminology.

Closing remarks call for improvement of knowledge judges and public prosecutors possess on criminology, since it is a prerequisite for a lawful and high-quality furtherance of criminal justice.

The author proposes also that new scientific achievements be introduced into evidence used in criminal procedure, subject however to certain limitations aimed at preservation of fundamental civil rights and freedoms and prevention of misuse.

УДК 351.74 (497.11) „18/19”
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 267-289

Др Љубомир Стајић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ЗНАЧАЈ ПОЛИЦИЈСКОГ ШКОЛСТВА У ИЗГРАДЊИ МОДЕРНЕ СРПСКЕ ДРЖАВЕ

Сажетак: *Изградњу модерне српске државе, између осталих институција пратио је и развој полиције-жандармерије. Све до краја* XIX *века у Србији нису постојале посебне институције у којима су се школовали кадрови за Министарство унутрашњих дела. Почеци наставе из полицијске службе у жандармерији везују се за 1880, 1883. и 1884. годину када је прва стручна предавања држао Танасије – Таса Миленковић. Прва жандармеријска школа основана је 1899. године на Дорћолу и радила је само годину дана. Најзад, 19. маја 1909. године установљена је стална жандармеријска школа са тромесечним и четворомесечним курсевима. У складу са уредбом о формацији, опреми, надлежностима, дужностима и настави жандармерије, формирана је 1. фебруара 1920. године у Сремској Каменици Жандармеријска подофицирска школа. Период између два светска рата у смислу школовања полиције обележио је др Рудолф Арчибалд Рајс, криминалиста светског гласа и оснивач и директор прве приватне полицијске школе у Београду. Од тог доба процес установљавања, развоја и унапређења полицијског школства тече до данашњих дана са битним утицајима на развој полиције у Србији, а самим тим и на токове и развој модерне српске државе. Многи периоди у развоју полицијског школства пратили су европска кретања тако да је полиција Србије већ читав век члан свих међународних полицијских организација и има развијен систем полицијског школства од недељних курсева до научно-истраживачког рада и израде докторских дисертација.*

Кључне речи: *полиција, образовање, трансформација, модерна српска држава.*

Увод

Полицијска функција у ширем значењу тог појма вероватно настаје са настанком државе, а као последица тежње да се обезбеди конвенционално утврђени друштвени поредак и безбедност. Полиција се тако јавља као субјект чија је основна функција поштовање реда и односа утврђених законом. Самим тим полиција је „најбољи одраз друштва из којег потиче, што свакако важи и за нашу земљу". Проучавање историје полиције на неки начин представља и проучавање историје друштва и обратно.[1]

Вековима се место и улога полиције није мењала и била је у складу са улогом која су јој историјска друштвена уређења намењивала. Углавном је била у питању мешавина војно-полицијских функција успостављених за потребе једног или више владалаца. Њихова организација и статус нису били универзални и зависили су од образовања, потреба и намера владаоца, а у функцији очувања и проширења власти подједнако усмерена ка унутрашњем и спољном плану. Период апсолутистичких монархија које неки називају и полицијским државама је доба када почиње процес издвајања појединих државних органа. Полиција, војска и финансијски органи се међу првима издвајају иако остају у саставу краљевских канцеларија. „Полиција, као и други органи, извршавала је заповести владаоца и њему одговарала за свој рад. Није била потчињена неким општеобавезним правилима понашања. Захтеви за потчињавањем полиције правним нормама почињу да се јављују у периоду преласка феудалног друштва у капиталистичко. Грађани су тражили да њен рад буде правно уређен, нарочито ако се испољава као вршење *државне власти* тежећи осигурању својих економских и личних слобода у које не би смео да задире државни апарат са владаоцем на челу[2]" Два су основна услова за испуњавање наведених захтева. Први је изградња и примена правних правила у оквиру државе и њеног полицијског апарата, а други образовање и оспособљавање полиције за, између осталог, и примену поменутих правних правила. Тиме долазимо до закључка да је полиција један од основних конвенционалних субјеката сваке модерне државе у спречавању угрожавња безбедности њених виталних вредности.

Наведено је и историјски пратилац настанка и развоја српске полиције кроз читаву историју модерне српске државе при чему је она пратила све фазе, слабости и предности, успоне и падове сопствене државе. Српска полиција је од 1804. до 2004. године имала два основна обележја развоја. Први је да је била плод и одраз борбе за настанак и опстанак младе државе, а касније за њено одржање и била је онаква каква је и држава пратећи све проблеме са којима се српска држава сретала. Друга је да је таква полиција само после једног века од настанка модерне државе добила и своју међународну димензију укључујући се у модерне европске токове и постајући члан међународних полицијских орга-

[1] Б. Богдановић; *Два века полиције у Србији*, МУП Р Србије, Београд, 2002. стр. 7.

[2] С. Милетић, *Полицијско право*; Полицијска академија, Београд, 2003. стр. 8.

низација чиме је дала значајан допринос угледу, статусу и стабилности у међународним размерама. При свему томе очигледно је да се тако буран развој у обе сфере (домаћој и међународној) није могао одвојити без значајне улоге полицијског школства и образовања полицајаца при чему је оно (унапређено) увек утицало на стабилност и стање државе како на унутрашњем тако и на међународном плану. Школовање и образовање у српској полицији одвијало се по принципу „образовање из полиције за полицију" као најбоље потврђен у пракси у протекла два века. Због изузетног значаја полиције као институције свако друштво посвећује велику пажњу полицијском образовању, посебно култури обављања полицијске функције с циљем ефикасног извршавања задатака. Полицијска култура се у овом случају схвата као свеукупно достигнуће у образовном, техничком, материјалном и другом смислу која је полиција достигла при извршавању задатака. Ни српска полиција се у том случају у протекла два века није много разликовала од полиција других земаља. Штавише, може се рећи да је у неким сегментима развоја и рада предњачила у односу на полиције многих земаља Европе при чему су неке од предности задржане до данас.

Међутим, чињеница је да се годинама о полицији и њеној култури укључујући и образовање није уопште писало или врло мало писало. Разлог за наведено налази се у чињеници да се дуго сматрало да је рад полиције тајан и да се те ствари не објављују. Због тога данас имамо врло мало докумената која у протекла два века говоре о српској полицији, поготово о неким сегментима као што је образовање. То је један од разлога што о овој теми има врло мало научних радова. Други разлог је што се о образовању може судити само посредно јер у великој мери не постоје изворни документи као што су, нпр., наставни планови и програми, попис и биографије професора, документа о научно-истраживачком раду, школовању у иностранству, перманентном образовању, практичном раду, уџбеницима, методичко-дидактичком материјалу и слично.

Из наведеног видимо да улога полиције и њеног образовања у два века постојања модерне српске државе свакако није истражена, објашњена, а у великој мери ни описана. Једно је сигурно- та улога је незаменљива јер се не своди само на пуку примену закона у образовању и држање лекција у складу са наставним плановима и програмима, с циљем припремања новог кадра за спровођење мера и активности безбедности. Балзак је својевремено на ту тему рекао да је „позив полицајца врло племенит јер представља симбиозу три племенита занимања: војничко, свештеничко и уметничко".

У том смислу у овом раду покушаћемо да одговоримо, на основу познатих чињеница, на неколико питања:

- Која су битна обележја и какав је значај полицијског образовања у Србији у протекла два века у смислу утицаја на развој модерне српске државе?
- У којим условима стања и развоја модерне државе је успостављено полицијско школство?
- Који су услови, домети и проблеми полицијског образовања у два века српске државности?

– Какви су у квантитативном и квалитативном смислу били односи са другим институцијама државе?
– Какав је допринос полицијског школства развоју друштва и државе?
– Каква је међународна сарадња у развоју полицијског образовања?
– Какав је допринос општем образовању нације?
– Ко су најзначајнији српски и страни званичници који су оставили трага у развоју полицијског школства?
– Који су основни правци трансформације полицијског школства данас?

1. Образовање у полицији од 1862. до 1918. године

Министарство унутрашњих дела (*Попечитељство внутрених дела*) основано је на скупштини устаничких старешина, одржаној у Београду од 7. или 8. до 13. јануара 1811. по старом, односно од 19. или 20. до 25. јануара по новом календару.[3]

Истовремено са одлуком о оснивању Министарства, донета је и одлука да попечитељ внутрених дела буде Јаков Ненадовић, који је тако постао први министар унутрашњих дела у обновљеној Србији.[4]

Скупштина устаничких старешина, један је од најзначајнијих догађаја у историји настанка модерне српске државе. Оно што је започето 1804. године на поменутој скупштини доживљава свој врхунац јер је после само седам година она постала темељ у развитку модерне српске државе. То се закључује по томе што су на скупштини донете одлуке о учвршћењу државне организације и регулисани односи између органа власти према војним и политичким приликама тога доба.[5] Министарство унутрашњих дела својим настанком паралелно са другим најважнијим државним органима постаје не само део процеса настанка модерне српске државе већ је кроз његов развој могуће пратити процес настанка и организације власти али и најважнијих државних функција са овим добрим, али и лошим странама које је тај процес (као и сваки у свом настанку) показивао.

Прво Попечитељство внутрених дела образовано је 20. јануара 1811. и оно је деловало до 22. септембра 1813. године. Први министар био је Јаков Ненадовић. Делокруг и деловање првих српских министарстава нису јасно прецизирани али се за Попечитељство внутрених дела зна да је било задужено да

[3] У српској историји постоје различита мишљења о датуму одржавања Скупштине. Недоумице о почетку њеног рада присутне су због недостатка докумената који би непосредно говорили о том догађају.

[4] Министарство и министри полиције у Србији 1811 – 2001. године. МУП РСрбије, Београд, 2002., стр. 11.

[5] Савет (Правитељствујући совјет) постао је извршни орган вожда и скупштине. Основана су попечитељства (министарства) војних дела, унутрашњих дела, спољних послова, просвете, правде и финансија. Председник Совјета био је вожд с правом постављања и смењивања чланова Совјета.

се стара о „внутреним делима" под којима се подразумевала безбедност житеља и имовине и прикупљање пореза. Због недостатака документације није у могућности поуздано, утврдити организациону структуру и врсту послова које је Министарство обављало.[6] Ово се посебно односи на процес образовања за потребе министарства па се сматра да га у том периоду настанка и развоја модерне српске државе није ни било у облику под којим га знамо данас.

Због међународних прилика тога доба настаје пауза од двадесет једне године, те је министарство под старим називом поново организовано 1834. године. Узроци овоме налазили су се у положају Србије после Другог српског устанка, 1815. године. Добијањем Хатишерифа 1830. године и прикључењем шест нахија 1833. године створени су услови за потпунију унутрашњу организацију. Међутим, ни овога пута надлежност и обим послова нису стриктно одређени и ово министарство није било дугог века – укинуто је после годину дана.[7]

Сретењска скупштина 14. фебруара 1835. године прогласила је Устав на основу којег је извршена нова државна организација. Уставом су јасно одвојене функције законодавне и извршне власти, а власт је подељена између кнеза и Савета. Тадашње социјално и економско стање условило је да Министарство унутраших дела у своју надлежност добије широк опсег делатности. Из његовог пописа види се да образовање кадра за полицију у њему није било.[8]

После непуна два месеца Сретењски устав је укинут. Уставом из 1838. године смањен је број министарстава на четири: унутрашњих дела, финансија, правосуђа и просвете.

Главна тешкоћа са којом се Министарство суочавало од 1839. до 1862. године је недостатак школованог чиновништва које би спроводило законске прописе. Значајно јесте да су од стицања аутономије 1830. године у државну службу највише примани Срби из Аустрије, који су због писмености, заузели бројна места у администрацији, судству и просвети. У Министарству унутрашњих дела, слично као и у другим установама, у почетку су начелници одељења били Срби пречани или школовани аустријски држављани, при чему су Срби били у вишим а аустријски у нижим службама. Уредбом од 24. јула 1839. године одређено је да се у државну, нарочито полицијску, службу не примају странци уколико у Србији има људи способних за њу. То је условило да су, нарочито у почетку, у начелништвима били неписмени управници, док су се писменима сматрали они који су имали 3 – 4 разреда основне школе. [9]

[6] Ibid, стр. 18.

[7] Ibid стр. 20.

[8] У делокругу надлежности налазили су се 1) чување и одржавање устава и права појединаца, подела Србије на округе, срезове и општине, чување граница и установљење „унутрање војске", формирање полиције и прописивање уредбе о јавном реду и миру, спречавање формирања тајних друштава, помагање сиромашних и упошљавање затвореника, подизање и уређење тамница, прописивање правила о издавању пасоша, оснивање фонда за спречавање пожара и других несрећа, установљење новчаних завода за развој занатства, трговине и индустрије; чување шуме од штете; установљење и уређење поште; обезбеђење путева и вођење рачуна о моралу.

[9] Ibid, стр. 35.

Све до друге половине 19. века кадар за Министарство унутрашњих послова није био обухваћен систематизованим, организованим и специјализованим образовањем за потребе полиције. Чиновници који су се до тог доба затекли на тим местима углавном су располагали знањем из различитих цивилних школа. Вероватно једино специјалистичко школовања од пет месеци у 1867. години у Немачкој и Швајцарској имао је Ђорђе Ценић који је неколико месеци касније постављен за председника Министарског Савета па његова искуства у школовању нису непосредно искоришћена за развој полиције.[10]

Као период почетка наставе из полицијске службе у жандармерији наводи се период од 1880. до 1884. године када је предавања држао Танасије Таса Миленковић (1850 – 1918) по „Практикуму за полагање официрског испита у жандармерији."[11]

Прва жандармеријска школа установљена је 1899. године на Дорћолу, али је већ после годину дана угашена. Коначно, 19. маја / 1 јуна 1909. установљена је стална жандармеријска школа са курсевима који су у то време трајали три, а касније четири месеца. Први двомесечни курс за ноћне стражаре отворен је три године касније 15/18 јануара 1912. године.

За овај период се може рећи да представља донекле прекретницу у конципирању и развоју полиције у Србији крајем 19. и почетком 20. века. Та модернизација се огледала у два врло јасно разграничена правца. Први правац је кадровски и технички напредак Министарства. Тако је Душан Алимпић, управник III класе Управе града Београда, иначе инспектор Министарства унутрашњих дела и уједно шеф Антропометријског одељења, још 1911. године увео савремени дактилоскопски систем идентификације у криминалистичку регистрацију и идентификацију што су имале само развијене полиције тога доба и што представља прво увођење најсавременијих научних достигнућа светске криминалистике у рад полиције. Такви резултати, вероватно, су довели и до другог правца у развоју полиције у Србији.

Он се огледао у укључивању Србије у међународну полицијску сарадњу. То наиме говори о две ствари а) да је српска полиција имала углед и поштовање у свету да буде позвана и активно учествује у међународној полицијској сарадњи и б) да је српска полиција у организационом и техничком смислу била способна да се у ту сарадњу укључи.

Иако мултилатерална сарадња датира још од 1846. године[12] остварена на конгресима везаним за реформе затворског система, проблем сарадње полиција на међународном плану уз учешће српске полиције реактивиран је 1898. године по питању анархистичке борбе да би кулминирао на Првом конгресу међународне судске полиције одржаном у Монаку 1914. године на коме су уче-

[10] Н. Шкеровић, *Записници Министарског савета Србије* 1862 – 1898, Београд, 1952, стр. 43 и 47.

[11] Програм је верификован 15/27. јануара 1897. а испити за чин поднаредника 26. марта / 7 априла исте године. Према: Службени војни лист број. 8. Београд, 18. јануар 1897. 36 – 38; СЗЛ. бр. 24 и 35, Београд, 28. јуни 1897, 488: СВЛ бр. 13, Београд, 10. април 1897 (281 – 283).

[12] Ibid, стр. 63.

ствовали представници Краљевине Србије. Овај конгрес ће за српску полицију бити двојако значајан. Прво, та организација уз два велика прекида због ратова прераста у данас врло моћан и утицајан ИНТЕРПОЛ, па је српско учешће део његове историје, и друго печат конгресу у Монаку дао је др Арчибалд Рајс[13] криминалиста који ће у наредном периоду дати огроман и неизбрисив траг у утемељењу и развоју српске криминалистичке полиције и нарочито образовања за потребе полиције.

2. Образовање у полицији од 1918. до 1941. године

Формирање Краљевине СХС праћено различитим историјским искуствима народа, који су сачињавали нову државну творевину, оставила је снажан траг како у свести њених држављана тако и на њено државно и друштвено уређење. Ту се, пре свега, мисли на различит однос грађана према војсци, полицији, институцијама и установама власти као и на начин њиховог функционисања. Основ за овакво понашање налазио се у различитим државно-правним традицијама народа који су ушли у састав или били обухваћени новом државном творевином.

Да бисмо боље разумели положај и карактертистике Министарства унутрашњих дела (војске и полиције) потребно је нешто рећи и о друштвеном миљеу у време формирања Краљевине СХС.

„Србија је у нову државу уложила државност и традицију, за њу жртвовала више од једне четвртине укупног становништва, дефинисала и дипломатски „изнела" програм југословенског уједињења, својом војном снагом сачувала простор од комадања. Децембра 1918. године српска политичка и војна елита (регент, политички правци, генералитет) није била спремна да прихвати, за њих анахрона решења дуалног уређења државе, успостављање федеративно-конфедеративних односа и поделу власти. Политички захтеви хрватског покрета били су неспојиви са српским схватањем државности. Жртве положене у рату формирале су свест да нову државу треба бранити од спољног непријатеља, али и од свих оних који нуде другачији концепт унутрашњег уређења – било да су противници монархије, централистички и унитаристички уређене државе или социјалних односа који у њој постоје.

Настанком Краљевине СХС изазван је потпуни прекид са до тада постојећим уставно-правним стањима на простору који је обухваћен границама нове државе. Природа аката уједињења определила се да суверенитет, као основно обележје државне власти, припадне новој држави Срба, Хрвата и Словенаца. И она је, од првог тренутка свог постојања, себе представљала као „самобитну власт", независну и различиту од делова који су је сачињавали"[14]

[13] Б. Бабовић, *Полиција у свјетском поретку*, Београд, 1997.

[14] *Министарство и министри полиције у Србији* 1811 – 2001; МУП Р Србије, Београд, 2002. стр. 75 – 76.

„На простору Краљевине СХС опстајало је више правних подручја. Поред Краљевине Србије и Краљевине Црне Горе, ту су постојала и 4 правна подручја бивше Аустроугарске монархије – Словенија, Далмација, острва на Јадрану и Прекомурје били су део правног подручја бивше Аустрије; Војводина и Међумурје припадале су правном подручју бивше Угарске; Хрватска и Славонија, где су важили посебни правни прописи; Босна и Херцеговина. На територији некадашње Краљевине Србије важио је Казнени закон од 29. марта 1860, Законик о судском поступку у кривичним делима од 20. фебруара 1865. године. Грађански законик од 11. марта 1844, Трговачки законик од 26. јануара 1860. године и други. У Црној Гори важио је Кривични законик од 23. фебруара 1906, Закон о поступку о кривичним делима од 20. јануара 1910, Законик о судском поступку у грађанским парницама од 1. новембра 1905, Трговински законик од 22. јануара 1905. године и други. Закони који су важили у аустријском правном подручју (Словенија, Прекомурје, Далмација и острва) били су сасвим особени. На снази је био Казнени закон од 27. маја 1857, Закон о казненом поступку од 23. маја 1863, Грађански закон од 1. јуна 1811, Закон о парничком поступку од 1. августа 1895.године На територији Војводине и Међумурја важили су Кривични закони из 1878 и 1879, Закон о кривичном поступку из 1896, Грађански законик из 1877, Брачни закон из 1894. и др. На правно аутономном подручју Хрватске и Славоније важио је аустријски Грађански закон уведен 1852, аустријски Казнени законик уведен 1852, Закон о казненом поступку из 1876. На простору Босне и Херцеговине уведен је аустријски Казнени закон из 1879. године и Закон о казненом поступку из 1891.године. Такво стање наметало је потребу за изједначавањем казненог законодавства, грађанског права, правосудних прописа[15]"

„У новонасталој Краљевини СХС Министарство унутрашњих дела имало је посебну важност. Делокруг његовог рада био је одређен Уредбом о устројству Министарства унутрашњих дела, а касније допуњен разним законима о општој управи, о обласној и среској самоуправи, заштити јавне безбедности и поретка у држави, о бирачким списковима, и изворном реду, жандармерији, ношењу оружја, прописима о завичајности и држављанству, законима о општинама и градовима, о зборовима и удружењима, штампи. За део надлежности по историјским покрајинама на снази је било старо законодавство, што је, у суштини, значило да за све покрајине нису важиле исте надлежности.

Прва Уредба о устројству Министарства унутрашњих дела донета је 8. маја 1919. године. Тим актом Министарство унутрашњих дела дефинисало је као део централне државне управе коме припада „врховна и надзорна власт" над свим управно-полицијским властима и органима у Краљевству. У његовој надлежности била је унутрашња управа земљом; надзор над самоуправним телима и установама; старање о личној, имовинској и државној безбедности; брига о јавном реду, миру и спокојству у земљи; контрола подручних власти у правилној примени закона и надзор над њиховим радом; расправљање о административним споровима и остали случајеви који су специјалним законима у

[15] Ibid, стр. 80- 81.

надлежности Министарства; брига о јавном моралу; старање о сиротим и немоћним и надзор над јавном помоћи и радом добротворних друштава и лица која прикупљају прилоге; усавршавање полицијске струке и припрема законских пројеката који томе доприносе; вршење свих осталих послова који су специјалним законима стављени у дужност овом министарству."[16]

После завршетка Првог светског рата у друштвеним и правним условима који су у тада владали у земљи, а схватајући значај и улогу Министарства унутрашњих послова у будућем развоју и устројству државе, питању школовања и стручног усавршавања кадрова за потребе МУП-а као и његовој техничкој опремљености дат је велики значај: Тако је већ 26. фебруара 1919. године донета Уредба о формацији, опреми, надређеностима, дужностима и настави жандармерије. На основу тога годину дана касније (1920) у Сремској Каменици је формирана Жандармеријска подофицирска школа.[17] У жандармеријским станицама организовани су курсеви за официре на припреми за жандармерију као и разни специјалистички курсеви. Школовањем и обуком целокупне жандармерије руководио је министар унутрашњих дела.

Решењем министра унутрашњих дела од 3. децембра 1920. године, с циљем модернизације и бољег техничког опремања полиције, формиран је Одсек техничке службе у којем су постојале: секција за идентификацију, лабораторија за вештачење, одељак за техничка истраживања на лицу места, криминални музеј, полицијски гласник, регистар осуђених и друго. Тиме је полиција Краљевине СХС у потпуности пратила стандарде савремених полиција Европе. Нарочито обученом и опремљеном у том периоду сматрала се београдска полиција. Такву репутацију београдска полиција стекла је захваљујући раду др Арчибалда Рајса (1875-1929) оснивача института за полицијске науке и криминалистику у Лозани.[18] На основу Рајсовог „Прилога за реорганизацију полиције", било је предвиђено оснивање ниже и више полицијске школе. Виша школа је требало да буде у Београду док би ниже полицијске школе поред Београда биле отворене и у другим градовима Србије.

„Пројектом је предложено да за упис у нижу полицијску школу кандидат треба да је завршио основну школу и одслужио војску. Мора бити беспрекорне моралне подобности, о чему уверење издају локални органи власти, а сам кандидат мора да својеручно напише кратке биографске податке. Школа је подеље-

[16] Ibid, стр. 85.

[17] По уредби жандармерија је била задужена да се брине о јавном реду и безбедности, одржава ред и мир и обезбеђује извршење закона.

[18] Др Арчибалд Рајс, на позив српске Владе долази у Србију 1914. године да као професор криминалистике и афирмисани научник истражи аустро-угарске злочине у Првом светском рату. Због страхота којима је присуствовао и храбрости српске војске ступа у њу, где као добровољац проводи цео рат. По завршетку рата остаје у Србији и бави се реорганизацијом српске полиције, у њој добија и запослење на месту шефа истог одељења техничке полиције мада се његов допринос на томе не завршава. У српском народу остаје упамћен као велики реформатор криминалистичке технике, аутор „Прилога за реорганизацију полиције" и оснивач и директор прве приватне школе у Београду. Аутор је 16 књига и око 600 радова.

на на школу судске полиције и школу реда. Складно тој подели, извршена је подела наставног градива на предметну и практичну наставу. За школовање које треба да траје дванест месеци утврђени су наставни предмети, ток одвијања наставе и обављања праксе. Полаже се завршни испит. Ко са успехом положи, прима се у полицију. Ко не положи, мора да годину понови још једном. Ученици ће имати нарочиту униформу и биће одевени о државном трошку, становаће у интернату и бити под контролом школе и наставног особља.

По овом пројекту критеријуми за упис у вишу школу су оштрији. У вишу школу се могу уписати кандидати који су са успехом положили испите правног факултета или специјални испит из кривичног права или кривичног поступка. Уз то кандидат треба да је доброг владања, а пожељно је да зна један страни језик. По одобрењу директора школе нижи чиновници, који су нарочито обдарени и који познају кривично право и поступак, могу се такође уписати у ову школу. Школска година, такође, траје дванаест месеци. Настава је испрограмирана и садржи теоријску и практичну наставу, са предметима и праксом установљеном посебно за полазнике судске полиције, а посебно за полазнике полиције реда.

Углавном на идејама овог пројекта, на основу посебне Уредбе Министарства унутрашњих дела, основана је прва Полицијска школа у Београду, коју је организовао др А. Рајс. То је била приватна школа, интернатског типа. Школа је свечано отворена 8. фебруара 1912. године, а том чину пристуствовао је министар унутрашњих дела господин Милорад Драшковић.[19]"

Ученици којих је на почетку рада Школе било 28 (18 полицијских писара и 10 агената) на четворомесечном курсу, изучавали су следеће предмете: Кривично право; Кривични поступак; Закони, полицијске уредбе и наредбе са њиховим применама; Опште политичко образовање; Практична вежбања из кривичног права и поступка; Практична познавања из хемије и физике; Анатомија и хигијена; Судска медицина; Научна полиција; Идентификација и опис криваца; Криминологија и општа полицијска питања; Практична вежбања из техничке полиције; Практична вежбања из описа и идентификације; Специјална гимнастичка вежбања и француски језик.

Поред заједничких часова са осталим полазницима школе, полицијски агенти су имали специјалне часове. На тим часовима су учили о владању, подношењу рапорта, а имали су и практичне вежбе из Кривичног права и поступка и друго.

Међу наставницима који су изводили наставу у првој полицијској школи било је, како стручњака из праксе (виши чиновници министарства) тако и универзитетских професора.[20]"

---

[19] С. Ристовић; *Историјат полицијског школства у Србији*; Зборник радова – Реформа полицијског школства у Републици Србији, ВШУП, Београд, 2002. год. стр. 29.

[20] То су били: др Рајс који је и директор Школе; Инспектори министарства: К. Катић, А. Кузмановић и уредник листа „Полицајац" Лазаревић; др Иван Ђаја стални доцент Универзитета; др Ђ. Ђорђевић шеф одељења за сузбијање венеричних болести; А. Андовић шеф одсека техничке службе; Ж. Симовић уредник „Полицијског гласника"; А. Полић проф. француског језика итд.

Школа је радила 2 године. Постигла је велики успех, јер се показало да су полазници који су је завршили били најбољи иследници.

„Иако је постојала идеја да тзв. Рајсова полицијска школа буде одељење Правног факултета у Београду, она је нешто касније прерасла у Централну полицијску школу у Земуну. Оснивачима Школе сматрају се помоћник министра Добрица Матковић и начелници Драгослав Лазић и Бранко Жегарац. Централна полицијска школа је отпочела са радом 10. фебруара 1931. године. У њој су се обучавали службеници полицијске страже и полицијски агенти на течајевима који су трајали шест месеци. Поред ових течајева, повремено су организовани специјалистички курсеви.

Након II течаја, државне полицијске страже, Централна полицијска школа, дала је 218 добро оспособљених и опремљених полицијских стражара за службу. Већ тада почињу да се резимирају стечена искуства, како би се искористила у будућем образовању овог кадра, а која се односила на 1) пријем кандидата и 2) издржавање кандидата и њихових принадлежности на течају.[21]"

3. Полицијско образовање од 1945 до 2000. године

Још у првим данима Другог светског рата комунистички покрет је оспоравао легитимитет свих органа власти Краљевине Југославије све време обећавајући настајање нових на принципима свог покрета. Победом у Другом светском рату државно-политички, економски и културни живот стављен је у функцију остваривања комунистичких идеолошких циљева при чему су државни органи постајали извршиоци партијских (идеолошких) циљева. Поменути период било је доба бурних превирања у друштву које је карактерисао прелазак са грађанске свести на комунистички поглед на свет и друштво. Тим процесом била је обухваћена и полиција која је новом организацијом власти напустила сваки континуитет са предратном полицијом па и са традицијама жандармерије из XIX века о чијим искуствима се није смело (сем у негативном) говорити.

Влада ДФЈ формирана марта 1945. године у свом саставу уместо ранијег Повереништва за унутрашње послове добија Министарство за унутрашње послове које је добило кључну улогу у изградњи новог устројства власти и друштвеног поретка. Министарство је деловало у складу са партијским директивама које су искључивале сваки повратак на старо или национално – српско.

Овакав приступ у изградњи новог – идеолошког система имао је свој одраз и у полицијском образовању.

Темељи новог школства постављени су избором кандидата за народне милиционере (6. новембар 1944. године) који су похађали курс стројеве обуке и руковања оружјем који је организован у Београду.

[21] Ibid, стр 32

„За ту прилику осмишљавани су наставни планови и програми који су садржали војне и стручне предмете, а као наставна помагала коришћени су привремени приручници. Један од њих био је Привремени приручник за обучавање милиције на територији Србије, донет 1946. године. Поред одредби које говоре о правилном и законитом вршењу службе и осталим задацима и дужностима народних миниционара, у члану 2 наведеног приручника говори се о њиховом усавршавању и стицању знања. Наиме, то је стављено у задатак руководилаца народне милиције, те се у наведеном члану, став 2, одређује да су њихове посебне дужности: „васпитавање и усавршавање милиционара у свим потребним знањима за правилно и успешно вршење службе као и опште културно-просветно подизање".

Ради стручног оспособљавања постојећег, као и стварања новог руководећег кадра приступило се организовању курса као вида његове едукације помоћу којег се стицало стручно, војно, политичко и опште образовање. Тако је, у фебруару 1946. министар унутрашњих послова Србије донео Наредбу о оснивању Главног курса за руководиоце Народне милиције Србије, који је у почетку био стациониран у Инђији, потом у Врбасу и на крају у Земуну.[22]

Из доступне литературе закључује се да је у поратном периоду функционисало неколико школа (ближе данашњој терминологији, курсева, или како се то у свету каже полицијских академија) за обуку припадника милиције, као што су: Школа за официре милиције у Сремској Каменици која је касније добила назив Стална школа народне милиције (1. 9. 1946) , Политичка школа (4. 11. 1949), Потпуна гимназија, Школа за командире станице милиције, Подофицирска школа.[23]

Нови Устав ФНРЈ којим је промењен назив у СФРЈ донет је 7. априла 1963. године. „Као последица тог Устава донета је одлука да се школовање полицијских кадрова настави по републикама, па је тадашња савезна установа у Каменици преузела само обуку кадрова из Србије. С друге стране, Државни секретаријат за унутрашње послове, у сагласности са Саветом за просвету и културу, покренуо је 1. септембра 1953. двогодишњу Школу за унутрашњу управу. Практично, до 1953. године постојале су подофицирска и официрска школа у Земуну, Виша школа Управе државне безбедности (УДБ-а), Виша школа официра НМ у Сремској Каменици и Виша школа за Унутрашњу управу.[24] Школа за унутрашњу управу Савезног државног секретаријата за унутрашње послове и Школа за официре НМ рангиране су као средње школе за општеобразовање (гимназије) а Виша школа за Унутрашњу управу и Виша школа Државне безбедности као факултети. Решењем државног секретара за

[22] Курс у Инђији одржан је током 1946. и 1947. године, трајао је четири месеца и носио је назив „Курс за руководиоце народне милиције", а завршиле су га четири класе. У Врбасу је организована Школа за подофицире Народне милиције при Министарству унутрашњих послова (15. августа 1947). Школа је радила до септембра 1953. године када се премешта у Земун.

[23] С. Ристовић, Историјат полицијског школства у Србиј, ВШУП, Београд, 2002, стр. 34.

[24] Виша школа официра НМ у Каменици прво је била деветомесечна, потом једногодишња, па двогодишња. Прва класа официра са двогодишњим школовање, промовисана је 11. јула 1953.

Унутрашње послове од 24. јуна 1953. школе из сектора Државне и Јавне безбедности обједињене су у двогодишњу Средњу стручну школу за унутрашњу управу.[25] Пошто је програм Школе за официре НМ био скоро идентичан са програмом Школе за унутршњу управу, Стална школа НМ је 1954. укинута, а деценију касније престала је да ради и Школа за унутрашњу управу.[26]

Првим Законом о органима Унутрашњих послова од 18. јула 1956. године укинуте су дотадашње гранске милиције, што је условило организацију специјалистичких курсева за оспособљавање појединаца и организационих јединица за вршење посебних дужности.[27]

Једна од позитивних тековина промена спроведених између 1966. и 1967. године (после IV, „Брионског" пленума и Централног комитета Савеза комуниста Југославије), јесте да се већа пажња посвећивала школовању и усавршавању кадрова – овај тренд један је од ретких сегмената који се у континуитету задржао до данас.

Скупштина СР Србије донела је 12. јула 1967. године закон о Средњој школи унутрашњих послова „Пане Ђукић" у Сремској Каменици. Тим законом обједињене су све школске установе у Републици, односно одељење за школовање одраслих у Земуну и одељење за обуку водича паса на Авали постају истурена одељења школе „Пане Ђукић". На седници Републичког већа и Просветно-културног већа, Скупштина СР Србије је, 13. јула 1972. донела и Закон о Вишој школи за унутрашње послове у Земуну (Службени гласник СРС број. 28/1972). Виша школа је почела да ради 18. октобра 1972. године. Републички секретаријат за унутрашње послове је у Карашу покренуо и шестомесечни курс за милиционаре, који је касније лоциран у Наставном центру „Марко Перчин-Камењарћ у Клиси. Коначно, Закон о вишој школи редефинисан је 23. јула 1992, а на ванредном заседању Скупштине Србије од 30. јуна 1993. године усвојен је предлог Закона о Полицијској академији. Полицијска академија почела је да радои 1. октобра исте године у просторијама Института безбедности у улици Краљице Ане бб.[28]

Средња школа унутрашњих послова. Школска зграда Средње школе унутрашњих послова (СШУП) у Сремској Каменици саграђена је 1848. године, као „Кадетска школа" за потребе школовања војних и полицијских кадрова Аустроугарске царевине. Својим габаритима и спратношћу спада у групу највећих објеката саграђених у то време на територији Новог Сада. Основа је у облику ћириличног слова „Ш" кратких дворишних крила у стилу романтизма и у изворном облику сачувана је до данас. Ову зграду за потребе обуке полицијских кадрова, користили су: Аустроугарска царевина, Краљевина Југославија, ФНРЈ ,СФРЈ,СРЈ и СЦГ.

[25] Народна милиција, 3, год. VII, Београд, март 1954, 7.

[26] Група аутора, Монографија Више школе унутрашњих послова – 25 година ВШУП, Београд, 1997.

[27] Службени лист ФНРЈ, бр 30/1956.

[28] Б. Богдановић, Министарство и министри полиције у Србији 1811 – 2001, МУП Републике Србије, Београд, 2002. стр. 186-187.

Скупштина СР. Србије, на заседању 12. јула 1967. године усваја закон о Средњој школи унутрашњих послова са седиштем у Сремској Каменици (Сл. гласник СРС број. 31/1967).

Ова школа почела је да ради 1. септембра 1967. године. Поред тога што је била главни центар за образовање и оспособљавање кадрова за потребе јавне безбедности, Средња школа унутрашњих послова обухватала је, тј. у њеном саставу су били: Одељење за школовање одраслих у Земуну и Одељење за обуку водича и дресуру службених полицијских паса на Авали. У наредном Закону се предвиђа да: „кадети Средње школе унутрашњих послова могу бити само ђаци који су основну школу завршили са одличним или врло добрим успехом, физички и ментално здрави и да нису напунили 17 година. Школовање траје четири године, а ученици имају обавезу да после школовања у служби остану осам година. За време школовања имају и војну обуку и ослобођени су служења војног рока. На школу се у потпуности примењује Закон о средњем образовању СР Србије, тако да свршени ученици имају иста права као и свршени ученици других средњих школа и квалификацију средње стручне спреме.[29]

Године 1967. донет је правилник о ванредном школовању радника органа унутрашњих послова, према коме је у Средњој школи унутрашњих послова у Сремској Каменици било могуће ванредно школовање радника органа унутрашњих послова, под условом да су завршили осмогодишњу школу и имају две године радног стажа у органима унутрашњих послова.

Средња школа унутрашњих послова, данас је организациона јединица МУП-а, ван састава ресора, са четворогодишњим трајањем и школује припаднике униформисаног састава полиције средње стручне спреме. Поред тога, у надлежности СШУП-а је, од 1998. године и организовање општег курса за полицајце – приправнике, у шестомесечном трајању, на Клиси код Новог Сада."

Прва генерација од 350 ученика, након спроведеног Курса за упис у Школу, уписује се 15. 9. 1967. године. Од тада до данас, школу је уписало 36 генерација, односно 15 185 ученика. Завршиле су 33 генерације – 12 505 ученика.

Од 1998 године, у организацији школе је и школовање полазника Курса за полицајце. До сада курс је уписало 13. генерација, односно 3 085 полазника а завршило 11 гернерација – 2 811 полазника. Курс за полицајце – жене, уписале су три генерације, а од 1 308 уписаних, завршио је 1 288 полазница.

Наставни процес одвија се кроз редовну наставу, по Наставном плану и програму за опште образовне предмете, који је усаглашен са Минималним планом општег образовања за четворогодишње стручне школе, а наставни садржаји у складу са Правилником о плану и програму образовања и васпитања за заједничке предмете у стручним и уметничким школама. Поред овог, примењује се и Наставни план и прогам за стручне предмете који доноси министар унутрашњих послова.

У току четворогодишњег школовања, у фонд од 4 165 часова, ученици школе усвајају знања и вештине из 15 општеобразовних, 13 општестручних и 5 уже стручних предмета.

[29] Монографија ВШУП-а, 1972 – 1997, Београд, ВШУП, 1997, стр. 16.

Наставним планом и програмом предвиђена је и обука у: пливању, скијању, војно-полицијска обука, обука возача „Б" категорије, професионална летња пракса, викенд пракса и пракса у обезбеђењу одређених личности и објеката и јавних скупова.

Настава се реализује у 9 функционално опремљених кабинета, 9 делимично опремљених и 10 класичних учионица, савременој спортској хали капацитета 1 200 места, две спортске сале, на отвореним спортским теренима, затвореним базенима, скијашким теренима, полигонима за војно-полицијску обуку, организационим јединицама МУП-а и полигонима за обуку возача моторних возила.

Библиотека и читаоница смештене су у адекватном простору школе и опремљене свим потребним инвентаром. Ученицима и другим корисницима омогућен је слободан приступ белетристичкој и уџбеничкој литератури. Укупан фонд библиотеке је око 26 000 примерака белетристике и око 18 500 примерака уџбеника.

Спортске активности у школи реализују се кроз СК „Млади полицајац" у коме је развијено 14 секција од којих су главне: џудо, карате, самоодбрана, стрељаштво, атлетика и друге.

Као стручне секције заступљене су: криминалистичка, саобраћајна, преводилачка, информатичка, дактилографска, историјска и хемијска.

Школа је интернатског типа, а ученици су смештени по класама у четири интерната на простору око 15 000m^2.

Виша школа унутрашњих послова (ВШУП) основана је Законом о Вишој школи унутрашњих послова 13. јула 1972. године (СГ СРС број.28/1972). Прва генерација после створених материјалних и кадровских услова за почетак рада, имала је 367 студената, од којих 160 редовних и 207 ванредних студената. Школа је свечано отворена 17. октобра, а настава је почела 18. октобра школске 1972/1973. године.[30] Наставу из општеобразовних и стручних предмета изводили су универзитетски професори док су наставу из ускостручних предмета изводили експерти Републичког секретаријата за унутрашње послове. Студије на ВШУП трајале су две године према првом (привременом) Наставном плану и програму до 1977. године када је донет нов Наставни план и програм када су студије продужене на пет семестара. Закон о ВШУП предвиђао је да „школа може организовати течајеве, семинаре, курсеве и друге облике наставе у циљу стручног усавршавања радника унутрашњих послова."[31]

Оснивањем ВШУП-а постављени су темељи за савремено и квалитетно образовање и стручно усавршавање кадрова за потребе органа унутрашњих послова у Србији које траје до данашњих дана. Дипломирани студенти, са дипломом правника унутрашњих послова данас чине окосницу професионалног и стручног кадра МУП-а Републике Србије.

[30] Наставним планом и програмом било је предвиђено 25 предмета, 14 у првој и 11 у другој години.

[31] Монографија ВШУП-а 1972-1997, Београд.; ВШУП, 1997, стр. 21.

Од оснивања до данас, школа је одшколовала више од 6 140 правника; око 32 000 полазника је завршило тридесетак различитих курсева и семинара за стручно оспособљавање и усавршавање. Школа је такође постигла значајне резултате у научно-истраживачком раду и издавачкој делатности (објављено је око 300 различитих публикација: уџбеника, приручника, монографија и др.).

Од 1972. године до данас ВШУП је израсла у модерну образовну и научно-развојну институцију. Током рада вршене су сталне измене наставних планова и програма у функцији осавремењивања теоријске и практичне наставе. За 25 година постојања настава у школи извођена је према укупно седам наставних планова и програма студија (1974, 1977, 1987, 1990, 1993, 2000. и 2003. године). Број предмета варирао је од 20 до 29 у зависности од плана до плана. Предмети су груписани на општеобразовне и општестручне предмете (око 25%), кривично-правне и криминлистичке (око 45%) и безбедносне (око 30%).[32]

У школи је у складу са законом и статутом организован врло богат, менторски рад са студентима, развојно-истраживачки рад, практичне вежбе и настава, летња тактичка обука на терену и ваннаставне активности студената.

Друштвеним реформама које су почеле да се одвијају 2000. године захваћено је полицијско школство. Осим модификација наставних програма у чијем садржају битно место, између осталог, заузимају заштита људских права, ВШУП је остварила и неколико врло значајних курсева који нашу полицију приближавају европским стандардима а представљају уједно и одговор на неке безбедносне проблеме. Ти курсеви су: 1) Курс мултиетничке полиције (уз суорганизацију ОЕБС-а) 2) Курс – Увод у савремене стандарде полицијског рада (уз организацију Мисије ОЕБС-а при СРЈ).

Полицијска академија је основана 30. јуна 1993. године када је Скупштина Републике Србије донела Закон о Полицијској академији. Оснивањем Полицијске академије употпуњен је систем полицијског школства јер је Академија основана као високошколска установа специјализована за обављање образовно-научне делатности од значаја за безбедност и полицијске послове. На њен рад супсидијарно се примењује Закон о Универзитету што је нарочито имало утицаја на рад и избор наставника и сарадника као и услове и ефекте извођача наставе, вежби и практичног рада. Реч је о јединственој високошколској установи, јединој те врсте која је икад постојала у нашој земљи и која се веома брзо од скромних почетака у образовном, научном и организационом смислу, сврстала у ред савремених установа у Европи.

У њој се школују будући официри полиције и оспособљавају за руководеће послове и задатке у полицији.

Студенти се на Академију примају на основу јавног конкурса с тим што се на прву годину примало по 115 до 125 кандидата. Студије на Академији су од

[32] Наставним планом из 2003. године предвиђена су четири усмерења, и то: смер криминалитичке полиције; смер униформисане полиције; управно-правни смер и смер алтернативних чинилаца безбедности.

оснивања подразумевале интернатски смештај. На почетку свог рада до НАТО бомбардовања СРЈ 1999. године Академија је била смештена у Институту безбедности где су јој на располагању стајали велики амфитеатар, кабинети криминалистике, неколико учионица, кабинети за наставнике, деканат, стручне службе и библиотека. Већ током 1994. године уместо привремених именовани су стални органи управљања.

Образовном делатношћу на Академији обухваћене су основне, специјалистичке, магистарске и докторске студије као и стручно образовање и усавршавање од значаја за безбедност и полицијске послове за потребе МУП-а.

Наставни план и програм Академије мењан је четири пута (1993, 1994, 2000. и 2003. године). Број предмета варирао је од плана до плана (41 до 36). Предмети су разврставани по наукама. Последњи усвојени Наставни план предвиђао је и два усмерења на четвртој години студија (полицијски смер и криминалистички смер) уз укупан фонд часова од 3 585. Распоред предмета по научно-наставним областима је: 1) криминалистичке науке П-15,15% (К27,27%); 2) безбедносне науке П – 15,15% (К12,12); 3) полицијско безбедносне науке П 27,27% (К18,18%(; 4) друштвене науке П12,12% ; 5) правне науке 18,18%; 6) кривичне науке 12,12%. Наставним планом и програмом предвиђен је и фонд од 989 часова на све четири године студија обавезних програмских активности и практичног рада студената у виду разних обука (пливање, скијање, вожња Б и Ц категорије, ситуациона гађања, обука на терену и сл.).

Магистарске студије на Академији реализују се од школске 1997/1998 године. Циљ магистарских студија је оспособљавање високостручних кадрова за научно-истраживачки и наставни рад у области криминалистичко-безбедносних наука. Наставним планом и програмом било је предвиђено 10 предмета 600 часова, студијски део плана и 175 часова истраживачки део плана.

Нови наставни план усвојен је 2003. године и њиме је предвиђено 6 предмета. О критеријуму који је био заступљен на магистарским студијама говори и податак да је до 2003. године магистарски рад одбранило само два кандидата.

Научноистраживачки рад организован је на нивоу Академије, МУП-а Републике Србије и Министарства за науку, технологију и развој и на међународном плану. Одвија се преко научно-истраживачког центра као организационе јединице Академије. Центар је био задужен и за организацију научних скупова и делом за наставно-научну сарадњу са установама у земљи и иностранству.

Академија је имала склопљене уговоре са бројним научно-истраживачким и образовним институцијама у земљи и иностранству.[33] Од оснивања Академија је стални учесник Конференције руководилаца високих полицијских школа централне и југоисточне Европе.

Од оснивања до данас на основне студије уписано је 1 170 студената док је њих 615 завршило са успехом у року. На магистарске студије у три генера-

[33] На међународном плану то су били: Полицијски колеџ у Будимпешти, ПА у Минстеру (Немачка) ПА у Братислави, Факултет безбедности у Скопљу, Висока школа унутрашњих послова у Бањалуци.

ције уписано је 27 студената док је магистарски рад одбранило 3 студената. Треба напоменути да је вилики број наставника, сарадника и дипломираних студената магистрирао и докторирао на другим факултетима и универзитетима што говори о квалитету кадра који је радио и студирао на Полицијској академији.

4. Образовање на крају XX века

Друштвене промене које су захватиле земље Средње и Југоисточне Европе почетком деведесетих година XX века захватиле су и тадашњу Савезну Републику Југославију. Систем полицијског образовања тога времена наслеђен је из ранијег времена с том разликом што се те године (1993) оснива Полицијска академија као највиша образовно-научна установа која је основана посебним законом али ван састава МУП-а Р Србије.

Образовни систем МУП-а Републике Србије у организационом смислу обухвата Средњу школу унутрашњих послова (СШУП),Вишу школу унутрашњих послова и Полицијску академију, уз велики број курсева и различитих облика стручног и перманентног образовања.

С обзиром на то да су у претходном тексту описане образовне институције пажњу ћемо усмерити према анализи постојећег стања у образовном систему (до 2004. год.) као и неким принципима и концептима трансформације полицијског школства на почетку XX века.[34]

Основна карактерисрика система образовања МУП-а Републике Србије јесте његова компатибилност са системом средњошколског вишег и универзитетског образовања у Републици Србији. Заснован је на законима којима је та област уређена. Тим законским решењима регулисано је да МУП Републике Србије и Министарство просвете дају сагласност на наставне планове и програме, а ђаци, односно студенти који заврше школовање, ослобођени су служења војног рока. Основна одлика руководећих радника у МУП-у Републике Србије јесте да је највећи број њих завршио ВШУП или ПА или су више или високо образовање стекли уз рад у полицији.

Према пресеку података из 2003. године у систему образовања МУП-а Р Србије радио је као стално запослени велики број истакнутих наставника са високим академским звањима који су били спој полицијске праксе (рад у полицији) и израђених докторских дисертација на универзитетима у Републици Србији. На Полицијској академији био је запослен 21 доктор наука и 16 магистара док је на ВШУП било 10 доктора наука и 11 магистара. Сви они су се осим педагошког бавили и научно-истраживачким радом.

[34] Од 2000-2004. год. у МУП-у Републике Србије водиле су се интезивне расправе у ком правцу треба трансформисати полицијско школство.

Карактеристика образовног система МУП-а од почетка деведесетих јесте и ангажовање наставника из полиције са универзитетским звањима на многим факултетима у Србији и још значајније ангажовање најистакнутијих универзитетских наставника из Београда, Новог Сада, Крагујевца и Ниша у наставни процес ВШУП-а и нарочито Полицијске академије како на основним нарочито на последипломским студијама.

Анализом образовних институција на поменутим расправама о усвајању новог концепта полицијског школства а у функцији трансформације полиције после демократских промена 2000. године уочене су одређене организационе и друге нерационалности. Наводио се податак да три образовне институције (СШУП, ВШУП, ПА) нису биле организационо обједињене, тј. да је свака независно од осталих имала:

- своју логистичку службу (персоналну, материјално-финансијску, техничку, библиотеку, магацине и сл.)
- сопствену издавачку делатност,
- сопствене критеријуме при избору ученика и студената,
- сопствене критеријуме при оцењивању и вредновању не само ђака и студената него и наставника,
- посебан систем статусних права студената и ученика (ношење униформе, смештај, стипендије и сл) и друго.

Такође, као чињеницу у систему образовања јавља се и податак да школе без обзира на велико интересовање за упис као и на број уписаних и завршених полазника нису обезбеђивале довољно кадра за потребе МУП-а. Тај проблем се решава(о) дошколовавањем „цивила" на курсевима и пријемом кадра са неодговарајућом стручном спремом. Посебан проблем представља одлив кадра после завршетка школе што је нарочито изражено у ВШУП-у. Тиме је перманентно био нарушен систем: пројектоване потребе – завршени студенти – пријем на рад у МУП. Посебан проблем био је то што се до 2002. године на СШУП и ПА нису уписале девојке.

На основу наведеног али и неких других анализа, пре свега, наставних планова и програма, као и реализације практичног рада и укључења у савремене међународне токове систем полицијског образовања двестогодишњицу српске државности дочекао је у трансформацији и уклапању у европске стандарде.

Потребе за системским променама условљене су укупним демократским променама у Републици Србији. Професионална и ефикасна полиција каква је потребна у наредном периоду подразумева комлетне, мотивисане, образовне и политички неутралне полицајце који раде у добро организованом и уређеном систему. У том смислу основни захтев постављен пред образовни систем јесте транспарентност као и усвајање модерних европских метода и принципа полицијског образовања.

Тржиште ће бити на заштити људских права, на раду полиције на сектору, примени модерних полицијских метода, стратешком и оперативном поли-

цијском руковођењу и управљању уз поштовање принципа међународног права. То подразумева и оспособљеност руководећег полицијског кадра (као производа полицијског образовања) за решавање криминалистичко-безбедносних проблема као што су: трговина људима, организовани криминал, сузбијање тероризма, израда безбедносних процена, поштовање владавине закона, односи са јавношћу и слично.

Нови систем и концепт полицијског образовања подразумевао би двосмерну компатибилност: у једном смеру са системом полицијског образовања и обуке у најразвијенијим земљама европе, и у другом са образовним системом Републике Србије. Трансформација полицијског образовања обухватила би средњи, виши и високи ниво, као и све облике перманентног образовања (образовање на курсевима) као и стицање академских и научних звања. Тиме би полицијско школство у трећем веку модерне српске државе постало чинилац укупног полицијског деловања како у оквиру друштва тако и у Републици Србији.

Закључак

Полиција и полицијско школство су стални и нераздвојни пратилац српске државе, при чему су делили судбину те државе и њене власти. Настали су ни из чега и за само два века постојања постигли резултате који су на нивоу држава са многовековном традицијом. Уз одређене падове и успоне полиција и полицијско школство данас, по својој структури, организованости, опремељености, наставним програмима, кадровима и начину рада спада у ред елитнијих образовних система полиција средње и југоисточне Европе. Јаз који је настао усред познатих друштвених догађаја брзо се премошћава док на видело избијају најсветлије традиције српског културног ентитета који свој израз имају и у полицијском школству. Историја полицијског школства је одраз и елемент историје српске државе. Од њеног настанка најумнији или најобразованији људи свога доба били су у већој или мањој мери ангажовани или су имали утицаја на образовање полицајаца било да су о томе одлучивали (доношење закона, куповина опреме, финансирање, и сл.) било да су га јавно својим ауторитетом подржавали. Та чињеница говори о две ствари. Прва је да је од настанка модерне српске државе постојала свест о потреби, значају и улози полиције и полицијског школства у настајању и опстанку српске државе и друга да је то било средство утирања пута модерној држави на унутрашњем и међународном плану.

Значај полицијског школства је огроман, вишезначан и трајан. Свој одраз налази не само у подизању укупне образовне структуре грађана, већ и у утицају на стварање укупних културних домета „нове" државе што опет има своју међународну (европску) димензију.

Полицијско школство има пресудан значај и у ефикасности рада српске полиције. Позната је чињеница да је само образована полиција ефикасна и ефективна полиција, и преко система образовања се може проверити квалитет

и стање полиције неке државе. Као државни орган, полиција врши и прима утицаје других државних органа, грађана, друштвеног и међународног окружења. У том смислу значај се огледа у утицају на оспособљавање и помоћ другим државним органима на заштити сопствене безбедности, подизању безбедносне културе грађана и такве оспособљености полиције да ради методама и техником која је компатибилна са међународном како би могле заједно да раде, али и како би се могле упоређивати у смислу ефикасности и ефективности рада.

У савремено доба полицијско образовање је све мање утемељено на физичкој снази, полицијској палици, личном наоружању и увежбаним шаблонима деловања у појединим ситуацијама. Оно је све више утемељено на разумевању глобалне улоге и примарних задатака полиције те повећаним образовним, психофизичким и вољним капацитетима и њиховом уклапању у читаво друштво и међународну заједницу. Тиме полицијско школство постаје део тенденција којима тежи „цивилно друштво", али и део друштва са све већим међусобним утицајима.

Конкретно, значај полицијског школства у изградњи модерне државе огледа се кроз следеће доприносе:

1) Културном наслеђу, традицији и просперитету који се огледа у очувању и обликовању српског етничког наслеђа у један савремен међународно признат и компатибилан државни систем упоредив и признат од међународне заједнице свога доба.
2) Васпитању и образовању младих људи и стручњака за преузимање врло важних радних улога у систему безбедности као највиталнијем и најзначајнијем друштвеном систему.
3) Ширењу безбедносне културе у другим друштвеним системима преко размене наставника, дипломираних студената и експерата са другим друштвеним системима (судство, тужилаштво, здравство, просвета, привреда и сл.).
4) Прилагођавању и променама када је требало у кратком року обучити и оспособити велики број полазника за успешан рад у новонасталим друштвеним и међународним условима.
5) Развијању појединачне и колективне могућности српске полиције у области интелектуалних, моралних, друштвених и културних вредности.
6) Резултатима укупног научно-истраживачког рада предузимањем на себе процеса истраживања и објашњавања појава угрожавања којима се угрожавају виталне вредности друштва и тиме обезбеђујући стање безбедности које друштву омогућава нормалан раст и развој.
7) Укупном списатељском корпусу српског народа остављајући писане трагове како о историјским раздобљима тако и о безбедносним проблемима појединих периода развоја са начинима борбе против њих што омогућава три ствари: а) историјско проучавање, б) образовање за полицијску делатност и в) предвиђање безбедносних проблема будућности.

8) Међународној полицијској сарадњи у укупном међународном статусу наше земље чиме се повећава и учвршћује њена улога у међународној заједници.
9) Сарадњи између различитих субјеката образовања на макросоцијалном и микросоцијалном плану.
10) Развоју сазнајних, искуствених и вредносних оријентација на нивоу корпуса српског народа без обзира на простор на коме се он налазио.
11) Изградњи и поштовању правних правила на домаћем и међународном плану уз развој техничке културе специфичне полицијске професије.

Литература:

Богдановић, Б: *Два века полиције у Србији*, МУП РС, Београд, 2002.

Група аутора, *Министарство и министри у Србији*, 1811-2001, Београд: МУП РС, 2002.

Монографија Више школе унутрашњих послова 1972-1997, Виша школа унутрашњих послова, Београд,1997.

Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2, Правни факултет у Београду, Београд,1994.

Рајс, А.: *Прилог за реорганизацију полиције*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд,1920.

Мр Р. Зекавица: *„Модерна полиција – часопис полиција 1936*, Безбедност број 6/03 стр. 967-975.

Реформа полицијског школства у Републици Србији – Зборник радова, ВШУП, Београд, 2002.

Привремено упутство за службу државних полицијских агената, За обуку питомаца у Централној полицијској школи; саставио Иван М. Ткалчевић, заповедник државне полицијске страже.

Привремени приручник за обучавање полиције на територији Србије, Нови Сад, „Напредак", 1946.

Полиција", бр. 1-2, 1921; бр. 19-20, 1932; бр. 13-14, 1932, Београд.

Полицијска академија 1993-2003 монографија, Полицијска академија, Београд, 1993.

Ljubomir Stajić Ph.D., Full professor
Novi Sad School of Law

Significance of police education for the building of the modern Serbian state

Abstract

Establishment of modern Serbian state was accompanied by development of the police and other institutions. Until late 19th century, there was no special institution in Serbia where Ministry of Home Affairs could educate its future staff. Clerks employed within the Ministry obtained their education in various civil schools. This approach is understandable if one takes into consideration the wide scope of affairs the Ministry of Home Affairs dealt with.

Courses in police service within gendarmerie began to be taught in 1880, 1883 and 1884. In those years a Belgrade Law School graduate and judicial clerk Tanasije Tasa Milenkovi, who spent his entire career beginning in 1873 as a police clerk, started teaching professional courses.

The first school for gendarmes was founded in 1899 in the Belgrade municipality of Dorol and it operated for only a year. A permanent school for gendarmes was eventually founded on May 19, 1909. and the courses held there lasted for three and four months. Police education in Serbia is developed and improved ever since, having a great impact on development of both the police and modern Serbian state.

Development of police education had not been neglected even in the hardest times. In the postwar times, immediately upon setting up of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenians, the issue of education and professional improvement of policemen was resolved in early 1919 by the Decree on Formation, Equipment, Authorities, Duties and Education of Gendarmerie. On February 1, 1920 the School for Noncommissioned Gendarmerie Officers was founded in Sremska Kamenica. During the period between two great wars, Belgrade police was equipped with highly professional staff and modern organization. Foundations of the modern organization were laid by Dr. Rudolph Archibald Reis. Further development of police education meant establishment of lower police schools all over Serbia and of higher schools in Belgrade. Serbian police schools and the police itself followed European trends throughout the above period and the subsequent ones. In the early 20th century, Serbian police was member to all international police organizations. Such a trend remained to the present day.

This paper presents a short overview of police education system from previous two centuries, which is based upon available bibliography and literature. Aim of the review is to outline the main characteristics of police education and the impact it made to development of the modern Serbian state.

УДК 344.14
341.4
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 291-327

Мр Бранислав Ристивојевић, асистент
Правног факултета у Новом Саду

УМИШЉАЈНА И НЕХАТНА ОДГОВОРНОСТ ЗА РАДЊЕ ПОДРЕЂЕНОГ (КОМАНДНА ОДГОВОРНОСТ) С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА РЕШЕЊА УНУТРАШЊИХ ПРАВНИХ СИСТЕМА

Сажетак: *Командна одговорност је вишезначно и сложено биће и у примени је често показивала различита лица. Једна од најважнијих подела на коју смо наишли јесте подела на умишљајну и нехатну командну одговорност. На плану облика кривице са којим се врши пропуштање дужности надзора надређеног појављују се највећа неслагања, како међу законодавцима и тако и међу стручњацима. Најзанимљивија је чињеница да ова подела постоји истовремено и на правно-догматском и на правно-политичком плану. Задатак је био да се покаже у којој мери се у вези са овом поделом одговорности за радње потчињеног искристалисао један јасан и недвосмислен став у законодавствима и примени права*

Претражујући изворе дошли смо до закључка да разноликост решења постоји. Римски статут одређује на сасвим други начин овај елемент командне одговорности у односи на решење Статута Хашког трибунала и његове примене. Појмовни апарат међународног кривичног права доводи до стања у коме нема сагласности ставова англосаксонских и континенталних правника око схватања једних те истих института или доктрина које се користе у

међународним актима. Из овога природно произилази и разноликост решења која усвајају поједини законодавци у поступку преузимања норми Римског статута у унутрашња права. Један скуп законодаваца краси некритички приступ одредби члана 28. Римског статута и њено потпуно преписивање. Друге одликује критички приступ који се огледа кроз преиспитивање утицаја норми Римског статута на унутрашњи правни систем.

Кључне речи: *Одговорност за радње подређеног, командна одговорност, одговорност надређеног, међународно кривично право, умишљај, нехат, Римски статут, Међународни кривични суд, трибунал, преузимање.*

Увод

Командна одговорност је вишезначно и сложено биће и у примени је често показивала различита лица. И сам израз „командна одговорност" не значи свуда исто. Под њим се често подразумевају сасвим различите ствари.[1] Он се користи као нека врста „кишобран" израза, како то духовито примећује професор Дамашка. Под њега се гурају различита кривичноправна бића и категорије. Најбоље би било рећи да је командна одговорност слојевита.

Разлагањем овог сложеног и вишезначног бића на слојеве добили би смо један сасвим нов поглед на ову доктрину. Не само нови одговори на стара питања, већ и нова питања, које је иначе немогуће назрети, појављују се кроз нове углове гледања на проблем.

Раслојавањем ова доктрину може се поделити по више основа, али једна од најважнијих подела на коју се наилази јесте подела на умишљајну и нехатну командну одговорност. На плану облика кривице са којим се врши пропуштање дужности надзора надређеног појављују се највећа неслагања, како међу законодавцима и тако и међу стручњацима. Најзанимљивија је чињеница да ова подела постоји истовремено и на правно-догматском и на правно-политичком плану.

На првом месту значај ове поделе извире из значаја поделе облика кривице на умишљај и нехат. На другом месту треба истаћи да су неке правне теорије већ створиле схватање о нехатним кривичним делима као самосталној категорији кривичног дела захваљујући чињеници да нехат показује неке зна-

[1] Израз „одговорност за радње подређеног" је тачнији од израза „командна одговорност", али је други израз далеко заступљенији у употреби. Поред ова два израза у употреби је и израз „одговорност надређеног". За потребе овог рада биће употребљен израз командна одговорност и под њим се подразумева одговорност предвиђену чланом 28. Статута Међународног кривичног суда, чланом 7(3) Статута Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију и чланом 86(2) Првог допунског протокола.

чајне суштинске разлике од умишљаја.[2] На крају, командна одговорност у појединим својим видовима преклапа се са неким постојећим, добро познатим и недвосмисленим институтима кривичног права. У зависности од одговора на питање да ли је услед поменутог преклапања у свим својим видовима правнополитички оправдана, могућ је закључак да правно-догматски није неопходна.

Наш је задатак да покажемо у којој мери се у вези са овом поделом одговорности за радње потчињеног искристалисао један јасан и недвосмислен став у законодавствима и примени права. При томе се не занемарује чињеница да данас постоји Статут Међународног кривичног суда и да се његова решења сматрају „малим" озакоњењем материје Међународног кривичног права. Норме поменутог Статута се преносе у унутрашња права на различите начине и у различитим видовима. Последично, још увек је далеко од приближно јединствених решења у унутрашњим правима.

Ова решења могу се показати важнија од међународног права. Државе које су извршиле преношење норми Римског статута у свој правни систем намеравају да буду у стању да поступају у могућим случајевима кршења међународног хуманитарног права пре него се заснује надлежност Међународног кривичног суда. Зато остаје отворено питање да ли ће се икада норме Римског статута примењивати на држављане земаља које су извршиле поменуто преношење?

С тога ће се истраживање посебно осврнути на решења која постоје у земљама које су извршиле преношење норми Римског статута у своје сопствене правне системе.

Сасвим природно да ће бити испитан основни извор Међународног кривичног права-Римски статут као и други писани извори међународног права.

Захваљујући чињеници да је примена међународног кривичног права признаје и обичаје као правни извор, то се мора истражити и старија примена командне одговорности. У суштини ова претрага ће се свести на неколико ретких случајева у примени, без обзира на чињеницу да пресуде, строго узевши, нису извор међународог права. Оне су показатељ примене права, а примена је први од два неопходна елемента за уобличавање међународног обичаја. Теорија међународног права је пронашла решење за ову нелогичну ситуацију тако што је пресуде назвала *материјалним* извором међународног права, за разлику од осталих извора, који несумњиво јесу извори међународног права (мисли се на попис извора међународног права у члану 38. Статута Међународног суда правде), и који се називају *формалним* изворима међународног права.

Без обзира на утемељеност поставке о обичајима као изворима међународног кривичног права познавање командне одговорности било би мањкаво, ако се не би прегледале поменуте пресуде.

---

[2] Немачка на пример: Зоран Стојановић, Кривично право-Општи део, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2003, стр 186; „И само чињење казнених дјела из нехата је само по себи проблематична идеја у већини казнених закона": Ruth Wedgwood, Будућност заповједне одговорности, објављено у: Заповједна одговорност, Хрватски хелсиншки одбор, Загреб, 2003, стр. 33.

1. Примена Међународног кривичног права

1.1. Случај Јамашита

Случај јапанског генерала Јамашите јесте први случај командне одговорности. Као такав, незаобилазно је полазиште у свакој претрази доктрине. Важно је поменути да је Јамашити судила америчка војна комисија, а не суд. Постоје одлука комисије, првостепена и две одлуке по ревизији. Занимљиво је да се став Комисије о свести и вољи Јамашите надограђивао кроз ревизије одлуке. У својој одлуци Комисија је сматрала да су тужиоци успели да докажу да су злочини били тако распрострањени да мора да су били свесно дозвољени, или да су били тајно наређени од стране оптуженог.[3] Сасвим је јасно да Комисија не оставља могућност да Јамашита није знао за злочине. У првој ревизији одлуке наводи се следеће:

„...Из свих чињеница... ...немогуће је побећи закључку да је оптужени знао или је имао средстава да зна о раширеним вршењима..." [4]

Најзначајније је да је у ревизији јасно речено да је он или знао или ***имао средства да сазна о чињењима злочина***. У другом случају ради се о незнању о злочинима. Разлика је у томе што Комисија, како се види, не дозвољава могућност да Јамашита не зна за злочине, док се у ревизији та могућност ставља као равноправна са знањем о злочинима. Следећа ревизија Одлуке ове америчке генералске комисије је извршена је од стране вишег, *Theater Staff Judge Advocate*. У овој ревизији налази се схватање које се враћа ставовима оптужнице:

„Закључак је неизбежан да је оптужени знао о њима (злочинима), или је дао свој прећутни пристанак на њих или је барем пропустио да учини било шта, било да спречи злочине, било да казни њихове учиниоце." [5]

На сличан начин како су тужиоци држали, и Комисија оснажила својом одлуком, да је Јамашита ***„свесно дозволио, или, барем, тајно наредио чињење злочина"***, друга ревизија сматра да је он ***„знао за дела, или да је дао прећутни***

[3] Christopher N. Crowe, *Command Responsibility in the Former Yugoslavia: the Chances for sucesfull Prosecutions,* University of Richmond Law Review, 1994, No. 29, str. 204.

[4] „...From all facts... ...it is imposible to escape conclusion that the accused knew or had means to know of the widespread commision...": *Report of the Staff Judge Advocate of the Record of Trial by Military Commision of Tomoyuki Yamashita*, U.S. Armed Forces, Western Pacific, 9. Dec. 1945; navedeno prema: Weston D. Burnett, *Contemporary International Legal Issues-Command Responsibility And a Case Study of The Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders For The Pogrom at Shatila and Sabra*, Military Law Review, 1985, Vol. 107, стр. 94-95.

[5] „...the conclusion is inevitable that the accused knew about them and either gave his tacit approval to them or at least failed to do anything either to prevent them or to punish their perpetrators.": *Report of the Theater Staff Judge Advocate of the Record of Trial by Military Commision of Tomoyuki Yamashita*, General, HY U.S. Armed Forces, Western Pacific, 26. Dec. 1945; navedeno prema: Weston D. Burnett, наведено дело, Military Law Review, 1985, Vol. 107 , стр. 94-95

пристанак за њихово вршење".[6] Друга ревизија Одлуке се враћа на првобитни став Комисије и захтева се барем пуна свест односно знање о злочинима код Јамашите. Друга могућност је умишљај који се уводи кроз тајна наређивања односно прећутне пристанке.

Вероватно најрасправљаније питање у Јамашитином случају јесте облик кривице са којим је он, наводно, поступао. Истовремено ова расправа јесте доказ да су одлука Комисије и њене ревизије нејасне.[7] Други сматрају да је Комисија била јасна по овом питању. Она тражи да је командант могао знати да потчињени врше злочине.[8] Трећи налазе да је овде на делу англосаксонско схватање о објективној одговорности, односно *strict liability*, другим речима, да је човек осуђен само на основу чињенице да је био на неком положају у време извршења дела, а да му никакво знање није било приписано од стране Комисије.[9]

Претрага елемената командне одговорности у случају Јамашита би била незаокружена када би пропустили да се осврнемо на ставове Америчког врховног суда у одлуци *In re Yamashita*, где су двојица судија издвојили мишљење.

Суд је мудро одбио да се изјашњава о кривици Јамашите, већ се изјашњавао само о томе да ли Комисија може да му суди. Правилно увидевши да је суштина проблема у томе да ли постоји обавеза команданта да надзире потчињене, у сврху спречавања аката кршења ратног права, Суд поставља себи

[6] Тајно наређивање се више не спомиње јер је сасвим јасно да се таква тврдња може доказати само са тим тајним наређењем којег по природи ствари нема (јер је тајно). Пошто је цео случај саздан око чињенице да нема никаквих наређења за вршење злочина, онда је овај најслабији део оптужнице избегнут у другој ревизији. Посебна је занимљивост што се у овој ревизији у исту раван стављају, с једне стране, знање или прећутно давање пристанка и, с друге стране, пропуштање да се учини било шта, било да се спрече злочини, било да се казне извршиоци. Овде се врши једно, за континенталног правника неприродно, сабирање јабука и крушака, односно сабирање облика виности са облицима извршења дела. С једне стране имамо: „знао или дао свој прећутни пристанак" (облици виности), а с друге „пропустио да учини било шта да било спречи било казни..." (пропуштање као облик извршења). Како то да *Theater Staff Judge Advocate* не разликује ове основне ствари? Англосаксонско кривично право има, до неке мере, изграђене изразе за облике виности и изразе за облике извршења дела. С друге стране чести су случајеви мешања облика виности и облика извршења кривичног дела. На пример „*Negligence*" и „*neglect*" се често мешају. „*Negligence*" је нехат, а „*neglect*" пропуштање. Овај пример се наводи зато што је он типичан случај мешања облика извршења дела са облицима виности који се јавља у англосаксонском пракси па и законодавству

[7] Тако Christopher N. Crowe мисли да се Комисија није до краја изјаснила о облику виности односно кривице са којим је поступао Јамашита. Нејасно је, држи Crowe, да ли је Јамашита требало да зна за чињење злочина (а није знао), или је стварно знао да се чине злочини: Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 208.

[8] -Timothy Wu and Yong-Sung (Jonathan) Kang, *Criminal Liability for the Action of Subordinates: the Doctrine of Command Responsibility and It's Analogues in United States Law*, Harward International Law Journal, No. 38, 1997, стр. 276.

[9] Ово мишљење заступа Franck Reel, један од бранилаца Јамашите: Richard L. Lael, *The Qamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, 1982; наведено према: Timothy Wu and Yong-Sung (Jonathan) Kang, наведено дело, стр. 276; Lawrence Taylor, A Trial of General, 1981, наведено према: Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 207; Telford Taylor, Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy, 1970, наведено према, Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 207.

задатак да одреди да ли ратно право установљава такву обавезу за команданта и да ли командант може бити лично одговоран за пропуст да предузме такве мере „када из тог пропуста исходују акти кршења ратног права".[10] Јасно се изјашњавајући за постојање овакве обавезе за команданта, суд се нешто несигурније опредељује и за постојање одговорности за радње потчињених.

Суд прихвата да постоје различити елементи командне одговорности, међутим суд одбија да се изјасни око елемента-знања или свести о злочинима, баш стога, што је овај састојак најслабији део склопа оптужнице и Одлуке Комисије.

У свом издвојеном мишљењу судија Murphy се изјашњава о том елементу:

„Ни знање о тим злочинима није му приписано."[11]

У сваком случају остаје нејасноћа око питања који је облик виности био довољан да се Јамашита осуди.

1.2. Пресуда Међународног војног суда за Далеки исток

У пресуди се слично одлуци Комисије у случају Јамашита наводе извори Међународног права који говоре о дужностима односно обавезама команданата, али и цивилних вођа. Према пресуди, влада која има ратне заробљенике односно задржане цивиле, је одговорна према 4. Хашкој конвенцији из 1907. године и Женевској конвенцији Црвеног крста из 1929. године.[12] Овде Суд разрађује наводе тужилаца о командној одговорности цивилних вођа. Суд сматра да су и војни командант и министар одбране једнако одговорни за ратне заробљенике.[13] Суд даље развија командну одговорност кроз нове обавезе команданта у вези са надзором. Као прво командант (или цивилни надређени) одговоран за ратне заробљенике, морао је да успостави и обезбеди делотворну и сталну целину за чување ратних заробљеника.[14] Ако га није успоставио, онда је пропустио своју дужност, и када дође до кршења ратног права над тим заробљеницима, он одговара за та кршења. Ако јесте успоставио такву целину, а није обезбедио да се она стално и делотворно спроводи, опет је пропустио своју дужност и опет одговара, уз услов да је неко правило ратног права повређено, за те повреде.[15] Када се командант и уверио да се његова наређења спроводе, онда је могао да одговара за злочине само ако је знао да се они дешавају, а није предузео такве кораке који су у његовој моћи да спречи чињење таквих зло-

[10] Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 96.

[11] Timothy Wu and Yong-Sung (Jonathan) Kang, наведено дело, стр. 276.

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

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

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

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

чина у будућности.[16] Последња могућност је била да је командант испунио све дужности напред поменуте, али није знао да се врше злочини. Тада ће одговарати ако је нехатно пропустио да обезбеди такво знање.[17]

Овде пресуда значајно одступа од оптужнице. Оптужница Међународног војног суда у Токију говори о безобзирном занемаривању дужности, а пресуда спушта ниво свести, достатне да би се одговарало, на нехатно пропуштање дужности и тиме шири подручје одговорности.

1.3. Нирнбершки потпроцеси: Случај Врховне командне и случај Талаца

У пресуди у случају Врховне командне образлаже се да није довољно вршење одређених аката од стране подређених већ је неопходно и пропуштање надређеног да би му се приписали акти његових подређених. То је могуће у два случаја: када се акт може пратити непосредно до надређеног, или када је пропуст надређеног да одговарајуће надзире своје потчињене, чини кажњиви нехат (*culpable negligence*). У другом случају то мора бити „лично пропуштање које је резултат вољног, неморалног занемаривања деловања потчињених које је опет исход пристајања".[18] Нешто касније у истој пресуди се наводи да се у одсуству непосредне одговорности (када је командант издао наређење за вршење злочина), командант, да би био кривично одговоран, мора имати знање о тим делима и пристати, учествовати или кажњиво пропустити да се умеша у њихово вршење.[19] (Још једном се показује да англосаксонски правници нису у стању да јасно разликују облике кривице-виности од облика радње извршења). У пресуди су заступљени сви елементи командне одговорности с тим да се субјективни елеменат јасно и недвосмислено тражи за ову одговорност. И сама чињеница да је командант био у могућности да дође до обавештења, неће бити довољна да се установи командна одговорност.[20]

У случају талаца Vilhelm fon List и 11 других генерала суђени су за дела која су извршили припадници њихових јединица на подручју Албаније, Грчке, Југославије и Норвешке. Само два оптужена су избегла да буду проглашени кривим по основу одговорности за акте подређених. По питању знања о злочинима као елемента командне одговорности Суд се, начелно, изјашњава следствено свом ранијем ставу односно захтева његово присуство код команданта

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

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

[18] Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 102.

[19] Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 102.

[20] Овог мишљења је и Cristopher N. Crowe, који каже да Суд одбацује „могућност да се зна" о злочинима као елеменат командне одговорности, и захтева знање о злочинима: Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 216.

да би га могао огласити одговорним. Нешто је занимљивије образложење овог става Суда обзиром да су се сви оптужени у овом случају позивали на незнање. Суд тврди да је немачка војска добро обучена, опремљена и уређена и да је имала добро развијену мрежу веза. Командант високог положаја не може да тврди да је дозволио себи да не буде обавештен о томе шта се дешава у његовом подручју одговорности у време рата. Уколико се нађе одсутан из штаба, па не може да прегледа извештаје, односно да се упознаје са стањем, тада се сматра одговорним за све што произилази из његових ранијих наређења, упутстава или опште прописане политике деловања уобличене од стране њега самог.[21]

У пресуди самом Листу мало се одступа од наведеног. Уколико се Лист није, како он тврди, обавестио у неколико случајева, то представља пропуштање дужности код њега а он не може да се позива на своју сопствену грешку као одбрану! Чињеница да није реаговао у оним случајевима када је добио вести да се дешавају злочини, представља још једно пропуштање дужности за које је одговоран.[22]

Ово је мало недоследно решење.[23] Прво се, начелно, захтева знање о одређеним злочинима, да би се за њих одговарало, а затим се прихвата да се један од оптужених није обавестио, али се та његова необавештеност (која је ипак незнање) сада назива пропустом дужности да се обавести и ипак се установљава одговорност. [24]

1.4. Случај Тојода

Адмирал Соему Тојода се налазио на низу највиших положаја у јапанској морнарици за време Другог светског рата. Оптужен је 28. октобра 1948. године, слично Јамашити, за дела својих потчињених. Суђење се завршило 6. септембра 1949. године, отпуштањем Тојоде и одустајањем од оптужнице. Међутим, одустајање од оптужнице није спречило Комисију састављену од генерала да изнесе своје схватање о командној одговорности које се обично сматра за пресек дотадашњих искустава на овом плану, а да се у складу са англосаксонским схватањем извора права то схватање касније прогласи обичајем.[25]

---

[21] Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 110-112.

[22] Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 113.

[23] Има писаца који се слажу са нашим мишљењем, али они не изводе закључак да је Суд овде недоследно поступио, већ покушавају да бране становиште Суда: Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 220.

[24] Англосаксонци сматрају да је овде у питању тзв. импутед кнољедге, што бисмо ми превели као „приписано знање". Према Black's Law Dictionary (Блеков Правни Речник) „приписано знање" постоји у случају када је неко имао на располагању неке чињенице и није се упознао са њима, а имао је дужност да се са њима упозна. Тада се ономе који је пропустио да се обавести „приписује" знање које је могао да има.

[25] W.J. Fenrick, наведено дело, стр. 116.

„Командна одговорност постоји када потчињени изврше злочине, а командант их је наредио. Друга могућност је да нема доказа да је командант наредио злочине. Тада се командна одговорност састоји од: а) извршених злочина [од стране потчињених], б) знања о томе, в) дужности код комаданта да изда наређење потчињенима да не врше злочине или дужности да казни оне који су већ учинили злочине, г) пропуста да предузме одговарајуће мере, које су у његовој моћи, да надзире јединице под својом командом или да спречи злочине, д) пропуста да казни оне који већ јесу извршили злочине.[26] Елеменат под б) односно знање о злочинима може бити: 1) стварно-када је командант „видео злочин или је кратко после обавештен о злочину", или 2) „конструктивно-у случају када је вршење злочина бројно, тако да разуман човек не може доћи до другог закључка до да је оптужени морао знати за злочине или постојање рутине за њихово вршење"."[27]

Сасвим је јасно да пресуда успоставља нехатну командну одговорност поред умишљајне. Говорећи речником континенталног правника овде је успостављена командна одговороност за несвесни нехат.

1.6. Случај Мај-Лај

Најзанимљивије на целом суђењу јесте упутство које је дао председавајући Суда пуковник Хоњард поротницима. Он је упутио поротнике:

„...да је опште начело војног права и обичаја да војни надређени који командује одговоран, и захтева се од њега, да се у обављању својих дужности команданта увери у одговарајуће обављање дужности од стране његових подређених које им је он поверио. Другим речима након деловања или издавања наредбе командант остаје пажљив и врши временско усклађивање како захтева стање. Даље, командант је одговоран ако зна да његови подређени или друге особе под његовим надзором врше злочине, или се спремају да их изврше, и он противправно пропусти да предузме неопходне и разумне кораке да обезбеди поштовање ратног права. Ви ће те следити примедбу да ови правни захтеви којима је изложен командант захтевају стварно знање и противправан пропуст да се делује. Само присуство на месту догађаја, без знања, неће бити довољно. Ти значи да однос команданта и подређеног сам, неће бити довољан за закључак да командант зна за злочине. Ако није неопходно да командант види вршење злочина, кључно је да он зна да његови потчињени врше злочине или се спремају да их изврше."[28]

Након овога судија је дао поротницима елементе доктрине који морају бити утврђени ван сваке сумње да би се капетан огласио одговорним за нехатна убиства. Овај збир елемената представља схватање судије, пуковника Howard-a, о командној одговорности.

[26] W.J. Fenrick, наведено дело, стр. 116.

[27] W.J. Fenrick, наведено дело, стр. 116.

[28] Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 224

„1. Непознат број неименованих вијетнамских цивила, не мање од 100, је мртав. 2. Њихова смрт је исходовала из нечињења оптуженог, односно из пропуштања вршења надзора над подређенима подвргнутима његовој команди након што је стекао знање да су његови подређени убијали цивиле. 3. Ово нечињење је установило кажњиви нехат. 4. Ово убијање неодређеног броја неименованих цивила, од стране подређених оптуженог и под његовом командом, је било противправно".[29]

Други елеменат сасвим јасно опредељује раван свести неопходне за одговорност као умишљај. Највећи приговори закључивању судије појавили су се управо због ове чињенице. Судија је упутио поротнике, како смо навели, да морају доћи до закључка, ван сваке сумње, да је капетан Медина знао за злочине (Пошто ово није утврђено, он је ослобођен). Тиме је судија Howard, на припаднике своје војске применио друга правила у односу на она, која су Американци применили на пораженог јапанског генерала Јамашиту.[30] Теренско упутство копнене војске САД бр. 27-10 има одредбу о командној одговорности. Ова одредба има све елементе схватања о овом питању како је оно уобличено на поратним суђењима. Субјективни елеменат присутан је као могућност да се зна, а не као стварно знање.[31] Одредбе овог приручника су теже по оптуженог, јер је довољно доказати да је оптужени-командант имао могућност да сазна па да се, уз остале елементе командне одговорности, огласи одговорним.

1.7. Јуриспруденција Трибунала

Постоји већи број пресуда Трибунала у Хагу које обрађују материју командне одговорности односно одговорности према члану 7(3). Све се мање-више слажу око саставних елемената командне одговорности. При томе полазе од Статута самог Трибунала и одредбе члана 7(3). Командна одговнорност, према јуриспруденцији Трибунала, има три елемента: 1) постојање везе надређени-подређени; 2) надређени је знао или је имао разлога да зна да су кривична дела била пред извршењем или да јесу извршена; и 3) надређени је пропустио да предузме неопходне и разумне мере да спречи кривична дела или да казни њихове извршиоце.[32]

[29] Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 124

[30] Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 225

[31] U.S. Field Manual No. 27-10; наведено према: Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 224-225.

[32] Случај Челебићи, Пресуда судског већа, параграф 346: „While it is evident that the commission of one or more of the crimes under Articles 2 to 5 of the Statute is a necessary prereyuisite for the application of Article 7(3), the Trial Chamber agrees with the Prosecution's proposition that the principle of superior responsibility properly is analysed as containing three constitutive parts. From the text of Article 7(3) it is thus possible to identify the essential elements of command responsibility for failure to act as follows: (i) the existence of a superior-subordinate relationship; (ii) the superior knew or had reason to know that the criminal act was about to be or had been committed; and (iii) the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent the criminal act or punish the perpetrator thereof."

Видљив је утицај званичних Коменатара Женевских конвенција и Допунских протокола које је издао Међународни комитет црвеног крста. Отприлике на сличан начин постављени су елементи командне одговорности у овим Коментарима.[33]

У овом поретку елеманта на другом месту се налази одређење облика кривице достатног да би се одговарало. Нехат је довољан, није неопходно да постоји умишљај. Око овог елемента командне одговорности нису се ломила копља у примени права пред Трибуналом. Углавном сва судска већа стоје на истом становишту заузетом у случају Челебићи.

1.8. Случај Ford v. Garcia односно случај салвадорских монахиња

Последњи случај који треба поменути јесте случај Форд в. Гарциа, пресуђен 2000. године пред Федералним судом Флориде у САД. Он је од посебног значаја јер је у питању први случај командне одговорности пред једним америчким (цивилним) судом редовне надлежности, где је порота била упућена од стране судије. У вихору грађанског рата у Салвадору 1980. године четири америчке монахиње убијене су од стране припадника Салвадорске националне гарде. Пред салвадорским правосуђем њихова кривица је доказана и они су осуђени на затворске казне. Чланови породица убијених тужили су 2000. године бившег команданта Салвадорске националне гарде и бившег министра одбране Салвадора, сада америчке држављане, за накнаду штете настале овим убиствима. Упутство које је дато пороти садржи обележја доктрине командне одговорности и изузетно је значајно јер оно решава неке дилеме око суштине ове доктрине и њеног садржаја у унутрашњем праву САД.

У овом упутству судија као други елеменат командне одговорности опредељује облик кривице достатан за одговорност:

„Оптужени је знао или је према околностима случаја могао да зна..."[34]

Сасвим јасно говори се, поред умишљаја, и о нехату.

Знајући да су број и међусобни однос извора међународног кривичног права неодређени, а да је јуриспруденција неких држава далеко важнија од праксе других у поступку стварања међународног кривичног права, значај ове пресуде као могућег прецедента је нарочит. Случај се налази на вишем суду по жалби обзиром да је тужба одбачена. Порота је заузела став да генерали нису могли да ураде више од онога што јесу урадили у сврху заштите живота и тела цивила.

---

[33] *Commentaries of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. Part V : Execution of the conventions and of this protocol #Section II -- Repression of breaches of the conventions and of this Protocol*; Paragraph 3543: „Under the terms of this provision three conditions must be fulfilled if a superior is to be responsible for an omission relating to an offence committed or about to be committed by a subordinate: a) the superior concerned must be the superior of that subordinate ("his superiors"); [p.1013] b) he knew, or had information which should have enabled him to conclude that a breach was being committed or was going to be committed; c) he did not take the measures within his power to prevent it."

[34] *Contemporary Practice of the U.S.A. Relating to International Law*: edited by Sean D. Murphy, *Acyuital of Salvadoran Generals in Nuns' Deaths*, American Journal of International Law, No 2, Vol 95, 2001, p. 395-396.

2. Писани извори међународног права

2.1. Први додатни протокол

Први писани извор међународног права који нам доноси одредбу командне одговорности је Први додатни протокол из 1977. године на женевске конвенције из 1949. године. У члану 86. под називом Failure to Act у ставу 2. стоји:

„Чињеница да је повреду конвенција или овог протокола извршио неки потчињени, не ослобађа његове старешине кривичне или дисциплинске одговорности, већ према случају, уколико су они знали или су имали обавештења које су им омогућиле да закључе, под околностима које су владале у то време, да је он извршио, или да ће извршити такву повреду и ако нису предузеле све могуће мере у границама своје моћи да спрече или сузбију повреду."[35]

Црвени крст који је израдио ове Протоколе израдио је и њихове званичне Коментаре. Могу се, по природи ствари, назвати аутентичним тумачењем Протокола. Према овим Коментарима из одредбе става 2 члана 86. извлачи се закључак да:

„...три *услова* морају бити испуњена да би надређени био одговоран за пропуст у вези са извршеним или припреманим кривичним делом потчињеног: а) надређени у питању мора бити надређени оног потчињеног који је извршилац дела; б) надређени је знао или је имао обавештења која су му омогућила да закључи да је дело извршено или се припремало; в) надређени није предузео мере у својој моћи да спречи дела."[36]

И поред одређених приговора преводу, чини се да је овде заступљена, поред свести (знања), и „могућност да се зна" као елеменат командне одговорности. То значи да су заступљени сви облици виности. Поред умишљаја и свесног

[35] „The fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was commited by a subordinate does not absolve his superiors from penal or disciplinary responsibility, as the case may be, if they knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he was commiting or was going to commit such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach.": W.J. Fenrick, *Some International Law Problems Related To Prosecution Before the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Duke Journal of Comparative & International Law*, No. 6, 1995, стр. 119-120; Превод на српски језик смо узели из издања ових Протокола које је урадио Југословенски црвени крст 1997. године

[36] *Commentaries of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. Part V : Execution of the conventions and of this protocol #Section II -- Repression of breaches of the conventions and of this Protocol*; Paragraph 3543: „Under the terms of this provision three conditions must be fulfilled if a superior is to be responsible for an omission relating to an offence committed or about to be committed by a subordinate: a) the superior concerned must be the superior of that subordinate ("his superiors"); [p.1013] b) he knew, or had information which should have enabled him to conclude that a breach was being committed or was going to be committed; c) he did not take the measures within his power to prevent it."

нехата који обухватају свест о радњи и последицама дела, присутан је и несвестан нехат. [37]

Уредници Протокола су желели да у текст унесу онај облик виности који је захтеван у случајевима Јамашита и Тојода, а нарочито онај који је осмишљен у случају талаца.[38] Овим проблемом смо се већ бавили и рекли смо да се у тим случајевима за доношење осуђујуће пресуде сматрало довољним да се утврди да је команданта требао, морао или могао да закључи да се врше злочини, а у случају талаца се тражило да се докаже да је командант имао изворе обавештења (нпр. званичне извештаје и итд.) из којих је могао, морао, требао да закључи да се врше злочини.[39] У случају Врховне команде, пресуда је била другачија, суд је тражио стварно знање о злочинима.

Изгледа да се овај језички склоп, употребљен у протоколима, може назвати несвесним нехатом, онаквим каквим га познаје наше кривично право. Разлика је у томе што одредба нашег закона познаје објективно и субјективно мерило у процени да ли је неко био дужан и могао да буде свестан, на основу свих околности случаја и личних својстава. Одредба да командант мора или треба да зна, на основу доступних обавештења, која је заступљена у протоколима и која се наслања на случај талаца, је објективно мерило у процени несвесног нехата и то са тачно одређеним околностима на основу је командант био дужан да дође до знања о злочинима а то су "обавештења која је имао".[40] Друге околности се не спомињу.

[37] У изворнику стоји „...if they knew or had information that should have enabled them to conclude..." на енглеском, и „...дес informations leur permettant de conclure..." на француском језику. Како је меродаван језик у случају спора француски, W.J. Fenrick је дошао до закључка да се погрешило у енглеском тексту који би требао да гласи „...informations enabling them to conclude..." што би оставило следећег трага у нашем преводу. Уместо „...информације које су им омогућиле да закључе..." како стоји у преводу Југословенског црвеног крста, требало би да стоји „...обавештења које су им омогућавала да закључе...". Постојећи превод у једној одређеној мери указује на свршен процес закључивања код команданта, јер користи свршен облик глагола омогућити „...омогућиле...", и тиме наводи на закључак да је код команданта постојало знање о злочинима. У другој могућности, коју ми предлажемо и за коју мислимо да би се боље ускладила са изворним текстом Протокола, стоји „...омогућавале...". Овај облик глагола „омогућити" далеко боље указује на могућност да се дође до закључка о постојању злочина (а не на стварно знање о злочинима), што је и права намера уредника Протокола: W.J. Fenrick, наведено дело, стр. 120.

[38] Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 227.

[39] „Зато, много реалистичнији приступ је, да се припише знање у случајевима где је командант био у положају да сазна.": Christopher N. Crowe, наведено дело, стр. 227.

[40] Ово тврди и Burnett када каже да је овај елеменат командне одговорности у додатним протоколима „објективан у својој нормативној садржини". Наравно да он као англосаксонски правник из правилно утврђених особености овог елемента командне одговорности не може да извуче закључке које извлачи један континентални правник: Weston D. Burnett, наведено дело, стр. 148.

2.2. Статут Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију

Командна одговорност је прописана у ставу 3. члана 7. овог статута:[41]

„Чињеница да су нека од дела наведених у члановима 2. до 5. овог Статута извршена од стране потчињеног, не ослобађа његовог надређеног кривичне одговорности, ако је знао или имао разлога да зна да се потчињени спремао да изврши таква дела, или их је већ био извршио, а надређени је пропустио да предузме неопходне и разумне мере да спречи, или да казни извршиоце."[42]

На први поглед ова одредба не разликује се много од свог узора-одредбе у Првом допунском протоколу. Поред умишљаја обухваћен је и нехат. Ипак, знање о злочинима односно облик виности (кривице) са којим се врши пропуштање, претрпео је промену у односу на одредбу протокола, која ће имати утицаја на ширење подручја кривичне одговорности. Додатни протоколи су имали одредбу овог елемента која је обухватала, како знање о злочинима, тако и дужност да се зна о њима на основу обавештења које је имао командант. Одредба Трибунала садржи оба ова елемента (знање и дужност да се зна), али дужност да се зна није ограничена на обавештења које је командант имао, већ је дата широко кроз речи: „...или је имао разлога да зна...". На овај начин је објективно мерило за процену дужности да се зна проширен скоро неограничено. По одредби протокола командант, који није знао за вршење повреда, могао је да одговара само ако је имао обавештења које су му омогућавала да закључи да се врше повреде. По одредби Трибунала, командант који није знао за вршење аката, одговара увек када је имао разлога да зна. Слобода, да одреди мерила на основу којих је командант имао разлога да зна (био дужан да зна), је Статутом Трибунала остављена судијама у нахођење.[43] Додатни протоколи нису остављали ову слободу судијама, већ су сами одредили мерило на основу којег ће се процењивати дужност да се зна за злочине, а то су обавештења које је командант имао. У сваком случају и овде вреди оно што је већ истакнуто за овај исти

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

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

[43] За опширну претрагу ових мерила у примени трибунала погледати чланак: Helen Duffy, *Одговорност надређених особа: Најновији развој у праву и пракси ad hoc међународних кривичних судова*, објављено у: *Заповједна одговорност*, Хрватски хелсиншки одбор, Загреб, 2003, стр. 148-160.

елеменат командне одговорности код протокола. Тамо је речено да је овакво решено питање облика виности са којим командант пропушта дужност, објективно у својој садржини.

2.3. Статут Међународног кривичног суда

У члану 28. Статута Међународног кривичног суда прописана је „одговорност команданата и других надређених". Одредба је доста дугачка и, донекле, сложена, иако не садржи више елемената него њени узори.[44] Сви елементи који су уочени у ранијим одредбама командне одговорности налазе се и овде. Ипак овај Статут пружа одређене садржинске новине. Сложеност најновије одредбе командне одговорности, свакако, не доприноси остваривању начела законитости. Превод члана 28. Статута гласи:

„**Одговорност команданата и других надређених.** Поред других основа кривичне одговорности по овом Статуту за дела у надлежности Суда:

1. Војни командант или особа која стварно поступа као војни командант биће кривично одговорна за дела у надлежности Суда извршена од стране снага под његовом/њеном стварном командом и надзором, или стварном власти и надзором у зависности од случаја, као исход његовог/њеног пропуста да изврши одговарајући надзор над поменутим снагама:
   а) када су командант или особа која стварно поступа као војни командант, или знали, или захваљујући околностима случаја, требало да знају да су снаге вршиле, или су се спремале да изврше дела у надлежности Суда; и
   б) када су командант или особа која стварно поступа као војни командант пропустили да предузму све неопходне и разумне мере у оквиру својих моћи да спрече или сузбију вршење дела, или да поднесу ствар властима надлежним за истрагу и гоњење.
2. У погледу надређених и потчињених који нису описани у параграфу 1, надређени ће бити кривично одговоран за дела у надлежности Суда извршена од стране потчињених под његовом/њеном стварном влашћу и надзором, као исход његовог/њеног пропуста да изврши одговарајући надзор над поменутим снагама:
   а) када је надређени или знао или свесно занемарио обавештења која су јасно указивала да је потчињени вршио, или се спремао да изврши дела у надлежности Суда;
   б) када се дела у питању тичу делатности које су биле под стварном одговорношћу и надзором надређеног; и

[44] Сам председавајући на Дипломатској конференцији на којој је усвојен Статут описао је неке одредбе овог акта са енглеским придевом awkward. Он има следећа значења: непрактично, неодговарајуће сврси, непријатно, нетактично, извитоперено, збркано итд; Philippe Kirsch, John T. Holmes, *The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process*, American Journal of International Law, Vol. 93, No 1, 1999, стр. 11.

в) када је надређени пропустио да предузме све неопходне и разумне мере у његовој/њеној моћи да спречи или сузбије вршење дела или да поднесе ствар властима надлежним за истрагу и гоњење."[45]

Одредба је подељена на два дела обзиром на врсту надређених. У првом параграфу одговорности су изложени војни команданти и особе које стварно поступају као такве. У другом параграфу, негативним одређивањем, одговорности се излажу сви остали надређени (надређени који нису описани у параграфу 1). Направљена је, такође, разлика између услова које морају бити испуњени за сваку од ове две врсте надређених да би они одговарали. Иако се одредба односи на све друге надређене, параграф 2. овог члана ће у највећој мери погодити носиоце високих управних положаја. Једина разлика која постоји између одговорности коју успостављају ова два параграфа лежи у само једном елементу командне одговорности. У питању је облик виности (кривице) са којим поступа надређени. У одредби командне одговорности у параграфу 2. захтева се „...знао, или свесно занемарио обавештења која су јасно указивала да је потчињени вршио..." што је стварно знање надређеног о делима потчињених, што нас упућује на облике виности (кривице) који обухватају и свест о радњама и последицама дела. Параграф 1. се задовољава са „...знали или захваљујући околностима случаја, требало да знају да су снаге вршиле..." што је спуштање облика виности (кривице) на несвесни нехат уз истовремено ширење подручја одговорности. Творци ове одредбе су очито хтели да направе разлику између одговорности војног команданта и одговорности осталих надређених, али није јасно зашто? Зашто војни командант одговара и када је „требало да зна" шта раде његови потчињени, а остали надређени само када су „свесно занемарили" обавештења о радњама потчињених. Зашто је војни командант изложен већем степену кривичне одговорности него остали надређени?

[45] „Responsibility of commanders and other superiors. In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:

1. A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case maybe, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where: (a) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and (b) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.

2. With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph 1, a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where: (a) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes; (b) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and (c) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution": www.igc.apc.org/icc/; Статут је усвојен на Дипломатској конференцији Уједињених Нација опуномоћеној за оснивање Међународног кривичног суда 17. јула 1998. године.

3. Одредбе командне одговорности у унутрашњим правима

У поступку испуњавања обавеза преузетих прихватањем Статута Међународног кривичног суда државе почињу да уносе у своја унутрашња права и поједине одредбе Статута. Међународни кривични суд није замишљен као замена за унутрашње право и правосуђе, његова надлежност је усаглашена са надлежношћу држава да гоне и кажњавају ратне злоличине. Међународни кривични суд нема првенствену надлежност над надлежношћу држава.[46] Првенствена надлежност суда настаје тек када нека држава није вољна или способна да сама гони.[47]

Договори око овог Статута су били једни од најтежих међународних мултилатералних договора икад предузетих.[48] Нарочито се то односи на ову одредбу јер она, сасвим јасно, иде преко граница суверености држава.

Иако то нигде у Статуту није изричито наведено као обавеза, државе су почеле са усвајањем права Статута Међународног суда правде. Разлози су различити, али се начелно сматра да државе које пренесу право Статута у своје унутрашње право неће доћи у стање да им Суд преузима надлежност. То се, природно, односи на државе које немају у свом праву предвиђење све норме које има предвиђене Статут Суда. Неке државе наглашавају да је разлог за преношење норми Статута жеља да избегну да се и један њихов држављанин, становник или службеник икад нађе пред Међународним кривичним судом.[49]

Захваљујући томе постоји већ неколико закона које су донеле државе, које прихватају Суд, у циљу уношења у унутрашње право норми Статута. Истражиће се норме о командној одговорности белгијског „Закона о универзалној надлежности", британског „Закона о Међународном кривичном суду", канадског „Закона о ратним злочинима и злочинима против човечности", ирског предлога „Закона о међународном кривичном суду" и немачког „Закона о кривичним делима против међународном праву".

---

[46] Sharon A. Williams, *Article 17 of The ICC Statute:Issues of Admissibility*, објављено у: Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, стр. 384.

[47] Држава није вољна да сама гони: 1. када је покренула поступак да заштити неку особу; 2. када неоправдано отеже са поступком; 3. када поступак није спроведен или се не спроводи непристрасно и независно. У оцени да да држава није способна да сама гони Суд ће узети у обзир да ли је захваљујући потпуном или значајном урушавању или неспособношћу државног правосуђа држава није способна да приведе оптуженог или да прикупи доказе: Наведено дело, стр. 393-394.

[48] Наведено дело, стр. 392.

[49] У званичним објашњењима која прате британски закон, а израђена су од стране министарства спољних послова и упућена су посланицима парламента, стоји да је прва сврха акта да омогући да британске власти буду увек у стању да истражују и гоне за дела у надлежности Међународног кривичног суда, извршена у Британији или од стране британског држављана, становника или службеника: http://www.hmso.gov.uk/acts/en/2001en17.htm, 13. феб. 2004. године.

3.1. Британски „Закон о Међународном кривичном суду"[50]

Закон је донет 2001. године са намером да омогући да британске власти истражују и гоне извршиоце кривичних дела у надлежности Суда, да Британија може да испуни обавезе преузете прихватањем Статута Међународног кривичног суда и да омогући Британији да склопи споразум са Судом о издржавању казни.

Командна одговорност се налази у петом делу закона под називом „Кривична дела по унутрашњем праву". Овај Део закона има пет мањих системских јединица. Прва се зове „Увод" и садржи одредбе геноцида, злочина против човечности и ратних злочина.

Друга и трећа системска јединица носе називе „Британија и Велс" односно „Северна Ирска" и потпуно су исте. Последица су чињенице да Британија има веома сложену унутрашњу политичку ситуацију и овакве системске јединице јесу последице тог стања на законодавном пољу. Ови делови говоре да кривична дела у надлежности суда јесу кажњива по праву Британије и Велса односно Северне Ирске. На овом месту у закону јесте извршено прописивање кривичних дела из надлежности Суда (геноцид, злочини против човечности, ратни злочини). Оно што је нарочито занимљиво јесте да Сваки од ових делова има додатак у којем се говори да је, такође, кажњиво по праву Енглеске и Велса односно Северне Ирске извршити и подређена кривична дела (*ancillary offence*) делима геноцида, злочина против човечности и ратних злочина. Одређење тих „подређених кривичних дела" пружа сваки Део закона на исти начин. У питању су помагање, подстрекавање, покушај и припремање као једна целина и помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела. Другим речима овај закон не прави разлику између, с једне стране, различитих облика учествовања у извршењу кривичног дела и различитих фаза у остварењу кривичног дела и, с друге стране, кривичних дела. Подстрекавање, помагање, покушај и припремање кривичног дела јесу обична кривична дела, а не облици саучесништва или фазе у извршењу кривичног дела, према овом закону.

Четврта системска јединица носи назив „Додатне одредбе". Први члан ове системске једнице, а 65. укупно у закону, носи назив „Одговорност команданата и других надређених". Наслов је преписан из члана 28. Статута Суда, као и сама одредба. Став 5. овог члана каже да одредба члана 65. Закона одговара одредби члана 28. Статута и да ће у тумачењу и примени ове одредбе британски суд узети у обзир све одговарајуће одлуке Међународног кривичног суда.

Са становишта задатка посзтављеног у уводу рада закључак је једноставан. Одредба командне одговорности у британском закону јесте иста као и у Статуту Међународног кривичног суда. За војне надређене долазе у обзир и умишљај и нехат, а за све остале надређене само облици виности односно кривице који имају свест.[51]

[50] http://www.hmso.gov.uk/acts/acts2001/20010017.htm, 13. феб. 2004. године.

[51] Ово само у случају да се под „свесним занемаривањем", како члан 28 параграф б одређује облик виности одосно кривице за невојне надређене, не подразумева свесни нехат. Овај проблем заслужује целовиту расправу.

Једна посебност одредбе члана 65. заслужује да буде наглашена. Став 4. каже да ће се особа одговорна по овом члану сматрати одговорном за помагање извршења кривичног дела.[52] Ово је врло важна одредба. Она говори о томе да је у британском кривичном праву командна одговорност суштински иста као и помагање. Једноставно је извршено изједначавање командне одговорности и помагања. Ово је нарочито занимљиво. Јасно је да су британци отишли даље од осталих. Они су увидели суштину команде одговорности-помагање. Онај ко има дужност да спречи кривично дело, али то намерно не уради, он у ствари помаже извршиоцу. Чувар у банци који не жели да се умеша у крађу банке, јер је у дослуху са лоповима, није ништа друго до помагач извршиоца крађе. У овом случају помагач нечињењем. Оно што нас мало збуњује, као континенталног правника јесте чињеница да је помагање по ставу 5. члана 65. овог закона кривично дело, а не облик саучесништва. У нашем праву, и континенталном праву уопште, помагање је у правилу облик саучесништва, а кривично дело изузетно. Код британаца ствар је обрнута. Помагање је по правилу кривично дело и по правилу одговара се једнако као и за само извршење кривичног дела. Ово се односи и на подстрекача.[53] С друге стране ова чињеница има своју изузетну важност, јер значи да код британског законодавца постоји свест да командна одговорност (одговорност надређеног) не може да се ставља у исту раван као и кривична дела подређених за која командант одговара.

По Статуту Суда командна одговорност је могућа из нехата, а у британском кривичном праву (и англосаксонском кривичном праву) одговорност за кривично дело из несвесног нехата, по правилу, не постоји. Такође треба истаћи да облици саучесништва, са изузетком саизвршилаштва, јесу могући само из умишљаја. Ово важи како у континенталној тако и у англосаксонској правној целини. Британија ту није изузетак.[54] Питање је како се може особа одговорна по овом члану сматрати одговорном за помагање када је помагање могуће само из умишљаја, а члан 28. Статута Међународног кривичног суда познаје и нехат? Коментари овог закона би били занимљиви да би се упознао став британских стручњака о командној одговорности из нехата.

[52] „65.....(4) A person responsible under this section for an offence is regarded as aiding, abetting, counselling or procuring the commission of the offence.": htp://www.hmso.gov.uk/acts/acts2001/10017--f.htm#65, 13. феб. 2004. године.

[53] J.W. Cecil Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958, стр. 98.

[54] „...before a person can be convicted of aiding and abetting the commission of an offence he must at least know the essential matters which constitute the offence."; „...the encouragament must be intentional.": J.W. Cecil Turner, наведено дело, стр. 100-101.

3.2. Канадски „Закон о ратним злочинима и злочинима против човечности"[55]

Канађани су први на свету, 2000. године, донели свеобухватан закон о спровођењу обавеза преузетих прихватањем Римског статута.[56]

Командна одговорност се налази прописана у члановима 5. и 6. закона. Преузета је у облику правих кривичних дела нечињења. Прописана је у истом облику у оба члана. Разлика је само у месту извршења. Члан 5. је предвиђен за Канаду као место извршења кривичног дела, а 6. за сва остала места на свету. У оба члана предвиђена је, слично Римском статуту, посебно за војне а посебно за све остале надређене. Са ослоном на Статут направљена је разлика и у облику кривице неопходном за одговорност појединих надређених.

Према извештају који је Канада поднела Савету Европе 16. јула 2001. године о напретку на плану испуњавања обавеза преузетих прихватањем римског Статута стоји да су канађани у том поступку имали неколико уставних недоумица. Највећа од њих је била управо командна одговорност. Канадски Врховни суд је тумачењем Повеље о правима и слободама установио да за најтежа кривична дела једини облик кривице који долази у обзир јесте умишљај, јер казне имају снажан морални печат који друштво приписује осуђенима за таква дела. Држање некога одговорним на основу конструктивних и замењених одговорности (*constructive and vicarious liability*) не испуњава тај уставни образац. Одредба члана 28. Римског статута садржи и умишљај и нехат. Умишљај је унет кроз речи „...знао...", а нехат је унет уобличавањем одредбе у „...требао да зна...". У покушају да изравна степен кривице са моралним печатом којим друштво обележава извршиоце овако тешких кривичних дела законодавац је створио ново кривично дело под називом „Кршење командне одговорности". Командант/надређени не бива гоњен или осуђен за геноцид, ратни злочин или злочин против човечности, већ за кршење својих дужности надзора које има као командант/надређени. Оно се односи и на војне и невојне надређене, а казне које су предвиђене за извршење овог кривичног дела су исте оним предвиђеним за геноцид, ратне злочине или злочине против човечности у овом истом закону. Тако се постиже да се задовољи Канадски устав, с једне стране, и да се задовољи Римски статут, с друге стране.[57]

Измена учињена на овај начин има далекосежне последице. Није канадски законодавац променио само облик кривице, он је нарушио начелно првенство међународног права над домаћим. Статут Међународног кривичног суда је прилагођен канадском уставу. Уместо да се канадско унутрашње право прилагођава међународном праву, што је за очекивати обзиром на начелно

[55] http://laws.justice.gc.ca/en/C-45.9/40551.html#rid-40569, 16. феб. 2004. године.

[56] То је разумљиво обзиром да су се највише истакли у периоду припрема и да су уложили највише политичког угледа и утицаја да подухват успе. Дипломатској конференцији у Риму 1998. године на којој је усвојен Статут Међународног кривичног суда председавао је канађанин.

[57] www.legal.coe.int/criminal/icc/docs/consult_ICC(2001)/consultICC(2001)11E.pdf, 16. феб. 2004. године.

првенство међународног права над унутрашњим, учињено је обрнуто. Међународно право је прилагођено унутрашњем. Канадски устав је вреднован више од преузете обавезе потписивањем и прихватањем једног међународног уговора. У отвореном и непосредном сукобу међународног права и канадског унутрашњег права, канађани су се определили за вредност која је за њих темељнија и трајнија.

3.3. Белгијски „Закон о универзалној надлежности"

Одредба о командној одговорности се налази у члану 4. закона. Белгијанци су спроводећи своје обавезе према међународном праву и уносећи командну одговорност у унутрашње право саобразили одредбу Првог допунског протокола постојећим институтима белгијског кривичног права. Овај закон је донет 16. јуна 1993. године, након ступања на снагу Статута Хашког трибунала. Допуњен је 1999. године у сврху саображавања његових одреби одредбама Римског статута. Овде је дат превод члана 4. неслужбеног текста закона. Стога га треба примити са одређеном резервом:

„Следеће ће бити кажњиво казном прописаном за свршене повреде (конвенција или протокола): ...Пропуштање да се делује од стране особа које су имале знање о наређењима датим да се изврше повреде, или о актима који побуђују извршење истих, и које су (особе) биле у могућности да спрече или окончају такве повреде."[58]

Белгијанци су изменили доста тога у односу на одредбу командне одговорности у Статуту трибунала. Најзначајније је да нема помена нехата, одговара се само за умишљајно пропуштање да се делује. Ово јасно следи из одредбе која говори о особама које су имале „знање о наређењима датим да се изврше повреде".

Белгијанци су командну одговорност сместили заједно са подстрекавањем, помагањем, наређивањем и покушајем извршења кршења конвенција и протокола. Командна одговорност је сврстана у исту раван са различитим облицима саучесништва и различитим фазама у извршењу кривичног дела. При томе она је промењена на тај начин да се тешко може препознати. Мислимо да се у овом облику неможе назвати командном одговорношћу. Она овде личи на помагање као облик саучесништва, али извршено нечињењем. Овај закључак се може извући из положаја који заузима норма у систему закона, као и из саме норме.

[58] Article 4, *Law on Universal Jurisdiction*, наведено према: Marco Sassoli, Antoine A. Bouvier, How Does Law Protect in War, ICRC, Geneve, 1999, p. 583.

3.4. Ирски предлог „Закона о међународном кривичном суду"

Ирски предлог Закона о међународом кривичном суду предвиђа командну одговорност на, релативно, необичан начин. Део други предлога Закона носи назив „Домаћа надлежност у кривичним делима Међународног кривичног суда". Члановима 6. и 7. овог Дела извршено је преписивање одредаба Статута Међународног кривичног суда, као и укидање одговарајућих одредаба ирског Закона о геноциду из 1973. године. Чланом 8. прописана су „подређена кривична дела" (*ancillary offences*). У питању су облици саучесништва и фазе у извршењу кривичних дела прописане параграфом 3 члана 25. Статута Међународног кривичног суда као кажњиви. Члан 13. ирског закона који носи назив „Важеће право" каже да:

„1) Унутрашње право (укључујући обичајно право) ће важити, под условом тачке 2 овог члана, у одлучивању да ли је појединац учинио неко кривично дело из овог Дела закона. 2) Члан 27. и параграфи а и б члана 28. ће важити, како је одговарајуће и са било којим неопходним преиначењем, у било којем таквом одлучивању."[59]

Овај члан успоставља важење ирског унутрашњег права у одлучивању да ли је неко учинио неко кривично дело предвиђено Статутом Међународног кривичног суда, а та кривична дела су члановима 6. и 7. одређена као кажњива по унутрашњем, ирском, кривичном праву. Истовремено, тачка 2 члана 13. је једино место у закону где се помиње командна одговорност. Прописује се њено важење у одлучивању да ли је неко извршио кривично дело по овом закону „како је одговарајуће и са неопходним преиначењима". Ово је, сигурни смо, јединствени случај да нека одредба пружа слободу преиначења саме себе незнано коме! Одредба не говори ко може да изврши то преиначење. Вероватно ће то бити поступајући судија. Уколико би то било јасно, није јасно шта су то „...неопходна преиначења...". Слично претходном, није јасно шта значе речи „...како је одговарајуће...".

Обзиром на непосредно позивање ирског закона на Статут Међународног кривичног суда вероватно је да је према ирском закону могућа нехатна командна одговорност. Чини се да није могућна само нехатна командна одговорност, већ је могуће све. Шта спречава судију у ирској који буде поступао по овом закону да донесе одлуку какву год жели? Изгледа да „...неопходна преиначења..." „...како је одговарајуће..." не одређују никакву границу. Као да је ирски законодавац желео да судијама пружи неограничене могућности. У Ирској су могуће све командне одговорности и то не само у погледу облика кривице већ и свих осталих елемената.

Оваква мера неодређености ирског предлога Закона о међународном кривичном суду заиста запањује. Истраживање односа начела законитости и ових одредби би, свакако, била занимљивија од задатка који смо поставили у

[59] www.irlgov.ie/bills28/bills/2003/3603/b362003.pdf; 22. март 2004. године

уводу рада. У упоредном праву среће се са само једним решњем које показује сличности са ирским. У питању је новозеландски „Закон о међународним кривичним делима и међународном кривичном суду".

3.5. Новозеландски „Закон о међународним кривичним делима и међународном кривичном суду"[60]

Нови Зеланд је овај закон донео 2000. године. Командна одговорност се налази у члану 12. у другом Делу закона који носи назив „Међународна кривична дела и кривична дела против правосуђа". Члан 12. носи назив „Основна начела кривичног права". Он прописује да се у сврху поступка за кривична дела прописана овим законом важи већи број одредби Статута Међународног кривичног суда, „са свим неопходним преиначењима". Међу тим одредбама налази се и члан 28. где је прописана командна одговорност. Још је занимљивија следећа тачка, тачка б, става 1 члана 12. Према наведеној тачки важе све одредбе новозеландског права, као и начела кривичног права која важе за кривична дела по новозеландском праву. Тачка ц каже да се особа оптужена за кривична дела по овом закону може ослонити на све основе искључења противправности или кривице (*justification, excuse or defence*) које познаје право Новог Зеланда или међународно право.

То значи да се оптужени може позвати на одредбу домаћег права ако му она више одговара. На пример, оптужени може користити неки основ искључења противправности који понаје новозеландско право, а не познаје међународно. Једно питање природно произилази из овако широког прописивања важећег права. Шта ако дође до сукоба одредби Статута Међународног кривичног суда и одредби унутрашњег новозеландског кривичног права? Одговор даје сам законодавац. Став 3 члана 12. прописује да ће се у сукобу одредби тачке а става 1 и тачака б и ц става 1 примењивати тачка а. Сасвим јасно на тај начин законодавац стаје на страну међународном праву у случају да се оно сукоби са унутрашњим, новозеландским правом.

Стање у новозеландском праву је слично стању у ирском. Командна одговорност је могућа у свим облицима.

У сваком случају изгледа да се ирски законодавац повео за примером новозеландског када је прописао важење одредби Статута Међународног кривичног суда „са свим неопходним преиначењима" у поступцима покренутим за кривична дела по том истом Статуту пред новозеландским судовима. И овде нико не зна шта су то сва неопходна преиначења и ко може да их врши. Ипак су неодређеност овакве одредбе и недоумице до којих она доводи значајно ублажене одређењем да ће се примењивати међународно право у случају када се оно сукоби са унутрашњим новозеландским.

[60] www.legislation.govt.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes, 24. април 2004. године.

3.6. Немачки „Закон о кривичним делима против међународног права"

Најближи и најсхватљивији од прегледаних закона је немачки закон. У првом реду зато што долази из земље чији је правни систем деценијама био узор нашем, нарочито у области кривичног права. Стога је лакше схватити логику и устројство закона и коментарисати његове одредбе.

Командна одговорност је преузета на више места у закону. Први део закона носи назив „Опште одредбе". Члан 4. носи назив „Одговорност команданата и других надређених" и гласи:

„1) Командант или други надређени који пропусти да спречи свог подређеног да изврши кривично дело по овом закону биће кажњен на исти начин као и учинилац кривичног дела извршеног од стране подређеног. Став 2 члана 13. Кривичног закона не важи у овом случају. 2) Свака особа која стварно издаје наређења или врши команду и надзор у једници сматраће се командантом. Свака особа која стварно врши команду и надзор у цивилној организацији или у предузећу сматраће се цивилним надређеним."[61]

Други део закона носи назив „Кривична дела против међународног права" У њему су побројана, мање више, сва кривична дела из Статута Међународног кривичног суда. Последње поглавље овог Дела закона носи назив „Остала кривична дела". Члан 13 је друго место где се може наћи командна одговорност у овом закону. Овај пут налази се као посебно кривично дело, што говори да је немачки законодавац овде поступио слично канадском. Члан 13 носи назив „Кршење дужности надзора":

„1) Војни надређени који умишљајно или нехатно пропусти да одговарајуће надгледа подређене под његовом командном или стварним надзором биће кажњен за кршење дужности надгледања ако је подређени извршио кривично дело по овом Закону, где је скоро вршење таквог кривичног дела било јасно команданту и он је могао да га спречи. 2) Цивилни надређени који умишљајно или нехатно пропусти да одговарајуће надгледа подређене под његовом командном или стварним надзором биће кажњен за кршење дужности надгледања ако је подређени извршио кривично дело по овом Закону, где је скоро вршење таквог кривичног дела било јасно цивилном надређеном и он је могао да га спречи. 3) Став 2 члана 4. важи *mutatis mutandis*. 4) Умишљајно кршење дужности надгледања биће кажњено затвором не више од 5 година, а нехатно не више од три године."[62]

Како је већ истакнуто командна одговорност је разложена у три члана у овом закону. Члан 14. прописује најпроблематичнији појавни облик командне одговорности, за некажњавање, и то као кривично дело:

[61] www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgbleng.pdf, 24. април 2004. године.

[62] www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgbleng.pdf, 24. април 2004. године

„1) Војни командант или цивилни надређени који пропусти да одмах скрене пажњу органу одговорном за истрагу и гоњење кривичних дела по овом закону, на такво дело извршено од стране подређеног, биће кажњен затвором не више од пет година. 2) Став 2 члана 4. важи *mutatis mutandis*."[63]

Разлагањем овог вишезначног и сложеног бића немачки законодавац је направио, рекло би се, две целине.

Прва је члан 4. где је командна одговорност, чини се, изједначена са кривичним делима нечињења односно пропуштања и то оним предвиђеним у ставу 1 члана 13. немачког кривичног закона. У питању су тзв. неправа кривична дела нечињења (*delictum commissivum per omissionem*). Одредба члана 4. не говори изричито о вези ње саме, с једне стране, и става 1 члана 13. немачког кривичног закона, с друге стране. Најнепосредније упућује на овај закључак чињеница да сама одредба члана 4. наводи да неће важити став 2 члана 13. немачког кривичног закона. Овај став говори о томе да се код извршења кривичног дела чињења пропуштањем (нечињењем), како је предвиђено ставом 1 члана 13, може ублажити казна. Члан 4. немачког Закона о кривичним делима против међународног права, тако, искључује могућност ублажавања казне коју имају сви други извршиоци неправих кривичних дела нечињења (пропуштања) по немачком праву.

Стога извлачи се закључак да у немачком унутрашњем праву командна одговорност није облик одговорности за другог већ врста радње кривичног дела. Може се рећи да командна одговорност, у уобичајеном смислу, у немачком праву не постоји. Другим речима у немачком праву могуће је онолико „командних одговорности" колико има могућих кривичних дела подређених. Уколико је подређени извршилац силовања онда и надређени, који га није спречио, одговара као извршилац силовања. Ако је подређени извршио убиство ратног заробљеника онда и надређени, који га није спречио, одговара као убица. Они облици кривице који су могући са тим кривичним делима јесу једини могући и код надређеног. Ако је за силовање једини могући облик кривице (виности) умишљај, онда и надређени једино може да одговара за умишљајни пропуст да спречи подређеног да силује.

На овај начин немци су, чини се, одали дужно поштовање Статуту Међународног кривичног суда, с једне стране, и свом унутрашњем кривичном праву с друге стране. Пошто је највећи број кривичних дела у међународном хуманитарном праву такве тежине да их је једино могуће извршити са умишљајем, нехат, скоро сигурно, неће бити облик виности (кривице) са којим ће надређени пропуштати да спрече подређене да врше поменута дела. Истовремено је остављена начелна и теоретска могућност да нехат дође у обзир. Изгледа да је немачки законодавац изабрао начин да избегне непосредно помињање облика виности (кривице) са којим се врши пропуштање.

Исти закључак (да командна одговорност није облик одговорности већ кривично дело) се извлачи, али далеко лакше, и у вези са члановима 13. и 14.

[63] www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgbleng.pdf, 24. април 2004. године

немачког закона. Ова два члана су друга целина на коју је немачки законодавац разложио командну одговорност из члана 28. Римског статута. У њима су предвиђена два права кривична дела нечињења (пропуштања). Прво се односи на пропуштање дужног надзора односно надгледања подређених. Друго кривично дело се односи на пропуштање надређеног да пријави кривично дело подређеног одмах по сазнању за њега. У оба случаја кривично дело подређеног није последица кривичних дела из чланова 13. и 14. Само тако ова два кривична дела могу бити права кривична дела нечињења (пропуштања). Последице овде нема. У питању су тзв. формална кривична дела односно она која немају последицу. Ово се наглашава јер би читалац могао да помисли да постоји било каква веза између пропуштања надређеног и кривичног дела подређеног. Прво кривично дело је могуће извршити и умишљајно и нехатно, а друго само умишљајно.

4. Несагласност унутар међународног права

Унутар самог међународног права постоји одређена несагласност на овом пољу. Римски статут одређује на сасвим други начин неке елементе командне одговорности у односи на решење Статута Хашког трибунала. Питање је које право је важеће? Да ли оно које свакако јесте касније у времену и далеко је значајније јер представља помак у озакоњењу међународног кривичног права, али још није у примени?[64] Или је важеће оно право које ствара једна огледна правосудна институција, али се барем примењује?[65] Не треба изгубити из вида да статути неких судова узимају тумачења норми међународног хуманитарног права ад хоц Трибунала као меродавно.[66] Тако, на пример, Статут тзв. хибридног суда за Сијера Леоне изричито каже да ће се суд бити „руковођен" судским одлукама два ад хоц Трибунала у вези са тумачењем норми Међународног хуманитарног права.[67] Зашто творци статута овог суда нису узели тумачење норми Међународног кривичног суда као меродавно? Претпостављамо да су пошли од поставке да Међународни кривични суд неће скоро пресудити неки случај и да од његове примене права неможе бити примењене користи.

Осим овог неслагања постоји и неслагање између значења која припадници различитих правних целина придају једним истим појмовима међународног права.

---

[64] Зоран Стојановић, *Кривично право-општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2003, стр. 39.

[65] Годишњи извештај Хашког трибунала за 1994. признаје да је сам Трибунал „експериментална институција": Зоран Стојановић, наведено дело, стр. 37.

[66] У питању је нова врста тзв. хибридних судова. У питању су судови са мешаним институционалним апаратом и мешаним правом. Хибридни судови могу да послуже, сматрају њихови заговорници, као спона између међународних и унутрашњих напора на гоњењу и кажњавању масовних кршења Међународног хуманитарног права.

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

Мишљења смо да ће у сукобу норми једног сталног суда и једног *ad hoc* правосудног тела превагу однети право оног првог. Истовремено остаје отворено питање колико ће стални суд у свом раду користити решења која је створио трибунал односно у којој мери ће преузети право трибунала.

4.1. Различито поимање истих појмова

Статут Међународног кривичног суда различито одређује облик виности односно кривице надређеног у параграфима а и б члана 28. Разлика је установљена у зависности од тога да ли надређени припада војном или било ком другом поретку. Подручје виности (кривице) за које носи одговорност војни надређени је веома широко и обухвата све постојеће облике кривице. Долази у обзир све-од директног умишљаја до несвесног нехата. О томе говори језички склоп параграфа а: „знали, или захваљујући околностима случаја, требало да знају". Сви остали надређени, које обухвата параграф б, и у суштини се односи на цивилне надређене, одговарају када су „знали или свесно занемарили обавештења".

Описана разлика у облицима виности односно кривице изазвала би код англосаксонског правника другачији одговор него код континенталног. За просечног англосаксонца у питању је већа разлика него за континенталца. Англосаксонци праве велику разлику између облика виности односно кривице који имају свест и оних који је немају. То је иста разлика коју континентални правници праве између умишљаја и нехата. Међутим граница умишљаја и нехата је другачија код англосаксонаца. Код континенталаца разлика се прави на пољу воље, а код англосаксонаца на пољу свести. За англосаксонске правнике облици виности односно кривице који имају свест не могу бити нехат. За континенталца нехат су сви они облици виности односно кривице код којих нема воље усмерене ка забрањеној радњи или поседици. Из овога следи једна једноставна последица. Оно што континенталци називају свесни нехат и убрајају у нехат англосаксонци не смештају на исто место. Само несвесни нехат континенталног правника је нехат за англосаксонског. Свесни нехат континенталног правника није нехат за англосаксонског.[68]

Наравно да ове ставове треба узети са одређеном мером задршке. Главни разлог је чињеница да и поред озакоњења кривичног права која постоје у англосаксонској правној целини пресуде и даље јесу извор права. Такође, треба истаћи да закони код англосаксонаца често не садрже одредбе облика винос-

[68] „Мој ментор је окупио три различите особе, једну из Европе... другу из Кине... трећу из Аустралије. Све се добро одвијало до одређене тачке, када смо сазнали да неглигенце, тј. упоредив појам у цивилистичком мишљењу, више ни на који начин није упоредив с тим појмом у common law. Догодио се прекид у комуникацији....": Ivan Paden, *Rasprava*, објављено у: *Zajedničke odgovornosti*, Хрватски хелсиншки одбор, Загреб, 2003, стр. 162; „А што се тиче нехата, немара или било чега, на субјективној разини, проблем је, заправо, у томе што овдје имамо посла с новим суставом који је на првом месту креиран од стране *common law* правника... Ми континентални правници имамо тај проблем јер смо суочени са техникама, концептима које не познајемо, немар не постоји у нашем праву, то је концепт између долуса и нехата, а о томе шта нехат значи могли бисмо одржати цијели нови семинар.": Kai Ambos, *Расправа*, објављено у: *Заједничке одговорности*, Хрватски хелсиншки одбор, Загреб, 2003, стр. 163-164.

ти, али зато дају њихове називе.[69] Судови су присиљени да сами, тумачећи законе кроз пресуде, дају садржај одредбама облика виности (кривице).[70] Тако се долази до стања да су одредбе облика виности небројене и нико не може са сигурношћу тврдити који облик виности односно кривице важи за које кривично дело.[71] Право већине држава у САД захтева за нехатно лишење живота више од обичног несвесног нехата, ипак неколико држава је законима учинило кажњивим нехатно лишење живота до којег је дошло несвесним нехатом.[72]

Прво уочено неслагање јесте доња граница командне одговорности према члану 28. Статута Међународног кривичног суда.[73] Нема сагласности ставова англосаксонских и континенталних правника.[74] За англосаксонског правника у питању су нехат (код војног надређеног) и најнижи ниво умишљаја (код невојног надређеног).[75] За континенталног правника у питању су несвесни нехат код војног надређеног и свесни нехат код невојног надређеног. Разлика између свесног и несвесног нехата за континенталног правника није толико велика. За англосаксонског правника далеко је већа разлика између облика виности (кривице) који имају свест и оног који је нема.

Примењена последица би могла да буде следећа. Просечан континентални правник ће рећи да разлика у одговорности између војног и цивилног надређеног није велика и да је скоро нема.[76] Просечан англосаксонски правник ће чврсто држати становиште да је разлика велика. Војни надређени одговара и када је нехатно поступао, а цивилни не.

---

[69] Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, West Group, Saint Paul, 2000, стр. 251.

[70] Wayne R. LaFave, наведено дело, стр. 251; „Одлучујући о томе које психичко стање мора постојати код починиоца казненог дјела, судови су се играли са великим бројем формулација.": Ruth Wedgwood, *Будућност заповједне одговорности*, објављено у: *Заповједна одговорност*, Хрватски хелсиншки одбор, Загреб, 2003, стр. 33.

[71] „Дакако постоје различити појмови, барем у америчком праву, који изначавају нехат: нехат, немарност, безобзирност, свјесно избјегавање знања, намјерна намјера, намјерно избегавање": Ruth Wedgwood, наведено дело, стр. 33.

[72] Wayne R. LaFave, наведено дело, подножна напомена број 4, стр. 247.

[73] „Док није уопће проблематична ако надређена особа зна, поуздан стандард испод прага знања је врло контроверзан и тешко утврдив.": Kai Ambos, *Проблематични аспекти начела заповједне одговорности с гледишта кривичног права*, објављено у: *Заповједна одговорност*, Хрватски хелсиншки одбор, Загреб, 2003, стр. 53.

[74] „Професор John Willis… …којега сам дошао питати да ми објасни појам силе у *common law* па ме исмијао. „Ми се на бавимо појмовима, то радите ви европљани, ми се бавимо чињеницама!." Бојим се да ће правници... ...овог дела Европе имати велике потешкоће у настојању да у Хашком трибуналу, који је великим дијелом уређен англоамеричким *common law*-ом, путем концептуалне анализе постигну правну сигурност за своје клијенте.": Иван Пађен, *Расправа*, објављено у: *Заповједна одговорност*, Хрватски хелсиншки одбор, Загреб, 2003, стр. 187-188.

[75] У вези са доњом границом одговорности цивилног надређеног према члану 28. Амбос држи да је у питању: „Намјерна слепоћа [*wilfull blindness*] и стога нови стандард чланка 28.....налази се између знања и немара": Kai Ambos, наведено дело, стр. 54.

[76] „...остављајући по страни незнатну разлику између *mens rea* критерија за војне и цивилне надређене особе...": Kai Ambos, наведено дело, стр. 55.

4.2. Неслагање Статута Трибунала и Статута Међународног кривичног суда

Одредба Статута Трибунала члана 7(3) стаје на становиште најширег могућег одређења облика виности односно кривице са којим надређени пропушта да врши надзор над подређенима. Долази у обзир све, како је већ изнето, од директног умишљаја до несвесног нехата. С друге стране Статут Међународног кривичног суда на првом месту прави разлику између врста надређених у питању. Први параграф члан 28. посвећен је војним, а други параграф свим осталим надређенима. Једина разлика се може приметити у облику виности односно кривице достатном за одговорност. Војни надређени одговарају на исти начин као и сви надређени према праву Трибунала. Доња граница те одговорности је несвесни нехат. Цивилни надређени су изложени мањој равни одговорности. Која је доња граница те одговорности објашњено је у претходном делу рада.

Зашто Статут Међународног кривичног суда уопште прави разлику између војног и невојног надређеног? Да ли је постојећа примена пред Трибуналима показала мањкавости или недостатке? Да ли се природа војног и невојног поретка толико разликују да би требало установити разлику у степену одговорности?[77] У сваком случају цивилни надређени је изложен мањем степену одговорности него војни и тај степен одговорности ће бити теже доказати.[78]

Питања која остају отворена су свакако и следећа. Како може постојати више различитих степена одговорности једног истог лица у једном истом правном поретку? Цивилни надређени је изложен вишем степену одговорности пред Трибуналом него пред Међународним кривичним судом. Већ смо помињали хибридни суд за Сијера Леоне чији Статут јасно каже да ће се суд бити „руковођен" судским одлукама два *ad hoc* Трибунала у вези са тумачењем норми Међународног хуманитарног права.[79] С једне стране правни положај цивилног надређеног уређује Статут Међународног кривичног суда, а с друге стране тај положај уређује Статут Трибунала и Статути хибридних судова и њихова примена.

Немогуће је да иста личност буде у надлежности Међународног кривичног суда и Трибунала истовремено услед чињенице да надлежност сталног суда наступа од тренутка оснивања (1998.) унапред, а рат на просторима бивше Југославије се завршио 1995. године.[80] Ипак постоји теоретска могућност да до-

[77] „Опћенито, контрола у цивилној хијерархији је мање строга него у војној. Цивилна надређена особа нема моћ да санкционира подређене особе на исти начин као што то чини надређени војни заповједник.": Kai Ambos, *Проблематични аспекти начела заповједне одговорности с гледишта кривичног права*, објављено у: *Заповједна одговорност*, Хрватски хелсиншки одбор, Загреб, 2003, стр. 51-52.

[78] W.J. Fenrick, *Responsibility of commanders and other superiors*, published in: Otto Triffterer, *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, стр. 521.

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

[80] Надлежност Трибунала је заснована 1993. године, уназад од 1991. године. Приликом оснивања надлежност у времену није ограничена.

ће до сукоба надлежности Међународног кривичног суда и Хашког трибунала. Агресија НАТО пакта на СРЈ десила се 1999. године, а тада је стални суд већ основан. У том рату било је кривичних дела из надлежности обе правосудне институције. Питање је како би се решио сукоб надлежности? Уколико би неко приговорио да СРЈ тада није била потписник Статута, Државна заједница Србија и Црна гора од 2002. године јесте. Уколико би се десио неки ратни злочин сада, у овом тренутку, који правни поредак би имао надлежност?

Ово је само теоретско питање, али свакако остаје чињеница да постоје два правна положаја истог лица у једном правном поретку-међународном правном поретку.

5. Неслагање између међународног и унутрашњих права

Претходно питање је који извор међународног права треба узети као меродаван за поређење са унутрашњим правима. Превагу носи Статут Међународног кривичног суда. Нема сумње да он јесте преломна тачка у развоју међународног кривичног права. На крају, пресудни подстицај државама за доношење закона који уређују материју међународних кривичних дела и гоњења за њих јесте имао Римски статут. Да није било њега вероватно да већина држава која је донела ове законе то никад не би урадила.

Образлажући ставове појединих законодаваца објаснили смо да су се неки определили за критички приступ Римском статуту, док су други извршили скоро потпуно преписивање његових одредби. Са становишта задатака постављеног у уводу рада свакако су занимљивији први.

Међу њима је најважнији канадски Закон о ратним злочинима и злочинима против човечности. Канадски законодавац је извршио измену не само облика виности (кривице) достатном за одговорност већ је изменио и правну природу командне одговорности. Она више није облик одговорности већ кривично дело. Командант/надређени не бива гоњен или осуђен за геноцид, ратни злочин или злочин против човечности, већ за кршење својих дужности које има као командант/надређени. Одговара се само за умишљајно извршење овог кривичног дела. Оно се односи и на војне и невојне надређене, а казне које су предвиђене за извршење овог кривичног дела су исте оним предвиђеним за геноцид, ратне злочине или злочине против човечности у овом истом закону. Тако се постиже да се задовољи Канадски устав, с једне стране, и да се задовољи Римски статут, с друге стране.[81]

Променом је измењена и природа одговорности и облик виности за који се одговара. Не одговара се за оно што је неко други урадио, већ за оно што је неко пропустио да уради. У обзир долази само умишљај. Нема никакве разлике између врсте надређених.

[81] www.legal.coe.int/criminal/icc/docs/consult_ICC(2001)/consultICC(2001)11E.pdf, 16. феб. 2004. године.

Белгијанци су се определили да материју међународног кривичног права озаконе кроз Закон о универзалној надлежности. Материја ратних злочина, злочина против човечности и геноцида се према белгијском праву гони универзалном надлежношћу. То значи без обзира да ли је кривично дело имало икакве везе са Белгијом или неком вредношћу заштићеном белгијским правом. Члан 4. овог закон, између осталога, садржи одредбу која јесте командна одговорност скоро потпуно прилагођена постојећем белгијском праву. Она је овде скоро потпуно поистовећена са помагањем као институтом општим институтом кривичног права. Истина, овде је предвиђена само као помагање нечињењем и у односу на одредбу члана 28. Римског статута измењена је до непрепознатљивости. Нема никаквог помена различитих врста надређених, нема ни помена нехата. Одговара се само за умишљајно пропуштање деловања јер одредба говори о онима који су имали „знање" а нису деловали.[82] Ово природно произилази из поистовећивања командне одговорности са помагањем. У континенталној правној целини помагање је могуће само са умишљајем.

Немачки Закон о кривичним делима против међународног права. Разлаже командну одговорност на два вида.[83] Прво је у члану 4. изједначава са кривичним делима нечињења односно пропуштања и то оним предвиђеним у ставу 1 члана 13. немачког кривичног закона. У питању су тзв. неправа кривична дела нечињења (делицтум цоммиссивум пер омиссионем). То значи да у немачком праву има онолико командих одговорности колико има неправих кривичних дела нечињења. Сви облици виности односно кривице који долазе у обзир за поменута кривична дела јесу могући. Пошто се сва дела противна међународном праву (генодид, ратни злочини и злочини против човечности) по природи ствари могу извршити само са умишљајем, у примени ће се појавити једино умишљај. Немачки законодавац је на један префињен начин одао поштовање Римском статуту и теоретски дозволио могућност нехатне командне одговорности у исто време чинећи је немогућом у примени.

Други вид командне одговорности предвиђен је у облику правих кривичних дела нечињења. Прво је пропуштање дужног надзора од стране надређеног, а друго пропуштање да се пријави кривично дело подређеног органу надлежном за гоњење. Прво је могуће умишљајно и нехатно, а друго само умишљајно. У питању су класична дела која познају, у различитим облицима, скоро сва кривична права на континенту. Прво је несавестан рад, а друго је непријављивање учиниоца кривичног дела или непријављивање самог кривичног дела. Оба дела су присутна у већини кривичних закона данашње Европе. Прво је могуће како из нехата тако и из умишљаја. Чешћи је случај да је неко несавестан, аљкав, у свом послу из нехата него из умишљаја. Друго кривично дело није могуће из нехата.

[82] Article 4, *Law on Universal Jurisdiction*, наведено према: Marco Sassoli, Antoine A. Bouvier, *How Does Law Protect in War*, ICRC, Geneve, 1999, p. 583.

[83] www.iuscrim.mpg.de/forsch/legaltext/vstgbleng.pdf, 24. април 2004. године

Немачки закон не познаје разлику између појединих врста надређених. Они су изједначени изричитом одредбом закона.

Од законодаваца који су се потпуно сагласили са Римским статутом и нису критички преузимали његове одредбе убрајају се најпре Британског законодавца. Закон о међународном кривичном суду је скоро у потпуности преузет Римски статут. Различита је систематика. Одредба члана 65. Закона у потпуности одговара одредби члана 28. Статута. У тумачењу и примени ове одредбе британски суд ће узети у обзир све одговарајуће одлуке Међународног кривичног суда., каже Закон. Закључак је једноставан. Одредба командне одговорности у британском закону јесте иста као и у Статуту Међународног кривичног суда. Једину недоумицу оставља одређене става 4. члана 65. да се одговорни по овом члану сматрају помагачима. У британском праву помагање је могуће само из умишљаја.

Ирски законодавац као и новозеландски имају сличне одредбе које говоре, не само о потпуном преузимању одредбе Римског статута, већ и о важењу ових одредби са свим неопходним преиначењима. Чини се да су ирски и новозеландски законодавац тражили надахнуће један у другом. Једино тако се могу објаснити истоветне одредбе, са истоветним укидањем граница одговорности. Ширење односно сужавање одговорности (према потреби) је учињено кроз давање права на неограничено тумачење одредбе судијама који ће је примењивати.

Закључак

У претрази постојећег стања најпроблематичнијег елемента команде одговорности посебан осврт учинили смо ка праву држава које врше преузимање Римског статута у унутрашњи правни поредак. Мислимо да тако настало право може бити значајније него сам Римски статут. Државе поменуто преузимање врше да би спречиле могућу примену надлежности Међународног кривичног суда над својим држављанима или да би могућу повреду међународног права, на своју или туђу штету, могле гонити пред сопственим правним поретком. Уколико ова поставка јесте тачна онда ће пре постојати могућност да дође до примене преузетих норми унутрашњих правних поредака него Римског статута. Стога се ове норме показују, на одређени начин, значајније од свог сопственог узора-статута Међународног кривичног суда.

Претрагом закона установљавају се различити приступи које у преузима-њу норми усвајају различите државе. Прве се опредељују за потпуно и некритичко преношење одредби Римског статута са свим недоумицама које овај оставља за собом. Друге се опредељују за потпуно супротни приступ који оличава критичко преиспитивање утицаја норми Римског статута на унутрашњи правни систем. Другопоменуте државе одмах одређују решења за недоумице које би могле оптерећивати рад унутрашњег правосуђа, а произилазе из немогућности спајања два разнородна правна поретка-унутрашњег и међународног.

Видимо да се, углавном, континенталне земље опредељују за критички приступ Римском статуту, а англосаксонске за потуно преношење његових норми. Изузетак од овог правила је Канада (можемо је убројати у земље англосаксонског правног система) која је установила несагласност свог устава са Римским статутом.

Стога канадски законодавац мења природу одредбе Римског статута и претвара је из облика одговорности у обично кривично дело нечињења и поставља је самостално у систематику закона. На тај начин канађани онемогућавају да за најтежа кривична дела као што су геноцид или злочин против човечности може наступити одговорност услед нехата. То је могућност коју Римски статут дозвољава путем члана 28.[84]

У прву групу држава несумњиво спадају Нови Зеланд и Ирска које у потпуности преписују одредбе Римског статута и самим тим остављају отворену могућност да се за најтежа дела одговара услед нехата.

У групу држава које мењају правну природу командне одговорности поред Канаде спадале би још и Немачка, Белгија и до неке мере Велика Британија. Мишљења смо да је до ове промене правне природе дошло у поступку преузимања члана 28. у унутрашње право. Претпостављамо да је намера да се онемогуће лоше последице слепог преписивања норме међународног уговора од којих је најзначајнија могућност нехатне одговорности за умишљајно учињена кривична дела.

Немачка поистовећује командну одговорност са кривичним делима нечињења, у првом реду са неправим кривичним делима нечињења. Облици виности односно кривице који би дошли у обзир били би сви они који су могући код кривичних дела из надлежости међународног кривичног суда. Пошто су дела у надлежности суда изузетно тешка нехат, који је теоријски могућ, скоро никад не би дошао у обзир у примени.

Белгијанци је, мишљења смо, поистовећују са помагањем као обликом саучесништва, с тим да постоји могућност да се одредба члана 4. белгијског закона о универзалној надлежности схвати слично одговарајућој одредби немачког закона. То значи да су белгијанци, слично немцима, имали на уму неправа кривична дела нечињења када су писали свој закон. Ако се одредба члана 4. белгијског закона схвати као помагање онда је одговорнст могућа само из умишљаја, јер је помагање као саучесништво могуће само из умишљаја. Ако се схвати као одредба о неправим кривичним делима нечињења онда је стање исто као и код одредбе члана 4. немачког закона. Постоји онолико могућих обика виности односно кривице колико је кривичних дела могуће извршити нечињењем. Већ смо рекли да су дела у надлежности суда толико тешка да би нехат тешко дошао у обзир.

[84] „...дословна примјена Римског статута обухватала би нехајну одговорност за намјерно почињене злочине. Та је конструкција не само логички немогућа, штовише, тешко је спојива са начелом кривње.": Kai Ambos, *Проблематични аспекти начела заповједне одговорности с гледишта кривичног права*, објављено у: *Заповједна одговорност*, Хрватски хелсиншки одбор, Загреб, 2003, стр. 55.

Британци се налазе у првој групи држава. У британском закону врши се преписивање одредаба члана 28. Римског статута и самим тим начелно преузима могућност да се одговара за нехатно извршење геноцида. Ипак у последњем ставу члана 65. британског закона долази до обрта. Законодавац каже да се они који одговарају по овом члану сматрају помагачима. Тиме се ствар враћа на почетак. У англосаксонском правном систему, слично континенталном, помагање је могуће само из умишљаја. Тако нас британски законодавац оставља у недоумици. Да ли је желео да у потпуности препише Римски статут и тиме омогући нпр. нехатни геноцид или је желео да такве и сличне могућности искључи поистовећивањем командне одговорности са помагањем?

Штета је што су у питању свежи закони па још увек нема аутентичних тумачења или коментара из пера домаћих писаца што би нам свакако протумачило намере законодаваца.

Немачки и остали законодавци променом правне природе командне одговорности спречавају да се појави највећа недоумица у примени класичне командне одговорности. У питању је мешавина нехатног пропуста да се спречи кривично дело подређеног које је подређени извршио са умишљајем. Нити једно од судских већа Трибунала није одговорило на једно једноставно питање. Како се могу најтежи ратни злочини војника приписати нехатном пропусту команданта да их надзире, када је за извршење нпр. геноцида потребан не само умишљај већ и више од тога-геноцидна намера? Професор Дамашака то најбоље уобличава кроз питање: Да ли је ико икада чуо за нехатног ратног злочинца?[85] Оно што је сасвим могуће по одредбама Римског статута, нехатно саучествовање у кривичном делу, државе оцењују као неприхватљиво и обесмишљавају одредбама својих закона.[86]

Треба нагласити да све државе које критички приступају Римском статуту не подржавају поделу на војне и цивилне надређене коју тај статут познаје. Самим тим не признају ни поделу у тежини одговорности која прати поделу на две врсте надређених. Неке имају изричите одредбе о томе (Немачка), а код неких се до тог закључка долази језичким тумачењем норме (Белгија).

На питање да ли постоји сукоб норми унутрашњих и међународног правног поретка одговор је постоји. Државе су на нелогичности и недоумице на које их је ставила одредба командне одговорности Римског стаута одговориле критичким притупом у преузимању члана 28. у унутрашње правне системе. Преузимање су, углавном, вршиле сужавајући подручје одговорности које ствара члан 28. Овај сукоб је нарочито изражен обзиром на начелно првенство међународног права у односу на унутрашње.

---

[85] Mirjan Damaška, *The Shadow Side of Command Responsibility*, American Journal of Comparative Law, Vol. 49, No 3, 2001, стр. 464-465.

[86] „...унутрашња права.....одбацују концепт саучесништва из свесног нехата-нарочито за саучесништво у умишљајним кривичним делима.....институти унутрашњег права одбацују саучесништво засновано на несвесном стварању ризика резолутније него саучесништво базирано на свесном.": Мирјан Дамашка, *The Shadow Side of Command Responsibility*, American Journal of Comparative Law, Вол. 49, Но 3, 2001, стр. 463.

Мишљења смо да значај критичког приступа који заузимају законодавци поменутих држава превазилази кривично право и потребу да се кривична одговорност сведе у уобичајене границе. Далеко већи значај лежи у чињеници да су се државе одлучиле да промене одредбе међународног уговора којем су приступиле када су утврдиле да се те одредбе грубо косе са унутрашњим кривичним правом. Чини нам се да су се државе определиле за трајније и темељније вредности домаћег правног поретка када се он сукоби са међународним.

Поред свега реченог утврдили смо да ни међународно право нема јасан и недвосмислен став у вези облика виности односно кривице за који носе одговорност надређени који пропусте да спрече злочине својих подређених. Одредба статута Хашког трибунала нема поделу на војне и цивилне надређене, а одговарајућа одредба Статута Међународног кривичног суда познаје ову поделу.

Сама одредба члана 28. Римског статута је једина у Статуту која садржи нехат. Не постоји могућност да се одговара за непосредно извршење било којег кривичног дела из надлежности међународног кривичног суда из нехата. Када се налази на пољу посредног извршења-командне одговорности-ствар се мења из корена. Командна одговорност отвара простор за уплив нехата у међународно кривично право. Изгледа да се командна одговорност, намерно или случајно, користи као средство за премошћавање међународног кривичног права, које не трпи друге облике кривице осим умишљаја, и нехата.

Пошто Римски статут има одредбу умишљаја, али нема одредбу нехата, одређивање нехата препуштено је тумачењу кроз случајеве и може се тумачити на различите начине са становишта различитих правних система. Показали смо да ова одредба за англосаксонског правника има једно значење док за континенталног има друго. У зависности од тога које значење судије Међународног кривичног суда буду придавали одредби члана 28. Римског статута зависиће и домашај одговорности неког надређеног. Вероватно је да ће сваки судија придавати оно значење које придаје његов матична правна целина. Мишљења смо да не би смело да буде дозвољено да домашај одговорности оптуженог зависи од врсте правног образовања и правне културе из које потиче судија Међународног кривичног суда.

Branislav Ristivojević, LL.M., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

Responsibility for premeditation and negligence related to acts of subordinated individuals (command responsibility), with a special review of solutions under national legal systems

Abstract

Command responsibility is a complex notion having multiple meanings, which showed different faces in application. Should we break down this complex, multi-meaning notion, we would gain a whole new perspective to this doctrine. One of the most significant divisions we encountered was the division to premeditated and negligent command responsibility. Legislatures and experts disagree mostly on the form of guilt by which a supervisor breaches the duty of control. It is interesting that this discrepancy exists simultaneously in the fields of legal doctrine and legal policy. Our task was to display to what extent a clear and unambiguous attitude was crystallized in legislatures and legal practice with respect to such division of responsibility for actions of subordinated. Our research especially addressed the solutions of the states which transposed provisions of the Statute of Rome into their national legal systems, since there is today the Statute of the International Criminal Tribunal, which legitimates in a way the materia of international criminal law. Moreover, we examined application of international criminal law. Irrespective of the fact that judgments might not be applied, as sources of international criminal law, our knowledge of command responsibility would be diminished, hadn't we reviewed the case law.

In revision of the legal sources, we have concluded that there is a variety of solutions. The Statute of Rome treats this element of command responsibility in a totally different way than the Statute of The Hague Tribunal and its case law. Terminological notions of international criminal law create a state of collision of views of Anglo-Saxon and continental lawyers with respect to same institutes or doctrines used in international documents. Every legal field approaches notions from the aspect of its own experience. It naturally leads to variety of solutions to be adopted by individual legislatures in transposition of the Statute of Rome into national legal systems. One group of legislations has been very uncritical towards the provisions of article 28 of the Statute of Rome and it has fully copied its contents. Another group nourishes a critical approach, and reviews the influences the Statute of Rome makes to national legal systems. Such states resolve right away the doubts which may burden the activities of national judiciaries and which arise from the impossibility to merge two legal systems of different origin-the national and the international.

Legislatures that approach with criticism to transposition of the Statue of Rome alter the legal nature of command responsibility. They transform it from a form of responsibility into a quasi criminal act of omission, a criminal act of omission or into accomplice

liability as a form of accessory. Thereby, they prevent occurrence of the greatest dilemma in application of the classical command responsibility. It is a mixture of involuntary omission to prevent a premeditated criminal act of a subordinated. None of the judicial panels of both of the Tribunals, as the sole judicial institutions acting at present, managed to resolve a simple question. How can the hardest military crimes be blamed upon a commander's omission to supervise, when genocide requires not only premeditation, but also much more – a genocidal intention? What is perfectly possible under the provisions of the Statute of Rome is deemed unacceptable and inapplicable by the laws of the abovementioned states.

Article 28 of the Statute of Rome is the only one envisaging negligence. One may not be responsible for negligent direct perpetration of any crime falling within the scope of competences of the International Criminal Court. However, if it involves indirect perpetration, such as command responsibility, the situation is totally different. The issue of command responsibility enables infiltration of negligence into international criminal law. It seems like the command responsibility is used, intentionally or accidentally, as a means for circumvention of international criminal law, which does not recognize other forms of guilt but premeditation and negligence.

None of the legislatures that approach critically to the Statute of Rome has adopted the division of responsibility to military and civil one.

In our opinion, significance of the critical approach chosen by certain states, overpasses the criminal law itself and the need to bring criminal responsibility down to usual definitions. Far more significant is the fact that states have decided to alter the provisions of the international treaty they adhered to, when they realized that such provisions breached their national criminal law. It seems like the states opt for durable and solid values of national legal systems when they collide with the international ones.

УДК 349.2
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 329-346

Др Предраг Јовановић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

НОВЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ У НАШЕМ РАДНОМ ПРАВУ

Сажетак: *У раду су приказане најважније нове тенденције у нашем радном праву. Ради се о тенденцијама које су карактеристичне за наше друштво као друштво у транзицији.*

Прво, реч је о тенденцијама које би требало, путем одговарајућих правних решења да омогуће постепено превазилажење горућег проблема незапослености, односно да афирмишу продуктивно запошљавање и стабилност запослења.

Друго, реч је о тенденцијама које воде стандардизацији правила везаних за одговоран однос запослених на раду и могућност губитка запослења ако такав однос изостане.

Треће, тенденцији опште демократизације друштва, одговара тенденција демократизације система радних односа. Основна полуга или правни оквир за демократизацију радних односа јесте институт колективног преговарања, као начин аутономног регулисања радних односа.

Кључне речи: *Запошљавање, тржиште рада, стручно образовање, одговорност запослених, престанак запослења, колективни уговори о раду.*

Увод

Наша земља је још увек у транзицији. У сфери рада и запошљавања, прво, то захтева изградњу таквог тржишта рада на којем ће владати принцип о каузалној повезаности запошљавања и продуктивности. Ово је важно, јер је по-

литика екстензивног запошљавања, у ранијим фазама, водила нагомилавању лажне запослености, односно фиктивне незапослености. Зато су данас оправдано најупечатљивији напори и тенденције које воде променама у области запошљавања и решавању проблема вишкова запослених. Заправо, не ради се код нас о „технолошким вишковима" радне снаге, који су иначе иманентни снажним процесима технолошког развоја, већ о коначном суочавању са последицама политике екстензивног запошљавања.

Друго, као приметне тенденције у нашем радном праву, запажају се и промене везане за одговорност запослених и престанак радног односа. Јер, у условима транзиције није само важно наћи одговарајуће запослење. Можда је важније од тога сачувати запослење.

Треће, општи процеси демократизације неминовно се рефлектују и на сферу радних односа. Најважнији правни оквир за демократизацију радних односа јавља се институт колективног преговарања, као начин аутономног регулисања радних односа у социјалном дијалогу равноправних репрезентативних социјалних партнера – представника запослених и послодаваца. Зато је важно тенденцији развоја колективног преговарања обезбедити и одговарајуће правне оквире. Међутим, наши прописи понекад не дају довољно простора за то. У овом раду указујемо на она места у прописима која су више сметња него оквир за пуни замах споменутих тенденција.

1. Стање, тенденције и неки правни оквири функционисања тржишта рада

У најширем смислу, тржиште радне снаге је слојевита област коју чине индивидуални и колективни односи појединаца, њихових колективитета и државе поводом радног и капиталног ангажовања људи и обезбеђивања њихове материјалне и социјалне сигурности са тим у вези. Оквири функционисања овог тржишта су опредељени привредноекономском, социјалном, правном, политичком, културном и укупном датошћу друштва, односно средине којој то тржиште припада.

Оно што карактерише тржиште рада данас јесу напори у правцу афирмисања оквира и мера за запошљавање у оквиру и преко тзв. Флексибилних, односно атипичних форми запошљавања. То су све оне форме запошљавања које нису типичне тј. традиционалне, које не значе запошљавање у форми радног односа на неодређено време са пуним радним временом. Дакле, у атипичне форме запошљавања спадају разни модалитети уговорног радног ангажовања ван радног односа или у форми радног односа али са радним временом краћим од пуног, односно са радом на одређено време, рад код куће, разне форме самозапошљавања и сл. Међутим, и код атипичних форми запошљавања постоји нешто што је типично. Тако, атипичне форме запошљавања су, по правилу, изнуђене силом егзистенцијалне нужде. Ово због тога, јер најсигурнија форма запошљавања ипак јесте радни однос са пуним радним временом и пуним обимом

права чије трајање није унапред одређено. То обезбеђује оптималну заштиту интереса запослених. Даље, према подацима раније Завода за тржиште рада, данас Националне службе за запошљавање, атипичне форме запошљавања највише користе млади до 25 година, јер стопа незапослености међу овом популацијом је два до три пута већа него код осталих. Затим, изгледа да и у овој области није сасвим присутна полна равноправност. Више је жена атипично запослено, у односу на мушкарце. Уз чињеницу да су нека радна места и код неких послодаваца (из различитих разлога) мање доступна женама него мушкарцима, вероватно да атипичне форме запошљавања више одговарају женама и због њихове улоге у биолошкој репродукцији становништва и схватања и наше праксе у третирању жене као домаћице. На крају, подаци говоре да је атипично запослено највише неквалификованих радника, просто због тога што је таквих највише међу незапосленима.

На другој страни, и само тржиште рада, уз одговарајуће мере и усмеравања, би морало бити „осетљивије" на потребе привреде и укупну друштвену апсорбциону моћ друштва за радном снагом. Према подацима службе за запошљавање, имали смо пре више од годину дана регистрованих око 900 хиљада незапослених уз истовремено постојање чињенице да је 25% слободних радних места дуже времена непопуњено. Ово, свакако, захтева дубље анализе по најпрецизнијим и новијим подацима, али се може поћи од тезе да разлози леже и у диспаритетима у погледу понуде и тражње на тржишту рада – разлика између онога што се нуди и онога што треба, као и у ниској мобилности лица која траже запослење. То значи да се мора јачати комплементарност садржаја и токова у области, пре свега стручног, образовања и потреба које индукује тржиште рада и капитал. О томе ћемо нешто више рећи касније. Сада издвајамо само чињеницу да је у прошлости наше стручно образовање на средњем нивоу, које је најмасовније у сфери стручног образовања, било превасходно прилагођено потребама индустријског сектора. У томе нема ничег лошег, ако су тада то захтевале потребе друштва. Али то није могла бити трајна оријентација, јер адаптивност тржишта подразумева перманентно праћење потреба друштва. Подаци са тог тржишта говоре да је проценат попуњености расположивих радних места највећа у саобраћају – 85%, у угоститељству – 82%, у трговини – 80% итд. Поред тога, интересантан је и податак да је најмања покривеност радних места код оних која захтевају факултетско образовање, а највећа са вишом школом. Ово може бити интересантно код конципирања школских мрежа средњег, вишег и високог нивоа. Али јасно је, и у будуће, треба и даље развијати систем високог и факултетског образовања. То захтевају потребе нашег тржишта рада, са једне стране, и са друге стране то је неминовност узрокована „одливом мозгова". „Одлив мозгова" је чињеница са којом се морамо озбиљно позабавити не само из разлога потребе кориговања токова у области стручног образовања, јер би то значило бавити се последицама, већ и из угла привредно-економске природе, социјалне, политичке итд, ако желимо и превентивно деловати. [1]

[1] Више о томе, Владимир Гречић, Консеквенце „одлива мозгова" за развојне перспективе Србије, Зборник радова: *Промене вредности и транзиција у Србији*, Институт друштвених наука, Београд, 2003, стр. 179.

Што се тиче ниске мобилности радне снаге, најкраће речено, она доводи до неадекватне регионалне дистрибуције. Имамо, заправо, велики број незапослених (суфицитарност кадрова) у појединим регионима уз истовремено постојање одговарајућих слободних радних места у другим регионима (дефицитарност кадрова). Претпостављени разлози: немогућност решавања стамбеног питања и друштвено-културне потребе (навике, животни стил и сл.)[2].

Ипак, у комплексу питања важних за продуктивно запошљавање на нашем тржишту рада, издвајају се питања економске природе (инвестиције, нова радна места итд.). Дакле питања која се тичу капитала. Готово се заборавља на питања која се тичу радне снаге, њеног стручног профила и потенцијала. Радна снага је друга компонента поред капитала – реч је о тржишту радне снаге и капитала. Тржиште ће функционисати на добробит друштва само у комплементарном садејству ових компоненти. Зато сматрамо потребним да укажемо и на значај питања стручног образовања.

Наиме, свако лице има право на образовање у циљу пуног развоја своје личности и достојанства, али и у циљу обезбеђивања корисне улоге у слободном друштву. [3] Превасходни циљ образовања, дакле, јесте у пуном развоју људске личности. Оно треба да помаже учвршћењу поштовања људских слобода и права, да помаже разумевању, трпељивости и пријатељству међу свим народима, расним и верским групацијама.[4] Поред тога, образовање треба да омогући сваком појединцу да се укључи у друштвени живот и свет рада у сопствену корист и корист друштва у целини. Значи, образовање подразумева и димензију стручности. Стручно образовање је процес учења који доприноси економски успешном деловању. [5]

Традиционално блиски односи између образовања и рада никад се нису у толикој мери приближили као данас. Данас је образовање неопходни услов остваривања основног социјално-економског права – права на рад. Професионално вршење рада подразумева стручну оспособљеност. Међутим, укључивањем у свет рада не престаје потреба за даљим образовањем. Постоји потреба перманентног образовања. Имајући у виду брзе техничко-технолошке, организационе и управљачке промене у области рада, неодрживе су тенденције које иду за тим да се у млађим годинама, путем „дугог седења у школској клупи" и мимо рада стекне потпуно, заокружено и за цео живот довољно образовање. Тржиште захтева сукцесивно смењивање рада и образовања.

Дакле, на тржишту се мора и радна снага (људски ресурси) третирати, поред капитала, као важни економски фактор. Наиме, све савремене економије и тржишта рада карактеришу дисконтинуитети и променљивост услова рада.

---

[2] Детаљније: *Атлас незапослених Србије*, Министарство за омладину и спорт Србије, Београд, 1993.

[3] Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, чл. 13, „Сл. л. СФРЈ", бр. 7/71.

[4] Универзална декларација о правима човека, чл. 26. ст. 2, прокламована Резолуцијом Генералне скупштине УН 217 из 1948.

[5] L. Alex, *Development Prospects of Vocational Training*, Berlin, 1995, str. 1.

Успешни су само они који су у стању да прате ове промене и да саобразно њима налазе оптималне комбинације расположивих фактора производње. Савремено стручно образовање треба да обезбеди, још код најнижих нивоа, садржаје који су важни за постојећа занимања и у складу са потребама исказаним на тржишту рада; да осигура квалификације које прелазе границе поједине струке, тј. дају могућност апстрактног мишљења, логичког закључивања и могућност планирања и кооперације; да омогући комбинацију учења на радном месту уз систематичан процес учења у установама за дошколовање. Све то може превенирати исказивање вишкова радне снаге. На крају, ако акценат стављамо на економију, тада треба рећи да се и у економији радна снага и знање третирају као важни економски фактори.

Заправо, рад је процес употребе радне снаге. Мера квалитета рада је одређена мером знања. Према томе, квалитет рада, односно вредност радне снаге одређена је знањем, умећима и вештинама. Произилази да и знање мора имати своју цену као новчани израз његове вредности; мора бити третирано као економски фактор и као тржишна вредност по којој се може вршити трансфер тог знања између послодаваца и других учесника на тржишту радне снаге и капитала, те по којој се, коначно, може и треба мерити конкурентска способност послодаваца. Зато се стицање знања не може третирати само као процес који значи потрошњу (буџетских средстава, односно средстава послодаваца), или као инструмент који треба да амортизује одређене друштвене проблеме (проблем „куда са децом", „пролонгирана незапосленост" и сл.).

Значи, на тржишту радне снаге и капитала и знање је роба која има своју вредност и цену, а „производња" знања је економска инвестиција. Знање је роба која у развијеним економијама има изузетан промет под техничко-технолошким називом „*know how*" (знати како) и под развојно-менаџерским називом „*know why*" (знати зашто) у виду мноштва уговора о менаџменту, о трансферу технологије итд. Радна снага је једини економски фактор који производи, али који истовремено и мисли, креира и управља. То је фактор који даје најзначајнију пословну вредност предузећу. У последње време знање и радна снага добијају, рекло би се, стратегијски значај и улогу важног чиниоца који одлучујуће доприноси остваривању главних функција сваког послодавца и предузећа. И најмодерније економије свој развој су заснивале и заснивају на „социјалној технологији", под којом се подразумева образовање, знање и менаџмент. „Социјална технологија" базира на доктрини људских ресурса. Доктрина људских ресурса фаворизује људски рад, организацију рада и знање у односу на капитал, сировине, енергију, земљу и друге економске факторе. Ова доктрина је дала спектакуларне резултате у привреди Јапана, иако је реч о земљи сиромашној сировинама, енергијом и земљом. Према томе, без обзира на тренутне тенденције и проблеме у вези са вишковима радне снаге, незапосленошћу, стручним образовањем, недостатком капитала и недостатком слободних радних места, доктрина људских ресурса се не сме игнорисати. Она није превазиђена. Мора се континуирано респектовати, јер резултира увек дугорочно – било позитивно или негативно, зависно од нашег односа према њој.

Међутим, да би образовање у највећој могућој мери могло да буде у функцији привредног развоја, није довољно само пратити сигнале које даје тржиште радне снаге и капитала. Неопходно је изграђивати праву стратегију и водити одговарајућу политику у области образовања. Ово стога, јер тржиште радне снаге даје често закаснеле сигнале који нису употребљиви. А тржишне потребе не трпе одлагање. На њих се мора благовремено реаговати са већ припремљеним (кадровским) решењима. То значи да се на основу праћења и изучавања токова на тржишту радне снаге и капитала морају планирати потребе за кадровима и сходно томе изграђивати одговарајућа стратегија и одговарајућа политика. Рецимо, недостаје нам пројекција кадровских потреба у земљи. Не зна се тачно колико је, нарочито високообразованих, кадрова напустило земљу последњих година и коју су то профили кадрова. У постојећој ситуацији треба користити искуства других земаља тржишне економије у смислу конципирања система образовања и његовог функционалног повезивања са људским ресурсима у целини и са потребама тржишта рада. Та искуства указују да редовно образовање значи иницијално образовање и језгро свеукупног знања. Ово образовно језгро подразумева, како је већ речено, развијање могућности апстрактног мишљења, логичког закључивања, планирања, кооперације, савлађивања стратешких промена које су иманентне садашњем свету. Али, то не треба да значи супротстављање општег образовања стручном образовању. И један и други облик образовања су међусобно уско повезани и стоје у комплементарном односу. Комплементарност општег и стручног образовања диригована је комплементарношћу потреба друштва у целини са потребама тржишта рада. Радна снага је само један део људских ресурса, а потребе за радном снагом су само један део потреба тржишта рада. У сваком случају, питање комплементарности општег и стручног образовања и његова комплементарност са економијом јесте питање процеса који тече и у коме учествују равноправно, или би тако требало да буде, сви актери тржишта рада: запослени и незапослени, послодавци и држава. Притом, држава треба својим мерама да омогућује не само процесе преструктуирања капитала, већ и радне снаге. Чини се да су напори државе били више усмерени у правцу преструктуирања капитала (својинска трансформација и сл.).

Следствено реченом, прво, држава својим мерама планирања образовања и кадровских потреба директно треба да усмерава образовне процесе и стручно оспособљавање сагласно укупним друштвеним потребама наступајућих технологија и организација пословања. Поред тога, својим мерама макро-економске политике држава посредно стимулише послодавце да инвестирају у стручно оспособљавање запослених. То је посебно важно, јер ми послујемо у условима веома озбиљних ограничења (санкције различитих врста, забране увоза или извоза итд.). Даље, инвестирање у перманентно образовање, преквалификацију и доквалификацију спречиће да већ запослени код послодаваца дођу међу незапослене, него да буду радно ангажовани на новим продуктивним пословима. Филозофија образовања и стручног оспособљавања јесте део филозофије економског деловања (и на макро плану – сфера државних компетенција и на

микро плану – сфера послодаваца и запослених). У том светлу, јасно је да су позитивно-правна решења садржана у оквиру института вишкова запослених (технолошки вишак) само средство за „гашење пожара". Јасно је, такође, да смо и до сада пуно улагали у образовање, али ради се о томе да треба мењати однос према образовању, да оно не значи престижно стицање дипломе, већ да га треба свим могућим мерама валоризовати као економску категорију. Коначно, када се говори о проблемима вишкова запослених и о потреби комплементарног функционисања образовања са потребама тржишта рада и капитала, треба имати у виду и функције професионалне оријентације. Професионална оријентација је делатност која може значајно да допринесе наведеној комплементарности и превенцији у смислу појаве суфицитарних односно дефицитарних занимања.

Истина, радна снага је била, а то је и данас у многим земљама у транзицији (па и у нашој), јефтинији и прилагодљивији елеменат производног процеса од технике и капитала. Зато се дешава да се организација укупног друштвеног рада, посебно процеса производње, првенствено везује за расположиви капитал, технику и технологију. Отуда, процеси преструктуирања тржишта радне снаге и капитала одвијају се, превасходно, по логици максималне оплодње капитала. Таква су и наша скромна искуства. Значи, ради се о афирмацији оних сектора који омогућују висок профит и о заостајању базичних и инфраструктурних делатности. Међутим, процеси преструктуирања радне снаге на тржишту су много сложенији и дугорочнији од преструктуирања капитала. Треба водити рачуна о томе да ови процеси на кратак рок чак не морају да резултирају економским просперитетом, а често резултирају вишковима радне снаге и растом стопе незапослености. Ти процеси јесу и биће још сложенији код нас, јер још увек нисмо изградили одговарајуће социјалне стандарде као „логичку подршку" наведених процеса. Ако то дуго потраје, вишкови радне снаге и растућа незапосленост, са свим пратећим социјалним реперкусијама, не само што ће сасвим сигурно кочити процесе привредног оживљавања, већ те процесе могу и сасвим дискредитовати. Запосленост, односно незапосленост одлучујуће утичу на стабилност укупног друштвеног система.[6] Према томе, и време је наш дефицитарни фактор у преструктуирању тржишта радне снаге и капитала.

Свакако, проблеми вишкова радне снаге и незапосленост имају разгранате корене. Неки од њих, као што смо видели, полазе са тржишта радне снаге и капитала и под дејством су владајућих принципа на том тржишту, а други из сфере образовања. Томе треба додати и чињеницу да су односи и стања на тржишту радне снаге и у области образовања истовремено и аутохтоне величине одређене изворно различитим чиниоцима. Односно, чиниоце које затичемо на тржишту радне снаге или у области образовања, а који нам говоре о суфицитарним или дефицитарним кадровима, треба обазриво користити. У обзир се морају узети и други показатељи. На пример, неке анализе из „Атласа незапослених Србије" говоре да око 40% образованих и квалификованих није запос-

[6] Alfred Pfaller i grupa autora, *Employment and Labour – Market policy in South Eastern Europe*, Friedrich Ebert Stiftung, Regional Office Belgrad, 2002, стр. 202

лено, а истовремено велики је проценат необразованих и неквалификованих који су запослени, па чак обављају и стручне послове. Или, стопа незапослености у појединим деловима Србије је врло различита, односно, како је већ подвучено, суфицитарна занимања и неким регионима су изразито дефицитарна у другим. То даље упућује и на друга питања скопчана са политиком запошљавања, а у вези са тим и са правним регулисањем појединих радноправних института. Истиче се потреба утврђивања критеријума за приоритет у запошљавању уз истовремено поједностављење процедуре запошљавања (одсуство обавезе послодавца да јавно оглашава слободна радна места). Сем тога, указује се и на потребу „либерализације" и поједностављења процедуре давања отказа, премештаја запослених са једног на други посао, утврђивања њихове дисциплинске одговорности итд.

Питање зарада и плата, односно политике њиховог усмеравања и контроле је такође интересантно у светлу наше теме. У земљама у транзицији, па и у нашој, однос између цена и плата је важан фактор стабилности на тржишту рада и капитала. Наше искуство из инфлаторне 1993. године је веома упечатљиво. Али, и иначе, зараде могу бити важан мотивациони фактор који утиче на територијалну и професионалну покретљивост радне снаге на тржишту рада. Проблем слабе територијалне мобилности незапослених ка мањим урбаним или руралним срединама делом се може превазићи и одговарајућом политиком плата. Или, како објаснити податак да је попуњеност слободних радних места у тзв. приватном сектору 80% а у друштвеном 70%, осим да је могућност веће зараде важнији мотив у тражењу посла од, рецимо, сигурности запослења (веће зараде се везују за приватни, а већа сигурност запослења за друштвени сектор). У светлу наведених проблема и тенденција, важно је и питање минималних плата.

Минималне, раније – загарантоване зараде и плате, имале су код нас двоструку улогу. Прво, улогу обрачунске ставке за утврђивање „редовних зарада". На пример, цена рада за најједноставнији рад није могла бити нижа од загарантоване нето зараде; или при утврђивању неких плата (нарочито у државним органима) множењем загарантоване зараде одређеним коефицијентима. Друго, загарантоване зараде имале су и социјалну функцију – обезбеђивање минимума егзистенције. Неки ранији подаци нам говоре да је загарантована зарада износила 60% од просечне зараде и да је ту зараду користило око 20% запослених (просечна висина у другим земљама у транзицији из окружења је била од 30% до 50% просечне зараде)[7]. С обзором на стање које имамо на тржишту рада, при утврђивању минималне зараде не треба губити из вида њену социјалну функцију.

Осим реченог, можда најважнији правни оквири функционисања тржишта рада принципијелно су одређени у Закону о запошљавању и осигурању за случај незапослености.[8] Реч је о начелима садржаним у члановима од 8. до 13. Посебан значај имају начела о једнакој доступности, забрани дискриминације у запошљавању и начелу вођења активне политике запошљавања. Ако је

[7] Види, Alfred Pfaller, цит. дело.

[8] „Сл. гл. РС", бр. 71/2003.

начело вођења активне политике запошљавања „ударна игла" у превазилажењу актуелних проблема на тржишту рада, онда је начело забране дискриминације један од „социјалних стандарда" који нам толико недостају на путу транзиције. Тим пре чуди недовољна синхронизованост овог последњег начела и неких одредаба из законског текста. На пример, према чл. 93. Закона, незапослени се брише из евиденције, ако после девет месеци проведених на евиденцији незапослених одбије било које понуђено запослење (било одговарајуће или неодговарајуће). Прецизније, према овој одредби, одговарајућим запослењем се сматра свако понуђено запослење, те уколико се одбије – лице се скида са евиденције и губи сва права по основу незапослености. У истом члану се говори и о томе шта се сматра одговарајућим запослењем: то је запослење у истом степену стручне спреме и занимању незапосленог, али само за прва три месеца чекања на евиденцији незапослених. После тога, одговарајуће запослење је понуђено запослење у занимању, независно од стручне спреме, узимајући у обзир стечено радно искуство и ситуацију на тржишту рада, а након девет месеци одговарајуће запослење је свако понуђено запослење. Произилази, дакле, да након одређеног времена незапослени губи одређена права (новчана накнада, здравствена заштита итд.), само зато што је одбио да ради на послу за који се није школовао и који не зна да ради, штитећи притом своје право на рад, образовни профил, лично и струковно достојанство. Ово, заправо, не кореспондира са одговарајућим уставним правима и слободама и неким међународним стандардима о забрани дискриминације при запошљавању.[9] Имајући у виду релевантне одредбе Конвенције о забрани дискриминације при запошљавању, овде се у ствари ради о индиректној дискриминацији јер су у питању критеријуми за стицање, односно губитак одређених права који се не тичу карактеристичних захтева посла, нити се тичу способности лица да обавља те послове. То су недопустени критеријуми. Вероватно ће Уставни суд Србије дати коначну реч о томе. На другој страни, постоје изузеци, предвиђени у овој Конвенцији, када се фаворизовање одређених категорија лица, при остваривању појединих права, не сматра дискриминацијом, тј. сматра се „позитивном дискриминацијом" (мада оно што је позитивно не може бити дискриминаторско, као и оно што је дискриминаторско не може бити позитивно). На пример, нема дискриминације уколико се при запошљавању фаворизују потребе одређених група лица (инвалида, припадници појединих етничких заједница, одређеног културног нивоа итд.). Неке земље ЕУ имају чак и посебне законе о фаворизацији одређених категорија лица (закони за афирмативну акцију). То у нашој земљи није случај. Шта више, око овог питања важеће законодавство није довољно синхронизовано.

У том смислу, инвалидна лица са смањеном радном способношћу или са преосталом радном способношћу могу се кандидовати за одговарајуће запослење, саобразно њиховој радној способности. Али нема уједначених решења у прописима. Уместо да фаворизујемо запошљавање тих лица ми га отежавамо.

[9] Конвенција о забрани дискриминације у погледу запошљавања и занимања, „СЛ. л. ФНРЈ – додатак", бр. 3/1961.

Према Закону о раду (чл. 78.),[10] инвалиду рада са преосталом радном способношћу, послодавац је дужан да обезбеди обављање одговарајућих послова, а онима код којих постоји опасност од наступања инвалидности да обезбеди промену посла односно обављање другог одговарајућег посла где нема опасности. У питању је, дакле, субјективно (утуживо) право. Проблем је само како и где утврдити чињенице постојања опасности од наступања инвалидности и преостале радне способности. Према ранијим прописима то се радило сходно правилима из области пензијског и инвалидског осигурања. Важећи Закон о пензијском и инвалидском осигурању[11] о томе ћути, иако се управо на закон те врсте позива Закон о раду када конституише наведена права инвалида рада. Закон о пензијском и инвалидском осигурању познаје само категорију трајног и потпуног губитка радне способности везујући за њу право на инвалидску пензију.

Поред реченог, Према Закону о запошљавању и осигурању за случај незапослености (чл. 49.), инвалидно лице и лице са смањеном радном способношћу запошљава се под посебним условима, у складу са законом. Пошто је Закон о раду донесен 2001. године, а Закон о запошљавању 2003. године, крајње је време да се наведена права инвалида, предвиђена овим законима, коначно разраде и предвиде начини њиховог остваривања (можда посебним законом о запошљавању инвалида). Истина, Закон о запошљавању предвиђа право (чл. 50.) на стручну помоћ при утврђивању преостале радне способности и избору занимања, као полазиште за остваривање права на одговарајуће запослење код другог послодавца или премештај на друге послове код истог послодавца. Међутим, много је важније предвидети право на финансијску помоћ при утврђивању преостале радне способности. Овако, те трошкове ће сносити или сам инвалид или његов послодавац код кога је настала инвалидност, ако постоји добра воља – пошто нема прописа и обавезујућих правила.

2. Одговорност запослених и престанак запослења

Приметна тенденција у нашем радном законодавству је и пооштравање одговорности запослених. То потврђује чињеница да при утврђивању одговорности запослених, сходно Закону о раду, не постоје више дисциплинске мере. Сада се о одговорности за повреду радних обавеза говори као о отказном разлогу, тј. консеквенца одговорности не може бити никаква дисциплинска мера већ само отказ уговора о раду.

Прецизније говорећи, запослени одговара дисциплински и материјално. Дисциплинска одговорност је одговорност због повреде радне обавезе, а материјална одговорност је одговорност за штету. Када је реч о материјалној одговорности Закон о раду готово да ништа није променио у погледу материјално-

[10] „Сл. гл. РС", бр. 70/2001.

[11] „Сл. гл. РС", бр. 34/2003.

правних и процесно-правних правила, у односу на ранија решења. Међутим, у случају дисциплинске одговорности дошло је до крупних промена. Према овом Закону, у материјално-правном погледу она се регулише уговором о раду (што до сада није био случај), а у процесном погледу она се остварује кроз поступак отказа уговора о раду. Дакле, дисциплинска одговорност је мање правно објективизирана у односу на материјалну, иако повлачи озбиљније и теже консеквенце – води престанку радног односа.

У неким случајевима, материјална одговорност се узима као комплементарни елеменат дисциплинској одговорности у поступку отказа уговора о раду. У том случају поступак отказа уговора о раду води преко суспензије. Ради се о случају када је радник учинио повреду радне обавезе која угрожава имовину веће вредности (чл. 109. Закона о раду). Заправо, овде је „имовина веће вредности" квалификатив повреде радне обавезе да би се она могла узети као основ за суспензију и касније као разлог за отказ уговора о раду – који се помиње у вези трајања суспензије. Јер, према Закону о раду (чл. 112.), удаљење може да траје најдуже три месеца у којем периоду је послодавац дужан да запосленог врати на посао или да му откаже уговор о раду, ако за то постоје оправдани разлози у вези његове одговорности због повреде радне обавезе, увези непоштовања радне дисциплине, односно поводом кривичног дела на раду или у вези са радом.

У наведеном случају, разлог за престанак радног односа има два дела. Први део се тиче дисциплинске одговорности, јер се ради о повреди радне обавезе. Тај део је изузет, у погледу дефинисања повреде радне обавезе, и из угла поступка утврђивања повреде и одговорности за ту повреду, и из регулативе путем општих аката. Други део се тиче материјалне одговорности, јер се ради о угрожавањп имовине веће вредности. Дакле, други део, као питање материјалне одговорности, везује се за штету. Постојање штете, сходно чл. 95. ст. 5. Закона о раду, њену висину, околности под којима је настала, ко је штету проузроковао и како се накнађује, утврђује послодавац, у складу са општим актима или уговором о раду. Значи, један исти разлог за престанак радног односа делом се може регулисати на општи начин и путем општег акта, а другим делом управо на тај начин не може бити регулисан.

У ствари, Закон о раду не говори изричито о дисциплинској одговорности, али се ослања на ту одговорност код разраде појединих радноправних института. О дисциплинској одговорности се говори посредно. Типичан пример за то је отказ уговора о раду због повреде радне обавезе, односно због непоштовања радне дисциплине (чл. 101. ст. 1. тачке 3. и 4.). Јер, говорити о повреди радне обавезе, односно непоштовању радне дусциплине, као основу за престанак радног односа, уколико је за то запослени крив, није ништа друго до санкционисање недисциплинованог понашања. То је питање дисциплинске одговорности. Дакле дисциплинска одговорност, и према овом Закону, постоји. Ако постоји онда мора постојати и одговарајући поступак у коме ће се та одговорност утврдити, тј. поступак у коме ће се утврдити чињенице постојања повреде радне обавезе и кривица запосленог за ту повреду. Без тих чињеница овај разлог за отказ уговора о раду не би био оправдан.

Међутим, Закон о раду не предвиђа посебан поступак за утврђивање повреде радне обавезе и кривице запосленог за ту повреду. Наиме, наведени отказни разлог се утврђује кроз поступак отказа уговора о раду. Притом, овај поступак је у нечему специфичан у односу на исти поводом осталих отказних разлога. Специфичан је утолико што је послодавац дужан (чл. 101. ст. 2. Закона о раду) да, пре отказа уговора о раду, запосленог упозори на постојање отказног разлога. Али, да би могао да упозори запосленог, послодавац се мора претходно уверити да заиста постоје чињенице везане за тај отказни разлог (повреда радне обавезе, односно непоштовање радне дисциплине и кривица). Према томе, у овом случају, поступак отказа уговора о раду подразумева: (а) радњу утврђивања наведених чињеница; и (б) радњу упозорења.

Утврђивање повреде радне обавезе, односно непоштовања радне дисциплине и кривице запосленог је свакако неопходно као процесна радња. Ово су околности које се не могу претпоставити. Секундарно је питање да ли ћемо то назвати дисциплинским поступком или делом отказног поступка. Реч је о радњи која је неопходна из разлога легалитета читавог отказног поступка, јер сходно Уставу Републике Србије[12] (чл. 24.) сваком се зајемчује право на одбрану и нико не може бити кажњен ако му није било омогућено да буде саслушан и да се брани. Такође, према Конвенцији Међународне организације рада (МОР), бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца) чл. 7.),[13] радни однос запосленог неће престати због разлога везаних за његово понашање или његов рад пре него што му се омогући да се брани од изнетих навода, осим ако се са разлогом не може очекивати од послодавца да му пружи ту могућност. Дакле, ово је правило из ратификоване међународне конвенције, а према чл. 1. ст. 1 Закона о раду, обавезе и одговорности по основу рада уређују се законом у складу са потврђеним међународним конвенцијама.

Питање упозорења у отказном поступку није до краја регулисано Законом о раду. То може бити предмет регулисања општим актом (колективним уговором или правилником о раду). Навешћемо нека, по нашем мишљењу, могућа решења.

У сваком случају, упозорење је обавезна процесна радња у отказном поступку. Запослени би требало да буде упозорен писменим путем. Упозорењем се указује на постојање разлога за отказ уговора о раду и у њему треба навести податке о времену, месту извршења повреде, о постојању кривице, описати саму повреду итд.

Упозорење може имати превентивни карактер, када се запосленом даје шанса да поправи своје понашање како би избегао отказ уговора о раду. У тој функцији се у упозорењу се може предвидети и одређени рок у коме запослени не би смео да изврши нову повреду радне обавезе или прекрши радну дисциплину. Притом треба водити рачуна о роковима из чл. 104. Закона о раду, унутар којих се може дати отказ уговора о раду (три месеца од дана сазнања за отказни разлог и шест месеци од дана наступања разлога). Уколико запослени,

[12] Устав РС, „Сл. гл. РС", бр. 1/90.

[13] „Сл. л. СФРЈ-Међународни уговори", бр. 4/1984.

својом кривицом, изврши нову повреду радне обавезе или прекрши радну дисциплину, онда се та чињеница може третирати као услов за активирање ранијег отказа уговора о раду.

У наведеном смислу, упозорење одговара природи отказног разлога у овом случају, јер се ради о дисциплинским стварима које се понашањем радника могу кориговати. Ово је у духу дисциплинске одговорности и неке наше раније праксе и дисциплинских мера (опомена, условно изрицање мере престанка радног односа).

Међутим, упозорење може имати и другачији карактер, што зависи од тежине повреде радне обавезе или непоштовања радне дисциплине. Наиме, ако су у питању најтеже повреде радних обавеза, односно ако је понашање запосленог такво да не може да настави рад код послодавца, онда се са разлогом не може очекивати од послодавца да запосленом пружи шансу да коригује своје понашање. Ипак, и у том случају постоји обавеза упозорења пре отказа уговора о раду. Али, у овом случају, упозорење не би смело да има функцију пуког обавештавања запосленог да је крив за извршену повреду радне обавезе и да ће добити отказ уговора о раду. То не би имало никакве сврхе. Сматрамо да упозорење овде треба узети као процесну радњу или део поступка за утврђивање повреде радне обавезе и одговорности за ту повреду. Пошто мислимо да је одређени поступак и овом приликом неопходан, независно како се он назива, потребно је тим поводом упозорењем обавестити запосленог да постоји основана сумња да је он извршио повреду радне обавезе, што ће се на одређени начин и уз одређене доказе утврдити, и да се позива да се о томе изјасни и искористи своје право на одбрану. Ово би, свакако, имало одређену сврху у духу напред наведених основних правила из Устава Србије и међународног права.

Тенденцији поједностављења многих процедуралних питања у радном праву (заснивање радног односа без јавног оглашавања, утврђивања дисциплинске одговорности без дисциплинског поступка итд.) опиру се захтеви правне објективизације ових питања и захтеви легалитета. Као што смо видели, повреда радне обавезе, односно непоштовање радне дисциплине могу бити оправдани разлози за давање отказа уговора о раду од стране послодавца. То су легитимни (оправдани) и ваљани разлози, јер одговарају природи радног односа, као правног односа, који карактерише субординираност запосленог послодавцу, тј. подређеност запосленог радном реду и дисциплини у том односу. Али, ти разлози морају бити не само оправдани, како се наводи у Закону о раду (чл. 101. ст. 1.), већ и легални основи за престанак радног односа. Легални ће бити уколико су утврђени као такви у време њиховог наступања тј. извршења повреде радне обавезе, односно кршења радне дисциплине. [14]

Својство легитимности разлога за давање отказа уговора о раду од стране послодавца, утемељено је и правилима међународног радног права. Према чл. 4. Конвенције МОР-а о престанку радног односа на иницијативу послодав-

[14] Уставом Србије (чл. 23. ст. 1.) је предвиђен принцип да нико не може бити кажњен за дело које, пре него што је учињено, није било предвиђено законом или прописом заснованом на закону као кажњиво дело, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена.

ца, запосленом може престати радни однос ако за то постоји ваљан разлог. Ваљани разлози су они који се односе на: (а) способност запосленог; (б) понашање запосленог; (в) оперативне потребе предузећа, установе или службе. Закон о раду, могло би се рећи, своје отказне разлоге из чл. 101. ст. 1. тачка 3. и 4. темељи на наведеној одредби Конвенције у делу који се односи на понашање запосленог.

Међутим када говоримо о регулисању поменутих отказних разлога, Закон о раду предвиђа да повреда радне обавезе, као отказни разлог, мора бити утврђена уговором о раду. Код непоштовања радне дисциплине, као отказног разлога, Закон о раду не предвиђа да и овај разлог мора бити утврђен уговором о раду. Али, принцип легалитета свакако налаже да и он треба да буде уређен на одређени начин. У ствари, пошто овај Закон не инсистира да та дисциплина мора бити уређена уговором о раду, то значи да она може бити уређена и на други начин и путем општих аката. Јер, сам Закон то допушта у чл. 1. ст. 2. одредбом по којој се права, обавезе и одговорности по основу рада уређују колективним уговором или правилником о раду (као општим актима), или уговором о раду. Питање је само шта треба регулисати општим актом као радну дисциплину, поред оних радних обавеза које морају бити регулисане уговором о раду (што такође представља одређену радну дисциплину)? Могући одговор би био да се уговором о раду регулишу радне обавезе и повреде тих обавеза које су саобразне природи и специфичностима посла којим се запослени бави. Општим актом би могле бити утврђене све остале „стандардне" радне обавезе и повреде тих обавеза.

3. Колективно преговарање као оквир за демократизацију радних односа

Општој тенденцији демократизације друштва одговара тенденција демокртизације радних односа. Правни оквири за демократизацију радних односа омеђени су углавном колективним правима и обавезама запослених. Међу њима од нарочитог значаја су право на колективно преговарање, партиципација у управљању предузећем, синдикалне слободе и права итд.

Сматрамо да је колективно преговарање најјача полуга демократизације радних односа, јер тиче се аутономног регулисања тих односа. На тај начин су запослени и њихови синдикати равноправни социјални партнери послодавцима и њиховим асоцијацијама у регулисању радних односа. Тако се развија социјални дијалог и партнерски однос између интересно најјаче сукобљених делова друштва. Ово су уједно и прве претпоставке социјалног мира и стабилности која нам је преко потребна за даљи развој друштва. Социјални дијалог и колективно преговарање не искључују већ препоручују и искуства својствена међународним и европским интеграцијама којима тежимо. Процеси европских

интеграција захтевају и интеграцију принципа преговарања (и то пре свега индустријских концерна) комунитарног нивоа у националне оквире регулисања односа и њихово међусобно уједначавање. У ствари, као једна од препрека брже и ефектније хармонизације националних права из ове области са радним право ЕУ, наводи се управо неуједначеност националних законодавстава по питањима колективних радних права.[15] Овде, наравно, спадају и права у вези колективног преговарања. Коначно, једна од важних перспектива европског радног права јесте, заправо, заједничка стратегија одбране и очувања „социјално-колективног" карактера радног права управо путем промоције и прихватања универзалних принципа колективног преговарања по међународним стандардима.[16]

Дакле, ако имамо у виду овакав значај и перспективу колективног преговарања, у нашим и европским оквирима, онда заиста нису прихватљиве оне тенденције у нашем радном праву које не шире законске оквире за даљи развој колективног преговарања, већ их сужавају. Наиме, важећи Закон о раду (чл. 3.) дозвољава могућност замене колективног преговарања једностраним регулисањем радних односа општим актом послодавца. Реч је о томе да уколико код послодавца ниједан синдикат не испуњава услове репрезентативности или синдикати нису закључили споразум о удруживању, односно ако учесници у колективном преговарању не постигну сагласност за закључивање колективног уговора, тада се права, обавезе и одговорности из радног односа уређују правилником о раду или уговором о раду. У питању је атипична могућност регулисања радног односа, јер не одговара самој природи тог односа, који би требало да значи интересно уравнотежени и двостранотеретни правни однос запосленог и послодавца.[17] Овај начин регулисања радног односа правно-неадекватно наглашава економску доминацију послодавца дајући му шансу да сам регулише сопствени положај субјекта у радном односу. Сем тога, наведени начин је можда типичан за акте пословођења а не регулисања радних односа.

Дакле, Закон о раду допушта супституцију колективног преговарања једностраним регулисањем радног односа на општи начин (правилником о раду који доноси послодавац). Ова супституција није адекватна и није нужна. Није адекватна јер се разноврсни акти не могу супституисати. Није нужна јер постоје друга решења која могу да очувају социјални дијалог и дух колективног преговарања и без репрезентативног синдиката. То су решења која нуди Препорука МОР-а бр. 91 о колективним уговорима (пар. 2.). Према овој Препоруци, у наведеној ситуацији из чл. 3. Закона о раду, могу преговарати са послодавцем и представници заинтересованих радника, који су правоваљано изабрани (сообразно националним прописима). То је, дакле, само требало изричито предвидети нашим законом.

---

[15] Erika Szyszczak, *EC Labour Law*, Edinburg, 2000, стр. 35.

[16] Van Peijpe, *T. Employment Protection under Strain, Kluwer Law International*, The Hague, 1998, стр. 164.

[17] И у развијеним тржишним економијама колективни уговори су незамењиви акти правног изражавања и уобличавања интересног тј. „конфликтног" партнерства. Види: *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Ekonomies*, Editor by R. Blanpain, The Hague, 1998, стр. 450 и даље.

Ипак, пажљивијом анализом одредаба Закона о раду може се приметити да он нуди одређене оквире у којима се може „инсистирати" на закључивању колективног уговора. То уједно значи и сужавање простора за регулисање радног односа једностраним актом послодавца. Тако, у настојању да се радни односи свакако уређују колективним уговором, чак и у ситуацији када се не постигне сагласност за његово закључивање међу учесницима преговарања, треба прибећи методу арбитражног превазилажења таквих ситуација. Заправо, ако се у току преговарања не постигне споразум за закључивање колективног уговора, учесници су дужни да образују арбитражу за решавање спорних питања и то најкасније у року од 30 дана од дана започињања преговора. Дејство одлуке ове интересне арбитраже споразумно утврђују учесници (чл. 136. Закона о раду). За случај да је утврђено обавезујуће дејство одлуке (што би требало бити пракса), закључивање колективног уговора је сасвим извесно. Јер, одлука арбитраже чини саставни део колективног уговора, чиме се превазилазе спорна питања.

Сматрамо да су наведене сугестије, у условима који постоје, заиста прихватљиве. Наиме, сваки послодавац може, свесно или несвесно, поготову ако изостаје стандард „добре воље" (што је такође везано за демократизацију радних односа),[18] да у свом предузећу створи такав амбијент у коме је немогуће колективно преговарати (лоша клима) и да онда радне односе једнострано регулише својим актом, или да чак регулисање радних односа сведе на терен индивидуалног преговарања (уговором о раду) са сваким радником понаособ. У овом последњем случају, када запослени свој радноправни положај регулишу једино уговором о раду, тада су они минимално заштићени. Заправо, заштићени су на нивоу који пружа закон и њихова сопствена „преговарачка моћ", односно статус, место и улога коју имају код послодавца. Ова ситуација може бити нарочито озбиљна за запослене код оних послодаваца који нису чланови удружења послодаваца потписника општег или посебног (гранског) колективног уговора, јер те послодавце ови „виши" колективни уговори не обавезују. Наравно да овакве ситуације не би требало нити могло да буду наша шира пракса и из социјално-економских и из правних разлога. Уосталом, министар надлежан за послове рада може, ако постоји оправдан интерес, ради остваривања економске и социјалне политике у републици, да одлучи да се колективни уговор или поједине његове одредбе примењују и на послодавце који нису учествовали у закључивању колективног уговора или нису накнадно приступили (октроисани колективни уговор).[19]

Свакако да је потискивање колективних уговора другим начинима регулисања односа у области рада (уредбама и другим подзаконским актима) на вишим нивоима (републички или грански) незамислива. Незамислива је с обзи-

[18] У земљама са развијеном индустријском демократијом постоји обавеза преговарања са „добром вером" (Good Faith Bargaining), Labor Law – USA, Douglas L. Leslie, West Publishing Co. Minesota, 1992, стр. 181.

[19] Чл. 149. ст. 3. Закона о раду.

ром на потребе и интересе јачања социјалног партнерства и индустријске демократије. Незамислива је и с обзиром да право такву могућност не предвиђа. Напротив, видели смо, предвиђа могућност ширења дејства закључених колективних уговора на поједине области и послодавце уколико код неких не постоји колективни уговор.

Predrag Jovanović Ph.D, Full professor
Novi Sad School of Law

New tendencies in our labor legislation

Abstract

One may notice important tendencies towards standardization and harmonization of our labor legislation with the international law and the law of the European Union primarily with respect to the issues on employment and termination of employment. This is logical, given the fact that there is a high unemployment rate at the labor market. Unemployment is one of the toughest problems encountered during transition, which has multiple social, economic, political and legal ramifications.

From the legal point of view and with respect to stability of employment, the most important issues are related to productive employment and responsibility of employees towards their working obligations, which enables them to retain their jobs. Today, it is not only difficult to get a job, but to retain it as well. Therefore, the issue of dismissal of unproductive (redundant), incompetent, incapable and irresponsible employees is also related to the global unemployment issues. Such employees certainly may not fit into the contemporary trends present at the labor and capital markets.

Last, but not least, the general trend of social democratization corresponds to democratization of labor relation system. A legal framework important for democratization of labor relations is primarily related to collective rights and obligations of employees. Collective bargaining occupies the most important place within the framework, as a mode of autonomous regulation of labor relations. Such tendency should be supported, wherefore a „propulsive" legal framework should be set for its further development and concretization. Certain legal solutions (elaborated in this paper) are not drafted always in conformity with the above tendencies.

УДК 349.3 (497.11)
331 (497.11) (094.2)
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 347-368

Др Сенад Јашаревић, доцент
Правног факултета у Новом Саду

РАДНОПРАВНИ И СОЦИЈАЛНОПРАВНИ ОКВИРИ СРБИЈЕ КАО ПРАВНЕ ДРЖАВЕ

Сажетак: *У раду се врши анализа радног и социјалног права у Србији у контексту успостављања правне државе. Таква оцена подразумева двоструку анализу домаћег права – тзв. правно-техничку и садржинску. У оквиру прве тачке оцењују се формални квалитети радног и социјалног права код нас, како би се утврдило да ли позитивно право може да обезбеди остваривање кључних правних вредности. Врши се и анализа радног и социјалног права из угла међународних стандарда рада које је донела Међународна организација рада, као и стандарда Европске уније. На крају се упоређују решења у овим областима у разним фазама развоја правне државе у Србији.*

Кључне речи: *социјално-правна држава, социјална сигурност, социјално-економска права, радно право, социјално право, међународни стандарди рада.*

1. Увод

Када се одређена држава посматра као „правна држава", обично се примарно цене њен правно-политички систем, као и функционисање државних институција и органа. Међутим, правна држава не поседује само одређене поли-

тичке и правне атрибуте, већ има изражену и социјалну, економску и етичку компоненту.[1]

Још почетком 20. века запажено је да за остварење идеје правне државе није довољно успостављање „владавине права", ако са друге стране, становништво гладује, живи у лошим условима, обољева и ради под исцрпљујућим или опасним режимом. На основу тога се дошло до закључка да се уз развој политичке демократије, мора радити и на изграђивању економске демократије, која ће целокупном становништву обезбедити одговарајући квалитет живота. Док је први поменути сегмент правне државе оличен у „класичној правној сигурности" која се обезбеђује гарантовањем грађанских и политичких људских права,[2] други се изграђује у оквиру концепта „социјално-правне државе" (краће – социјална држава) којом се гарантује проширена – социјално-правна сигурност.[3] За социјалноправну сигурност потребно је остваривање како грађанских и политичких права, тако и социјалних, економских и културних права (тзв. права друге генерације). Та права се великим делом изграђују управо у области радног и социјалног права. Зато, када говоримо о изградњи Србије као правне државе, мораморазмотрити њене радноправне и социјалноправне оквире. Пошто радно и социјално право у великој мери носе друштвено-економски печат, при оваквој анализи треба имати у виду и специфичне друштвене околности, ниво развоја, менталитет и новију историју нашег региона.[4]

Да би се оценили радноправни и социјалноправни оквири Србије, потребно је извршити двоструку анализу домаћег праватзв. правно-техничку и садржинску. Правно-техничка анализа би требало да пружи увид у формалне квалитете нашег радног и социјалног права, који чине основу његове функционалности, односно ефикасности. Садржинска анализа подразумева упознавање модерних – међународних оквира социјалне државе и упоређење наше легислативе са њима. Ти оквири постављени су у тзв. међународним стандардима рада које је установила Међународна организација рада (даље: МОР). Поред тога, за нашу земљу значајни су и правни стандарди Европске уније (ЕУ).

---

[1] О томе видети више: С. Пихлер, *Претпоставке и могућности конституисања правне државе,* Правни живот, бр. 12, Београд, 1995, стр. 803-806; С. Јашаревић, *Радно право и правна држава*, Правни живот, Београд, 1999. и *Специфичности правне државе у области радних односа,* Радно и социјално право, Београд, 1999.

[2] О особинама модерне правне државе и правној сигурности видети нпр. више у: Н. Висковић, *Теорија државе и права,* Загреб. 2001, стр. 84. и 146.

[3] „Социјално-правна држава је, у ствари, реформисана правна држава која посредује између полова беде и богатства, у настојању да појам правне сигурности допуни појмом социјалне сигурности." Ова дефиниција изложена је у: Љ. Тадић, *Филозофија права,* Београд, 1996, стр. 220. „Социјално-правна сигурност, дакле подразумева правне и друге облике заштите грађана и чланова њихових породица у вези са свим ризицима које носе живот и рад." Из: С. Јашаревић, *Правна и социјална сигурност,* Правни живот, Београд, 2001.

[4] Историјски преглед може да укаже на неке тенденције у развоју правне државе. Иначе, овај рад има и историјско полазиште пошто чини део пројекта Правног факултета у Новом Саду – „Поводом обележавања двестоте годишњице Првог српског устанка (1804-2004) и изградње модерне српске државе и правног система".

2. Правно-техничка анализа прописа Србије

Само правилно успостављен правни систем може да обезбеди да се друштвени односи усмеравају на одговарајући начин. У оквиру тога, намеће се питање, могу ли прописи који чине радно и социјално право Србије да допринесу остварењу кључних правних вредности које би позитивно право требало да обезбеди. Најкарактеристичније вредности за право су, према Висковићу: слобода, праведност, мир и сигурност.[5]

Ако се важећи Закон о раду Републике Србије (даље: ЗОР), из 2001. године,[6] посматра кроз призму обезбеђења слободе субјеката, може се противречно оценити. Са једне стране, послодавцима је донео дуго очекивану слободу потребну за ефикасно организовање рада (нпр. нема више дужности закључења колективног уговора, већ се услови рада могу уредити и правилником о раду, решавање вишка запослених је једноставније, као и дисциплински поступак).[7] Са друге стране, оваква решења довела су до тога да су запослени постали изложенији самовољи послодаваца, што негативно утиче на њихову слободу и правну сигурност.

Јачањем позиције послодавца дошло је и до извесне ерозије „социјалне правде" у Србији. Социјална правда, као специфична врста правде подразумева да користи, као и терет у области рада буду равномерно или бар умерено равномерно распоређене између запослених послодаваца.[8] Давањем широких овлашћења послодавцу, а без ефикасних механизама којима ће се под контролом држати њихова коректност (то су, између осталог, ефикасно радно судство, инспекција рада, развијен систем колективног преговарања),[9] запослени су доведени у изразито неравноправан положај у односу на послодавце. Истовремено је нарушена и „сигурност запослења" зато што је Законом о раду либерализован режим отказивања. Нема више ни обавезе вођења дисциплинског поступка, тако да су изостале процедуралне гаранције за објективност дисциплинског кажњавања.

У погледу социјално-правне сигурности могу се противречно ценити и нови прописи из области социјалног осигурања. Њима се у овом тренутку заиста нарушава социјална сигурност корисника права из социјалног осигурања, али се то чини са циљем да систем социјалне сигурности у будућности постане поузданији. Тако је Закон о пензијском и инвалидском осигурању Србије из 2003.

[5] Н. Висковић, *op cit*, стр. 136.

[6] Сл. гласник РС, бр. 70/2001, 73/2001.

[7] Видети чл. 3, 101, 104, 114. и 136. ЗОР.

[8] О социјалној правди видети: Н. Висковић, *op. cit*, стр. 143. и С. Јашаревић, *Правна и социјална сигурност, op. cit.*

[9] Нпр. у САД, где послодавци имају веома велику слободу у области рада, установљени у стандарди поштеног понашања у области рада, а контролише их независно тело – Национални одбор за радне односе – NLRB.

године (даље: ЗПИО),[10] довео до укидања и сужавања многих права која су у нашем правном систему дуго постојала. Нпр. изостављена су права која су се стицала по основу умањене радне способности (распоређивање на други посао, рад са краћим радним временом, преквалификација и доквалификација, новчане накнаде због мање зараде на другом радном месту); пензија се више не обрачунава на основу најповољнијег десетогодишњег просека зараде, већ на основу целог радног века (што ће водити смањењу пензија); уведен је и неповољнији систем усклађивања пензија због чега ће такође постепено доћи до умањења њихове реалне вредности.[11] Овим решењима се задире у стечена права осигураника јер се мењају услови осигурања који су годинама важили,на основу којих су запослени уплаћивали доприносе, очекујући да ће у будућности моћи да користе поједина права. Сада неких од тих права више нема, а уложена средства су потрошена. Ипак, ова реформа има своју позитивну страну, пошто би новине у Закону требало да доведу до рационализације и боље финансијске позиције система пензијског и инвалидског осигурања, чиме ће се обезбедити сигурнија исплата пензија и осталих бенефиција.

Слично се у погледу нарушавања социјалне сигурности може оценити и нови Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (даље: ЗОЗ), из 2003. године.[12] Тај закон је, између осталог, донео смањење износа новчане накнаде у случају незапослености и пооштравања услова за стицање статуса незапосленог лица. Ради се конкретно о условљавању добијања својства незапосленог лица активним тражењем запослења и прихватањем након три месеца незапослености било којег посла у занимању запосленог, за које се може тражити и нижа спрема од оне коју поседује, а након девет месеци– сваког понуђеног запослења.[13] Овим се незапослена лица доводе у неповољнији положај него до сада, али су поменутим законом, са друге стране, створени механизми за рационалнију употребу ограничених средстава и уводе се шире могућности деловања на повећање запослености. Примера ради, поред државних, уводе се и приватне агенције за запошљавање (које ће допринети бољем информисању и посредовању у запошљавању), дужност послодавца да пријави Националној служби за запошљавање упражњена радна места (боље информисање), дужност запослених да прихвате додатно образовање и обуку (јачање стручних способности у циљу лакшег запошљавања), обавеза активног тражења запослења и дужност прихватања понуђеног посла (повећана мотивација за тражење и прихватање посла), стимулативне мере за самозапошљавање (смањење броја незапослених и активна употреба фондова за незапосленост), клубови за тражење посла (боља циркулација информација о понуђеним и траженим

[10] Сл. гласник РС, бр. 34/2003.

[11] Видети чл. 18, 61-63, 80. Закона.

[12] Сл. гласник РС, бр. 71/2003.

[13] Што нпр. значи да би доктор наука требало да прихвати да ради као физички радник, уколико очекује да оствари права као незапослено лице. Видети чл. 4, 93, 111. Закона.

пословима), запошљавање на јавним радовима (побољшање материјалног положаја незапослених, могућност обуке и трајног запошљавања).[14]

Нарушавањем основних правних вредности у поменутим прописима, а нарочито социјалне сигурности, дестабилизован је и „социјални мир", због чега је у последње време увећан број штрајкова и социјалних протеста запослених. Социјални мир се мора трајно неговати, а базира се на толерантним односима запослених и послодаваца. Они се опет развијају кроз систем колективног преговарања, које је у нашој земљи прилично неуспешно. За то има више разлога, а тренутно је најважнији то што није до краја спроведена приватизација, тако да се у великом делу привреде не зна ко је стварно послодавац.Стога запослени не знају ко треба да им гарантује обавезе преузете приликом закључења колективних уговора.

Уз поменуте околности, у Србији су данас битан разлог нарушавања социјалног мира и неправилности у процесу приватизације, због којих се социјални терет приватизације углавном преваљује на запослене. Они масовно губе послове или настављају да раде под знатно лошијим условима него пре продаје предузећа, иако је учинак остао несмањен. Са друге стране, супротно принципу социјалне правде, користи од приватизације махом присваја друга страна. Веома је дестимулативно и то што купце у процесу приватизације у великом броју случајева чине бивши руководиоци истих предузећа, који су лошом пословном политиком и злоупотребама довели до њиховог пропадања.

При правно-техничкој анализи права Србије, требало би обратити пажњу и на осмишљеност, усклађеност, потпуност и прегледност правног система. Анализа битних закона из области радних односа и социјалне сигурности показује да у Србији нема целовите законодавне стратегије, већ се сваки пропис осмишљава сам за себе, при чему се имају у виду само тренутне околности и проблеми. Недостаје и процена дугорочних последица прописа, као и узимање у обзир будућих кретања. Сем тога, често се очекује да се одређени односи уреде прописима другесродне бранше, што касније буде заборављено. Карактеристично је и да свака нова власт некритички задире у новине које је увела претходна, мењајући фрагментарно прописе, чиме се нарушава идејна структура затечене регулативе. Све то води нестабилности правног система.

При доношењу прописа не води се довољно рачуна и о томе да правне норме испуне основне номотехничке захтеветј. да буду јасне, прецизне али и гипке.[15] То је нарочито случај са Законом о раду, у којем су услед недоречености извесне норме остале „сувише гипке" (тзв. каучук норме), због чега у пракси долази до противречних или злонамерних поступања. Тако нпр. према чл. 103. ЗОР, послодавац може запосленом да понуди закључење уговора о раду под измењеним условима, додуше само из „оправданог разлога". Уколико запослени одбије закључење анекса уговора о раду, послодавац може да му

[14] Видети чл. 4, 37, 42, 47, 51, 100. Закона.

[15] Р. Степанов, Г. Вукадиновић, *Теорија ūрава II,* Петроварадин, 2002, стр. 10.

откаже радни однос. У пракси се показало да се „оправдани разлог" схвата сувише широко од стране послодаваца.

Један од проблема јавио се и у вези са нејасно уређеним питањима у ЗОР, код којих се појављују опречна мишљења између судова различитог ранга, па чак и унутар истих судова (ради се нпр. поштовању затечених колективних уговора, карактеру упозорења код отказа, поштовању прописаног дисциплинског поступка).[16] Има и супротних мишљења судова и надлежног министарства. Иначе, министарства у Србији редовно објављују своја виђења прописа иако у складу са принципом поделе власти, као органи извршне власти, за то нису надлежна. Ова мишљења правници у пракси, ненавикли на самостално закључивање, будно прате и примењују, да би касније у спору пред судом установили да су незаконито поступали.

У Србији има проблема и код утврђивања важећих правних норми. Пометњи нарочито доприносе следећа решења. Прво, почетком 2003. године, приликом формирања нове државне заједнице Србије и Црне Горе, Уставном повељом државне заједнице предвиђено је да се ранији савезни закони од сада примењују као прописи држава чланица, до доношења одговарајућих прописа.[17] То је учињено да не би дошло до вакума у уређењу многих друштвених односа који су раније уређивани на нивоу Савезне Републике Југославије (СРЈ). Испоставило да није увек јасно који су бивши савезни закони искључени републичким законодавством. Правно сигурније решење би било да су набројани прописи који се и даље примењују.

Друго, законодавац је у Закону о раду, у складу са трендом дерегулације у области радних односа и повећања аутономије социјалних партнера, свесно оставио многе односе неуређене. Ипак, да би се избегле празнине, у чл. 176. се предвиђа да одредбе колективних уговора који су на били снази, уколико нису у супротности са тим законом, настављају да се примењују. Пошто у радним односима постоји правило да се нижим актом може предвидети повољније решење за радника (тако је и у ЗОР, чл. 7), произилази да се сва затечена решења повољнија по запослене и даље примењују. Међутим, код неких института законодавац је хтео да ослободи послодавце обавеза које су негативно утицале на флексибилност и дисциплину рада. Нпр., више се не говори се о условима распоређивања, нема јавног оглашавања код запошљавања, мањи послодавци су ослобођени доношења програма вишка запослених, а исти је случај и кад се у већим предузећима отпушта до 10% запослених годишње, није неопходно вођења дисциплинског поступка, смањена је минимална отпремнина за технолошке вишкове.[18] У таквим ситуацијама није увек јасно да ли се и даље примењују затечене одредбе колективних уговора уколико су повољније за запослене. Нејасно је и да ли се, и у којој мери, примењују одредбе постојећег Општег колективног уговора, пошто два његова субјекта по Закону немају више свој-

[16] Видети чл. 176. и 101. ЗОР.

[17] Чл. 64. Повеље. Видети: Сл. лист Србије и Црне Горе, бр. 1/2003.

[18] Видети нпр. чл. 101. ст. 4, чл. 114, чл. 117. Закона.

ство преговарача. То судржава, која више није предвиђена као учесник општег колективног уговора (чл. 142. ЗОР) и Привредна комора Србијекоја је као принудна организација послодаваца искључена из колективног преговарања (чл. 5. ст. 2. ЗОР).

Дакле, да бисмо изградили уклађен и ефикасан правни систем у области радних односа и система социјалне сигурности, потребно је више систематичности и координације.

3. Међународни стандарди рада

Међународни стандарди рада су својеврстан кодекс правила установљен конвенцијама, препорукама и другим документима МОР (резолуције, декларације, закључци, кодекси праксе, технички водичи).[19] Само њиховом доследном применом може се обезбедити достојанствен, сигуран и праведан положај људи у области рада у данашњим условима.

Међународни стандарди рада се, према свом значају, сврставају у две групе:
1) основни – фундаментални принципи и права у области рада, и
2) остали стандарди.

Фундаментални принципи на раду установљени су пошто је запажено да се без поштовања одређених, основних принципа у вези са радним односима, сва остала права теже остварују, па чак и губе смисао. У складу са тим, МОР 1998. године доноси Декларацију о основним принципима и правима на раду, којом је установила четири основна права – принципа које све државе чланице, без обзира да ли су ратификовале конвенције које уређују дату материју, морају да савесно поштују и унапређују.[20] То су:

1. слобода удруживања и признање права на колективно преговарање;
2. укидање свих форми принудног или обавезног рада;
3. елиминација рада деце;
4. укидање дискриминације у вези са радним односом и занимањем.

Друга, шира класификација области које чине међународне стандарде рада обухвата: 1. основна људска права; 2. запошљавање; 3. социјалну политику; 4. радну администрацију; 5. индустријске односе; 5. услове рада; 6. заштиту безбедности и здравља на раду; 7. социјалну сигурност; 8. запошљавање жена; 9. запошљавање деце и младих особа; 10. права старијих радника; 11. заштиту рад-

[19] О појму радног стандарда видети више: R. N. Block, P. Berg. K. Roberts, *Comparing and Quantifying Labour Standards in the United States and the European Union,* The International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations, Winter 2003, стр. 448. као и *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards,* International Labour Office, Geneva, 2003, стр. 45.

[20] Видети: „ILO Declaration on fundamental principles and rights at work" (ILO је скраћеница за: International Labour Organization).

ника гиганата; 12. заштиту староседелачког и племенског становништва; 13. остале категорије (права помораца, пољопривредних радника, рудара и сл.).[21]

3.1. Реализација основних принципа на раду

Четири горе поменута фундаментална принципа на раду представљају основ правне државе уопште, мада то није увек лако видљиво. Наиме, за лице којем је ускраћена могућност да утиче на квалитет и правичност услова под којима ради, особе које су изложене ропском третману или другим облицима принудног рада, лица која раде под неповољнијим условима од осталих, тешко се може рећи да живе у правној држави, иако евентуално уживају многа друга права. Зато се наведеним принципима мора поклонити пуна пажња.

МОР је ову проблематику уредила са осам тзв. фундаменталних конвенција:

- Конвенција о принудном раду, из 1930 (бр. 29);
- Конвенција о слободи удруживања и заштити права на организовање, из 1948 (бр. 87);
- Конвенција о праву на организовање и колективно преговарања, из 1949 (бр. 98);
- Конвенција о једнаком плаћању, из 1952 (бр. 100);
- Конвенција о укидању принудног рада, 1956 (бр. 105);
- Конвенција о укидању дискриминације у вези са запошљавањем и занимањем, из 1958 (бр. 111);
- Конвенција о минималним годинама, из 1973 (бр. 138);
- Конвенција о најтежим формама рада деце, из 1999 (бр. 182).

Наша земља, односно претходна Југославија, ратификовала је све наведене конвенције.[22] Додуше, конвенције бр. 105 и 182 ратификоване су тек 2002. и 2003. године, што значи да је наша земља тек тада преузела пуне обавезе у вези са реализацијом основних принципа на раду, тј. да су 2003. године заокружени оквири за успостављање економске демократије. Међутим, не треба мислити да је ратификацијом поменутих конвенција завршен процес успостављања основних принципа на раду. Ти принципи се морају уградити у домаће законе и испоштовати у пракси. На том плану треба похвалити одредбу ЗОР, чл. 1, стр. 1, у којој се каже да се права, обавезе и одговорности по основу рада уређују законом и посебним законом, у складу са потврђеним међународним конвенцијама. Тиме је отворена могућност да судови у области радних односа суде непо-

[21] О овој категоризацији видети више: A. Wisskirchen and C. Hess, *Employers Handbook on ILO Standards-related Activities,* International Labour Office, Geneva, 2001, стр. 2.

[22] Оне су, према редоследу како су горе наведене, објављене у следећим службеним ревијама: Сл. новине Краљевине Југославије, бр. 44-XVI, из 1930; Додатак Сл. листа ФНРЈ, бр. 5/1956; Додатак Сл. листа ФНРЈ, бр. 11/1958; Сл. весник ФНРЈ, бр. 12/1952; Међународни уговори, бр. 13/2002; Додатак Сл. листа ФНРЈ, бр. 3/1961; Додатак Сл. листа СФРЈ, бр. 14/1982; Међународни уговори, бр. 2/2003.

средно и према поменутим конвенцијама МОР, у случају да закон са њима није усклађен.

Да би основни триници и други стандарди МОР заживели у пракси, потребно је створити и одговарајуће друштвене услове, а нарочито преузети конкретне кораке да се сви релевантни субјекти, као што су послодавци, запослени, њихове професионалне организације, инспекција рада, државна администрација, судови, придржавају прописаних обавеза. У даљем тексту рећи ћемо нешто о правним и фактичким условима за успостављање појединих стандарда рада и о нашој пракси у вези са тим.

1. Слобода удруживања и право на колективно преговарање – Према документима МОР, овај принцип чини неколико повезаних права. То су: *право на слободу удруживања, право на колективно преговарање и право на колективну акцију.*

Према већ поменутим документима МОР (конвенције бр. 87 и 98) слобода удруживања подразумева укратко следеће: слободу организовања синдиката и организација послодаваца без одобрења; право удруживања тих организација у савезе; добровољно приступање професионалним организацијама; уздржавање власти од мешања у активности професионалних удружења; забрана њиховог распуштања; заштита од уплитања организација послодаваца у послове синдиката; забрана условљавања запослења неучлањивањем или неприпадањем синдикату, отпуштање или наношење штете радницима због чланства у синдикату или учешћа у синдикалним активностима. За слободно синдикално деловање веома је важно и да се обезбеди квалитетна заштита синдикалних активиста од шиканирања и отпуштања у вези са њиховим синдикалним активностима, а нарочито организовањем штрајкова. Ту област МОР је уредила у Конвенцији бр. 135 о радничким представницима, из 1971. године (ратификована 1982. године) и Препоруци бр. 143 о радничким представницима, из 1971. године (није усвојена код нас).[23]

Код нас се слобода удруживања регулише на нивоу државне заједнице „Србија и Црна Гора" (даље: СЦГ), Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама (даље: Повеља СЦГ)чл. 32,[24] и Уставом Србије – чл. 44.[25] Тим актима се предвиђа право на удруживање и деловање професионалних организација без одобрења, уз упис у регистар. Нешто слично је утврђено и чл. 130. Закона о раду. Циљ деловања професионалних организација може да буде једино заштита права и унапређење професионалнихи економских интереса чланства. Дозвољено је ограничење тог права у посебним случајевима и то искључиво законима, ако је то неопходно ради: заштите јавне безбедности, јавног здравља и морала, националне безбедности и заштите права других лица. Изложена правила се у начелу уклапају у међународне синдикалне стандарде. Захваљујући томе запослени у Србији формално могу слободно да изразе

[23] Ове конвенције објављене су у Сл. листу ФНРЈ, бр. 8/58. и Додатку Сл. листа СФРЈ, бр. 14/82.

[24] Службени лист СЦГ, бр. 1/2003.

[25] Сл. гласник РС, бр. 1/1990.

своје колективне интересе. Ипак, у пракси је синдикални рад често отежан, нарочито у приватном сектору. Приватни послодавци су склони да примењују санкције против организатора синдиката и синдикалних активиста, што им омогућава и чињеница да се заштита синдикалних представника предвиђена ЗОР и Општим колективним уговором Србије (глава VI – „Услови за рад синдиката"),[26] неефикасно спроводи. Томе погодује и недовољна активност инспекције рада, непостојање специјализованих – радних судова и изузетна спорост у решавању радних спорова. Чести су случајеви одлука о враћању синдикалиста на посао неколико година након незаконитог отказа. Пошто до тада он мора некако да преживи, у пуној мери важи да „спора правда престаје бити правда".

Колективно преговарање је основни механизам демократије у „индустријским односима" (како се још на Западу називају радни односи). Заснива се на договорном усклађивању интереса запослених и послодаваца, на бази постизања компромиса у вези са условима рада. Право на колективно преговарање уређено је следећим документима МОР: Конвенција о праву на организовање и колективно преговарање, бр. 98, из 1949. године,Препорука о колективним уговорима, бр. 91, из 1951. године, Препорука о решавању радних спорова у предузећима, бр. 130, из 1967. године, Конвенција о унапређењу колективног преговарања, бр. 154, из 1981. године и Препорука о унапређењу колективног преговарања, бр. 163, из 1981. године. Наша земља је ратификовала (или усвојила пошто се препоруке усвајају) само први од наведених докумената, што указује да у тој области законодавац не прати међународне стандарде.

На бази поменутих докумената, као основни друштвени услови за колективно преговарање могли би се издвојити: 1) правни и друштвени оквири за реализацију права на професионално удруживање и права на штрајк; 2) постојање квалитетних и слободних професионалних удружења; 3) пуна слобода колективног преговарања; 4) признање репрезентативних организација запослених у сврху колективног преговарања и спремност на сарадњу од стране послодаваца; 5) помоћ државе у процесу колективног преговарања (пружање информација, инсистирање на савесном и поштеном преговарању, стимулисање резултата преговарања кроз принудно спровођење колективних уговора).[27]

Код нас су наведени услови данас претежно остварени. [28] При томе је стање у правном систему боље него фактичко. Највећу слабост у пракси представља то што социјални партнери не показују довољну зрелост за квалитетно колективно преговарање. Професионална удружења запослених и послодаваца су, због дугогодишњег начина деловања у социјализму, „закржљала" и тек последњих година се поново изграђују као класни заштитници својих социјалних група. Примера ради, према броју синдиката делује да је синдикална

[26] Овај акт објављен је у Сл. гласнику РС, бр. 22/1997, 53/1999, 12/2000, 31/2001.

[27] Ови услови су делимично преузети и прилагођени, из: F. Schmidt, A. C. Neal, *Collective Agreements and Collective Bargaining,* International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XV – Labour Law, Tubingen, 1984, стр. 107.

[28] Колективни уговори уведени су у правни систем Србије индиректно, путем чл. 125. Устава, где се помињу као извори права чију уставност и законитост може да процењује Уставни суд.

сцена код нас веома развијена– у јануару 2002. године било је регистровано 17.155 синдиката у предузећима.[29] Ипак, према стању у пракси не може се рећи да су организације запослених снажне и добро организоване. Неки од најважнијих проблема који оптерећују синдикалну сцену су: бирократизованост, осипање чланства, празни синдикални фондови, инертност, слаба међусобна сарадња синдиката, недовољно познавање међународних стандарда рада, колективног преговарања и мирног решавања спорова. Послодавци су такође недовољно добро организовани. Раније је их је у колективном преговарању, са недовољно суштинске заинтересованости заступала Привредна комора. Осим Коморе, за сада је једина релевантна послодавачка асоцијација „Унија послодаваца Србије" (основана 1992), а основано је и неколико нових организација послодаваца, као нпр. Удружење индустријалаца и предузетника Србије и Црне горе. Ова удружења јачају, али још увек показују почетничке слабости (нпр. склоне су мешању у политику, што је у супротности са принципима професионалног организовања; немају јасну стратегију развоја радних односа, начина привредног развоја).

У односу на раније законе о радним односима, Закон о раду направио је позитиван помак у уређењу права на колективно преговарање. Према чл. 136. ст. 2. тог закона, „Учесници у закључивању колективног уговора дужни су да преговарају". Оваква обавеза ће подстицајно деловати на развијање културе дијалога код социјалних партнера. Са друге стране, за колективно преговарање је кључно да се не наруши принцип добровољности, чиме се осигурава демократичност тог процеса. Тако нешто је обезбеђено чл. 3. ст. 1. ЗОР, где се предвиђа да се, уколико се не постигне сагласност за закључивање колективног уговора, права, обавезе и одговорности из радног односа уређују правилником о раду или уговором о раду. Значи, колективни уговор се не мора по сваку цену закључити. Овим је обезбеђена добровољност колективног преговарања, која код нас није постојала по ранијим прописима.

У одредбама ЗОР о колективном преговарању треба истаћи још два нова решења која су на линији међународних стандарда. Према Препоруци МОР бр. 163 (чл. 2), потребно је да организације запослених и послодаваца које учествују у колективном преговарању буду слободне, независне и репрезентативне. У складу са тим, Закон је у чл. 5. увео услов добровољности, који раније није постојао за послодавачке асоцијације. Захваљујући томе, из колективног преговарања је искључена Привредна комора. Привредна комора је раније закључивала већину колективних уговора, при чему као принудна организација, није заступала стварне интересе послодаваца, нарочито приватних. Услед тога за приватнике су грански колективни уговори били „мртво слово на папиру", чије су одредбе на све начине изигравали.

Закон о раду је увео и обавезно доказивање репрезентативности организација социјалних партнера у сврху колективног преговарања. Репрезента-

[29] Н. Рајковић, *Извештај о социјалном дијалогу у Републици Србији,* Београд, Министарство рада и запошљавања, мај, 2002, стр 7.

тивност подразумева да запослене и послодавце у преговорима представљају организације које уживају поверење већине у преговарачкој јединици.[30] Према одредбама чл. 136-141. ЗОР, репрезентативност синдиката одређује се: 1) уписом у регистар синдиката или 2) према броју чланова синдиката на основу приступница. Репрезентативним синдикатом код послодавца сматра синдикат у који је учлањено најмање 15% запослених код послодавца, а на вишим преговарачким нивоима тражи се да синдикат заступа 10% запослених у грани или делатности, односно на територији за коју се закључује колективни уговор. Исто тако, и послодавачка организација мора да покрива 10% послодаваца у преговарачкој јединици. Уколико ниједна организација запослених или послодаваца не испуњава услов репрезентативности, оне могу закључити споразум о удруживању ради заједничког преговарања.

Право на колективну акцију подразумева могућност вршења ненасилног притиска ради остваривања интереса запослених или послодаваца у области рада. То право примарно се односи на штрајк, али ту су и други облици притисака запосленихна послодавце и државу (бојкот, пикетинг, јавне кампање), као и тзв. штрајк послодавацалокаут. Наша земља преузела је обавезу признања права на штрајк још 1971. године, ратификацијом Међународног пакта о економским, социјалним икултурним правима, из 1966. године (где се у чл. 8. утврђује ово право).[31] Ипак, право на штрајк је уведено у позитивно право некадашње Југославије тек 1988. године, након доношења амандмана на Устав из 1974. Данас се право на штрајк предвиђа Повељом СЦГчл. 41, и Уставом Србије – чл. 37, док се локаут у нашем праву не помиње. Конкретна реализација права на штрајк регулисана је ранијим савезним Законом о штрајку (од 1996),[32] који се и даље примењује у Србији. Може се рећи да је право на штрајк код нас уређено на задовољавајући начин. Ускраћено је једино запосленима у државним органима, професионалним припадницима војске и полиције, а ограничено је у делатностима од посебног друштвеног значаја (јавне службе, војна индустрија и друге делатности од јавног интереса).[33] Посебно су проблематичне једино одредбе из чл. 10. Закона о штрајку, о регулисању минимума рада за јавне службе и предузећа. Наиме, у њима се предвиђа да минимум рада једнострано утврђује оснивач, односно директор предузећа, тј. субјект против кога је штрајк усмерен (слично народној изреци: „Кадија те тужи, кадија ти суди").

2. Укидање принудног или обавезног рада Као што смо видели, наша земља је потписник основног документа МОР из ове области, Конвенције бр. 105.[34] Крајем XX века у том домену код нас није било већих проблема. Ипак,

[30] Захтев репрезентативности постоји у многим правима (нпр. САД, Канада, Француска, Белгија).

[31] Наша земља је ратификовала поменути пакт у Додатку Сл. листа СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/1971.

[32] Службени лист Савезне Републике Југославије, бр. 39/1996.

[33] Видети чл. 9. Закона о штрајку, Сл. лист. СРЈ, бр. 53/1996.

[34] Конвенцијом о принудном раду, бр. 29, принудни рад се дефинише као „сваки рад или служба који врши нека особа под притиском казне и за који се може рећи да га та особа није прихватила добровољно". Видети више: *Fundamental rights...*, *op. cit*, стр. 34.

последњих година било је кршења овог права. Први случај је било сувише широко коришћење „обавезе рада", приликом увођења ванредног стања 1999. године (у току бомбардовања НАТО). Након тога, веома квалитетне гаранције у овомпогледу уведене су Повељом о правима СЦГ, у чл. 6, где се предвиђа да су у случају ратног или ванредног стања, ако је опстанак државне заједнице или државе угрожен, дозвољене мере одступања од људских и мањинских права зајемчених у Повељи и то само у оном обиму у коме је то нужно у датој ситуацији. Према ст. 6. истог члана, мере одступања ни у ком случају нису дозвољене у погледу појединих права, међу којима су и права из чл. 13. Повеље који носи наслов: „Забрана ропства, положаја сличног ропству и принудног рада". Између осталог, овим чланом се забрањује трговина људима у сваком облику, као и сексуално или економско искоришћавање лица које је у неповољном положају, што се такође сматра принудним радом.

Други вид кршења овог стандарда МОР састоји се у томе што наша земља у последње време представља један од канала за трговину људима тј. за трансфер „белог робља" (трговина децом и женама). Принудни рад се код нас јавља и директно, у виду принудне проституције страних држављанки.[35] Државни органи би на овом плану требало да се одлучније ангажују, како се ова појава не би укоренила.

3. Укидање злоупотребе рада деце – Изненађује податак да је у XXI веку један од још увек нерешених светских проблема – експлоатација дечјег рада. Према подацима УНИЦЕФ и МОР, због тога што рано почну да раде, 130 милиона деце у свету нема приступ обавезном школовању, 1 милион деце се сваке године прода у робље, а 250 милиона деце ради, мада су млађа од узраста који је конвенцијама МОР предвиђен као услов за безбедан рад (то су, према чл. 7. Конвенције бр. 138. о минималним годинама за запошљавање, најмање 15 година старости, 18 година на опаснијим пословима, а само изузетно 13 година).[36] Поред тога што се ангажују на неодговарајућем узрасту, деца се експлоатишу на разне начине: исплаћивањем нижих зарада, непоштовањем максималног дневног и недељног радног времена, радом ноћу, умањењем годишњих одмора, необезбеђивањем социјалног осигурања и одговарајуће заштите на раду. У Конвенцији бр. 182. о најгорим облицима дечијег рада, коју смо ратификовали, детаљно се набрајају забрањени облици дечијеграда (чл. 3), као што су нпр. сви облици ропства, кметства, принудног и обавезног рада, регрутовања деце за учешће у оружаним сукобима, коришћење, набављање или нуђење деце за производњу порнографског материјала и за друге недозвољене активности, као што је кријумчарење дроге и други рад који је по својој природи и околностима штетан по њихово здравље, безбедност или морал. Закон о раду, у чл. 13. поштује минималне године старости за заснивање радног односа, ус-

[35] У дневној штампи се редовно појављују написи о томе. Видети нпр. наслове „*Ромском децом и женама манипулише нарко-мафија"* и „*Из локала у Новом Саду продаја на Косово па у Македонију",* дневни лист „Глас", 30. 6. 2004, стр. 4-5.

[36] Подаци УНИЦЕФ и МОР за 1999. и 2000. годину. Видети у дневном листу „Блиц, 18. децембар 2001. године, ииздање МОР, *World Labour Rapport,* International Labour Office, 2000, стр. 174.

ловљава рад лица млађих од 18 година сагласношћу родитеља или стараоца и тиме да не угрожава здравље, морал и образовање детета, односно да такав рад није забрањен законом, што се уклапа у поменуте стандарде. У пракси овде није било озбиљнијих проблема, али се у последње време региструје продаја деце, нарочито код сиромашнијих слојева (о чему смо говорили).

4. Укидање дискриминације у вези са радним односом и занимањем – Код нас се генерално уважавају међународни стандарди у вези са недискриминацијом у радном односу. Наша земља је ратификовала најважније документе ОУН и МОР из ове области, као што су поменуте Конвенције бр. 100 и 111. или Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена, из 1979. године (ОУН).[37] Одредбе о недискриминацији заступљене су и у уставним документима, Закону о раду, Закону о запошљавању и многим другим законима.

Ако се анализирају одредбе поменутих прописа, може се закључити да је на плану равноправности грађана учињено доста, али не и довољно. Иако су формално једнаке са другима, многе „осетљиве" социјалне групеу ствари немају одговарајући положај у друштву и у вези са радом (то су нпр. припадници нижих социјалних слојева, инвалиди, жене). Наиме, код оваквих категорија није довољно само прописати једнакост, већ им треба и конкретно помоћи да се изједначе у погледу шанси за нормалан живот и стицање „пристојног посла" (тзв. доцент њорк у стандардима МОР).

Примера ради, и поред остварене еманципације у многим областима, жене и даље имају много више породичних обавеза, теже се запошљавају, ређе долазе у прилику за стручно усавршавање и напредовање, слабије су заступљене на вишим радним местима, често трпе сексуално узнемиравање на радном месту. Да би се то исправило, многе европске државе донеле су посебне законе о једнакости полова.[38] Неке од њих имају и посебан закон који се односи само на радне односе (нпр. Шведска – Закон о једнаким шансама при запослењу, из 1980, Данска, закон сличног назива из 1998). Овакве законе су донеле и све земље у нашем окружењу, осим нас. Ми у ЗОР(део V) имамо посебне главе о заштити жена и омладине, заштити материнства, одсуствима у вези са тиме и заштити од отказа. Априла 2003. године уведено је и кривично дело„сексуално злостављање").[39] У Војводини је установљен специјални „заштитник људских права" – тзв. омбудсман, који има специјалног заменика задуженог за равноправност полова,[40] а у августу ове године донете су и Декларација о равноправ-

[37] Ратификована у: Додатак сл. листа СФРЈ – Међународни уговори, бр. 11/1987. О међународним изворима везани за дискриминацију видети више у нашем раду: „Равноправност жена и мушкараца у области рада",Радно и социјално право, Информатор и Удружење за радно право и социјално осигурање, 2003, бр. 4-7, стр. 101.

[38] У вези са равноправношћу полова као фундаменталном праву у ЕУ видети: *Labour Law in the Courts (National Judges and European Court of Justice),* ed. by Silvana Sciarra, Hart Publishing, Portland, 2001, стр. 31. и 38.

[39] Видети: Кривични закон Републике Србије, 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.

[40] Одлука о покрајинском омбудстману, Сл. лист АП Војводине, бр. 23/2002.

ности полова и Одлука о равноправности полова.[41] Ипак, све се то у пракси показало као недовољно, тако да би ради истинског изједначавања жена и мушкараца у друштву било потребно донети и посебан закон о равноправности полова. Недостају нам и конкретнији прописи којима би се обезбедило „право на социјалну интеграцију" инвалида и других угрожених социјалних група. Иначе, право на социјалну интеграцију хендикепираних лица се предвиђа у Европској социјалној повељи (чл. 15), Савета Европе из 1961. године, организације у чије смо чланство недавно поново ступили.

3.2. Остали међународни стандарди рада

Због недостатка простора, осврнућемо се само на нека од важнијих питања у вези са осталим сегментима међународних стандарда рада МОР.

1. Основна људска права – Наша земља је потписница великог броја међународних докумената којима се уређују људска права, односно социјално-економска права. Међу њима су нарочито значајни акти које је донела Организација уједињених нација (као што су Општа декларација о правима човека, из 1948. године, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима и Међународни пакт о грађанским и политичким правимаиз 1966. године)[42] и МОР (у ту групу докумената се од стране МОР сврставају конвенције и препоруке о праву на организовање и колективно преговарање, затим акти којима се регулишу права представника запослених, принудни рад и једнакост у области запослења).[43] Најважнија права из ових докумената уграђена су у Повељу СЦГ, Устав Србије и законе који регулишу поједине области. Захваљујући томе код нас уставна права представљају: право на рад и слободу рада, право на зараду, слобода привређивања и предузетништва, право на социјалну сигурност, право на заштиту здравља, право на социјално осигурање, право инвалида на посебну заштиту, право на образовање и стручно усавршавање, право на здраве и правичне услове рада, право на једнакост на раду, право на удруживање, колективно преговарање, штрајк, учешће у управљању.[44] Правно стање код ових права је на задовољавајућем нивоу, што се не може рећи и за реално стање (нпр. код права на рад, права на социјалну сигурност, заштиту здравља). Оно је нарочито отежано дугогодишњом економском кризом и недостатком средстава, пошто већина социјално-економских права захтева конкретне државне активности и улагања.

[41] Објављени су у Сл. листу АП Војводине, бр. 14/2004.

[42] Оба пакта су ратификована у већ поменутом службеном листу из 1971. године.

[43] Видети више: *International Labour Standards,* International Labour Office, Geneva, 1990. и A. Wisskirchen, *op. cit*, стр. 80.

[44] У вези са овим видети чл. 13, 32, 40, 41, 42, 43, 45. Повеље СЦГ и чл. 30, 35-40, 44. Устава Србије, као и С. Јашаревић. *Природна йрава из радних односа,* Зборник правног факултета у Новом Саду за 1997, Нови Сад, 1999.

2. Запошљавање – Стандарди МОР у овом домену обухватају документе о минималном узрасту за запошљавање, политици и мерама за подстицање запошљавања, службама за запошљавање, развоју људских ресурса, професионалној рехабилитацији и сигурности запослења. У легислативи у овој области не заостајемо битно за међународним стандардима. Нарочито нови Закон о запошљавању садржи многа напредна решења. Међутим, сектор запошљавања много више зависи од практичних активности, тј. од тзв. активне и пасивне политике запошљавања, у чему смо на самом дну у поређењу са европским земљама, па и државама у транзицији. На то указују и подаци о изузетно великој незапослености (која се званично креће око 1 милион, по чему улазимо у сам светски врх). Запошљавање би морало да у блиској будућности представља државни приоритет. Као што је то одавно запажено (Фурије), без права на рад се већина других људских права заиста своде на ништа.[45]

3. Социјална политика – Најважнији документ МОР о социјалној политици је Конвенција бр. 117 о социјалној политици (основним циљевима и стандардима), из1962. године. То што наша земља овај документ није ратификовала, указује на чињеницу да се социјалној политици код нас не поклања довољно пажње. Заборавља се чињеница да је то уз економску, најзначајнији вид друштвене политике, којим се може утицати на равномеран, социјално праведан и миран развој друштва. Код нас нема краткорочног, ни средњорочног, нити дугорочног социјалног планирања на нивоу државе. Такође, спорадичне мере социјалне политике које се спроводе нису увек довољно усклађене са економском политиком.

На овом плану би ускоро могао да буде направљен одређен помак, пошто је интензивирано формирање социјално-економских савета на свим нивоима у држави (у предузећима, општинама, окрузима, на нивоу Покрајине, републичком нивоу). Ових дана се очекује и доношење посебног закона о социјално-економским саветима. Ова тела, састављена од представника запослених, послодаваца и власти, у западним земљама дају велики допринос усклађивању нормативних и других решења са практичним социјалним потребама и могућностима друштва, тј. представљају један од канала за осмишљавање и усклађивање социјалне политике на разним нивоима.

4. Индустријски односи – МОР у овој групи садржи поменуте конвенције о колективном преговарању, о колективним консултацијама, комуникацијама, сарадњи запослених и послодаваца (партиципацији) и мирном решавању спорова. Од важнијих докумената из те области, наша држава је ратификовала/усвојила једино поменуту Конвенцију бр. 98.[46] То указује је ова област била запостављена у претходној Југославији. Слично је стање и сада, осим када се ради

[45] Видети: Р. Пешић, *Радно право,* Сента, 1979, стр. 197.

[46] О којим се конкретним документима овде ради (то су препоруке МОР бр. 91, 92, 113, 129, 130, 163 и Конвенција 154, видети у: A. Wisskirchen, *op. cit*, стр. 81. или саме документе на интернет адреси МОР: www.ilo.org.

о колективном преговарању где је направљен помак. Остали сегменти индустријских односа се неће моћи још дуго запостављати, зато што без њих нема развоја економске демократије, нити „социјалног мира" који је преко потребан нашој економији.

5. Услови рада – Услови рада представљају централну тему интересовања МОР. О разним аспектима услова рада је донет велики број докумената МОР, којима се уређују: зараде (минимум, одговарајући ниво, гарантоване исплате у случају несолвентности послодавца), радно време (пуно, непуно, прековремени рад), ноћни рад, одмори (у току дана, дневни, недељни, годишњи одмор), рад код куће. Наша земља је прихватила велики број докумената из ове области, захваљујући чему наше законодавство одговара стандардима МОР.

6. Заштита на раду – Од почетка свог постојања МОР поклања изузетну пажњу заштити на раду. Донето је преко 30 докумената о: заштити на раду, службама заштите на раду, повредама на раду и њиховој превенцији, заштити здравља у појединим делатностима, регулисању употребе појединих отровних супстанци (азбест, бели фосфор, антракс, олово, хемикалије), дејству радијације, буке, загађења ваздуха, вибрација, о раку изазваном деловањем услова рада. Наша земља је својевремено прихватила кључне документе о заштити на раду, али у последње време у томе заостаје.Већина новијих конвенција и препорука МОР о заштити на раду није код нас прихваћена, па стога ни уграђена у наше законодавство. Пошто безбедност на раду у Србији последњих година није на завидном нивоу, то би требало да буде један од облика појачаног деловања државе, како би се тако повећала општа лична сигурност грађана.

7. Социјална сигурност – Југославија је 1955. године ратификовала најважнији документ МОР из те области – Конвенцију бр. 102. о минималним стандардима социјалне сигурности, из 1952. године која је утврдила основе за све гране система социјалне сигурности.[47] Мада је већи број осталих докумената МОР о социјалној сигурности остао неусвојен, пошто су у нашем праву испуњени захтеви постављени у Конвенцији 102, наше законодавство одговара стандардима МОР. Ипак, општи ниво социјалне сигурности у Србији је последњих година веома низак. Проблем је хронични недостатак средстава, као и неприлагођеност система социјалног осигурања новим условима. Због тога је реални ниво социјалних бенефиција знатно испод потребног (нпр. ниво услуга и права у области здравствене заштите, пензије, накнаде инвалидима, породичне накнаде и потпоре), односно далеко од сличних давања у европским земљама.

8. Остали стандарди МОР – Што се тиче заштите на раду жена, млађих и старијих запослених, наше законодавство, а примарно ЗОР, уклапа се у правила МОР, пошто смо основна решења из докумената ове организације уградили у наше законодавство. Нема проблема ни са положајем радника миграната, којих иначе код нас има мали број, а ако раде легално, третирају се као и наши

[47] Додатак Сл. листа ФНРЈ, бр. 5/1955.

држављани. Остали раније поменути сегменти међународних стандардакод нас су слабије заступљени пошто су мање бројне и категорије на које се односе. Тамо где их има (поморци, пољопривредни радници) уживају одговарајући ниво посебне заштите.

4. Регулатива Европске Уније и право Србије

Регулатива о радним односима у оквиру ЕУ значајна је за Србију из неколико разлога. Прво, наша земља жели да се придружи овој интеграцији, што значи да ће у тренутку евентуалног ступања у ЕУ морати у потпуности да усклади своје законодавство са њеним. Друго, иако полазе од решења МОР, стандарди ЕУ су нешто виши и модернији, пошто одговарају најбољим решењима из појединих држава чланица. Као такви могу да буду корисна оријентација у даљој изградњи нашег радног и социјалног права. Иначе, ЕУ је у овом сектору донела већи број докумената. Од аката општег карактера битни су Европска повеља о фундаменталним социјалним правима запослених их 1989. године и Повеља о фундаменталним људским правима у ЕУ, из 2000. године. Од конкретних докумената, мањи број чине „регулатионс", што би се у овом случају могло превести као правила. То су акти највише правне снаге у ЕУ, којиаутоматски обавезују све државе чланице (оваквим актом је нпр. уређено питање слободног кретања радника – 1968. године). Већи број питања уређен је директивама (упутство). Оне су акти мањег степена обавезности, тј. не примењују се аутоматски, већ се очекује њихова даља уградња у домаће право (директивама су нпр. уређене следеће теме: распоређивање запослених, рад на одређено време, права у случају трансфера предузећа, једнак третман, породиљско одсуство, радно време, рад са непуним радним временом, безбедност на раду, савети запослених).[48]

Прописи радног и социјалног законодавства Србије за сада нису усаглашени са правом ЕУ. Ипак, извесна усклађеност постоји, пошто се у изградњи оба правна система полази од регулативе МОР. Такође, нека решења из легислативе ЕУ уграђена су у измене Закона о раду које се очекују (нпр. о заштити потраживања у случају промене послодавца, укидању дискриминације, сексуалном узнемиравању, решавању вишка запослених).[49]

[48] О комунитарном праву видети: Erika Szyszczak, EC Labour Law, UK, Essex, 2000; Rodger Blainpain, *European Labour Law,* The Hague – London – Boston, 1999; Brian Bercusson, *European Labour Law,* Butterworths, Toronto, 1996.

[49] У тренутку предаје овог текста поменуте измене нису биле усвојене.

5. Систем социјалне сигурности у Србији

Западањем земље у економску кризу временом је урушена и стабилност система социјалног осигурања. До тога је дошло нарочито зато што су средства из фондова институција социјалног осигуравања ненаменски и нерационално трошена.[50] Крајем деведесетих година прошлог века долази до финансијског колапса система социјалног осигурања, као и система социјалне, борачке и дечије заштите. Данас је стање нешто боље, али држава и даље на овај систем троши сувише велики део средстава, уместо да се самофинансира из доприноса. Примера ради, у овом тренутку држава дотира фондовима пензијског осигурања око 1/3 средстава за пензије, што је у 2003. години износило 1 милион Евра. Због хроничног недостатка средстава је драстично опао квалитет услуга које пружају све бранше система социјалне сигурности. Тиме су постепено видно нарушени здравствено стање, стандард и социјална сигурност великог дела становништва, што наравно, не погодује развоју социјално-правне државе.

Увиђајући овакве проблеме, још почетком деведесетих година прошлог века код нас је започета реформа система социјалног осигурања која није успешно завршена до данас. Циљ реформе је примарно била финансијско оздрављење и стабилизација фондова социјалног осигурања, кроз свођење права у реалније оквире, јачање везе између доприноса осигураника и нивоа права, уз пооштравање услова за остваривање бенефиција. На тој основи почивају сви наши новији прописи из области система социјалне сигурности.

Поред тога, предстоји и делимична приватизација свих видова социјалног осигурања. Делимичном приватизацијом социјалног осигурања дошло би до растерећења државе, чиме би себи се ослободила огромна сума коју наша држава већ годинама дотира за пензије и друге гране социјалног осигурања. Та средства би могла да буду много продуктивније уложена, нпр. за отварање нових радних места. У прилог приватизације социјалног осигурања говори и сумња да су држава, односно парадржавне институције социјалног осигурања, у стању да обезбеде рационално коришћење прикупљених средстава од доприноса за социјално осигурање.

6. Историјски преглед

Након I српског устанка, када се формирала модерна држава Србија, односи у раду били су на преткапиталистичком нивоу, тако да скоро да није било радних односа у данашњем смислу речи. Такви односи постојали су у државној администрацији и јавним службама, и малим делом у занатском сектору.

[50] О томе видети више: В. Голубовић, *Финансирање пензијског и инвалидског осигурања,* Нови Сад, 2002, стр. 68.

У тим делатностима се и јављају први облици радноправне заштите запослених, као и зачеци социјалног осигурања (године 1841. доноси се Уредба о пензијама чиновника, а 14. августа 1847. Уредба о еснафима). Током XIX века било је још сличних прописа, из којих се може закључити да је улога државе у обезбеђењу социјално-правне сигурности малобројних запослених и њихових породица била на елементарном нивоу. Због тога је у то време у Србији била веома развијена појава оснивања друштава за узајамно помагање и самопомоћ.

Велики искораци направљени су почетком XX века, када се доноси, за то време изузетно напредан, Закон о радњама, од 29. јуна 1910. Њиме се у домену радних односа предвиђа низ позитивних новина, између осталог: ограничење радног времена, дозвољава се синдикално организовање, штрајк, уводе се привредни инспектори (данашња инспекција рада) и специјализовани радни судови – тзв. судови добрих људи у којима су били заступљени представници запослених и послодаваца (такве судове данас немамо, мада су образовани у већини европских земаља).[51] Уводи се и обавезно социјално осигурање за случај болести и повреде, а добровољно за случај „изнемоглости", старости и смрти.[52] Тиме се тадашња Србија сврстала у ред потенцијалних „социјалних" држава из перспективе тог времена. Ипак, испоставило се да ни друштво, ни држава, нису били зрели за такве прописе, те због недостатка воље, касније и рата, систем није заживео.

Радно и социјално законодавство у нивоу тада најразвијених земаља било је донето и у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца (касније Краљевини Југославији), одмах после I светског рата. Прво се, 1921. доноси Закон о инспекцији рада, а затим 1922. године, Закон о заштити радника и Закон о осигурању радника. Закон о заштити радника садржао је многа чак и данас примењива решења (нпр. предвиђало се ограничено радно време, право на синдикално организовање, колективно преговарање, радничке коморе, раднички повереници, а индиректно и право на штрајк). Закон о осигурању предвидео је увођење као обавезних свих данашњих видова социјалног осигурања (здравствено, пензијско и инвалидско, осигурање за случај незапослености). Међутим, опет се јавља проблем, што ови и неки каснији прописи, никада нису до краја примењени. Уз толеранцију државе масовно су кршене одредбе о ограничењу радног времена, заштити на раду, зараде су биле испод нивоа егзистенције. Од свих видова социјалног осигурања једино су осигурање за случај болести и повреде на раду, односно пензијско осигурање, делимично функционисали.[53]

Ову слабост, да се доносе напредни прописи, без озбиљне намере да буду доследно примењени, наследиће делом и „социјалистичка" Југославија. Ипак,

[51] Априла 16. 1912. године донета је и Уредба о суду добрих људи, у којој је детаљније уређен рад ових судова.

[52] О овоме видети више: Р. Пешић, *Настанак и развој социјалног осигурања у Југославији*, Београд, 1957; Д. Вуковић, *Социјално обезбеђење,* Краљево, 1994; С. Јашаревић, *International Encyclopaedia of Laws, Social Security Law Serbia and Montenegro,* Kluwer Law International, The Hague/London/New Yourk, 2004, стр. 15.

[53] Кажемо делимично, јер многи ризици и категорије лица остајали непокривени. Нпр. у пензијском осигурању се дешавало да радник, због тога што је стаж навршавао код више послодаваца, односно уплаћивао код више носилаца осигурања, на крају уопште не оствари право на пензију.

може се рећи да су у тој држави социјална сигурност и сигурност запослења били једно време на завидном нивоу, али не и радна дисциплина, као ни савесност субјеката приликом остваривања права из социјалног осигурања. Све то помогло је да дође до пропадања економије и фондова социјалног осигурања.

Ако се има у виду ефикасност данашњег радног и социјалног законодавства, може се запазити да проблем непоштовања или боље речено, недоследног поштовања закона у Србији и данас постоји. Очигледно је да та појава представља општу одлику менталитета, чиме се константно урушава правни систем и функционисање правне државе. Системом образовања морало би се утицати на менталитет становништва, како би се изградила „култура поштовања прописа". Тек тада ће држава, уз одређене економске предуслове, моћи становништву да обезбеди већи степен социјало-правне сигурности.

7. Закључак

Правна држава није само држава која поседује одређене правне и политичке квалитете, већ има изражену и социјалну, економску и етичку компоненту. Та компонента намеће трансформацију појма класичне правне државе, у „социјално-правну државу". Социјална држава се базира на социјално-правној сигурности, коју треба изградити реализацијом социјално-економских права грађана (као што су право на рад, синдикално организовање, колективно преговарање, право на праведне и безбедне услове рада). Ова права се великим делом изграђују у области радног и социјалног права, због чега те гране права чине битне претпоставке правне државе.

Радно и социјално право сваке земље носе печат друштвено-економских околности. Те околности су у Србији у овом тренутку веома неповољне, због укупне, друштвене, културне и економске кризе. Иако су наше радно и социјално право у великој мери прилагођени међународним стандардима рада, због насталих промена у нашем друштву, мора доћи до њихове реформе и прилагођавања новим околностима. Доградња права мора бити извршена у два правца. Први је – правно-техничко побољшање правног система, који пати од нестабилности, непрецизности, недостатка системске усклађености и нееластичности. Други корак је прилагођавање права условима деловања у глобализованој тржишној економији. У данашњим околностима радно право би требало да постане флексибилније, при чему се не сме запоставити правна сигурност запослених и њихових породица јер економски развој сам за себе нема смисла. Социјално право би требало да се реформише у правцу финансијске стабилизације система социјалног осигурања, како би се грађани у систем обезбеђења социјалне сигурности могли трајно поуздати.

Ако се историјски посматра квалитет радног и социјалног права у Србији, може се запазити да је још у раној фази развоја наше право пратило светске трендове, али је због одлика менталитета увек било недоследно поштовано. Увођење „културе поштовања закона" би требало да буде један од важнијих корака ка изградњи правне државе на нашем простору.

Senad Jašarević Ph. D., Docent (Assistant professor)
Novi Sad School of Law

Labor and social law framework of Serbia as a state of law

Abstract

Apart from the legal and political ones, a state of law possesses a strong social, economical and ethical component as well. Therefore, the notion of „social state of law" has been introduced recently. Such a state is based upon social and legal certainty, which is exercised through social and economic rights of citizens (such as the right to labor, to syndicate, to collective bargaining and to just and safe work environment). Those rights are primarily constructed within the field of labor and social law, which makes the fields a prerequisite for a state of law.

Legal and technical analyses of Serbian labor and social law show that our legal system suffers from instability, imprecision, inelasticity and that it lacks a systematic harmonization.

Analysis of Serbian law includes in particular a check of its harmonization with the international labor standards set by the International Labor Organization. The analysis shows that basic harmonization of Serbian law with the ILO standards has been performed, but that there are however certain gaps, which need to be covered. The law needs to be adjusted to the new conditions of acting within global market economy. Labor law should become much more flexible, whereas it may not neglect social certainty of employees. Social law should be aimed at revitalization and financial stabilization of the social security system.

Historical analysis of Serbian labor and social law reveals that it has never been applied consistently. Therefore it is necessary that a „culture of obedience of law" is developed .

УДК 347.725 : 347.74
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 369-388

Др Зоран Арсић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

УГОВОРИ О ВРШЕЊУ ПРАВА ГЛАСА

Сажетак: *Право гласа је право да се изјавом воље учествује у настанку скупштинске одлуке. Треба указати да се разликује право учешћа у скупштини од права гласа и да се регулатива која се односи на право гласа, начелно, не односи на право учешћа у скупштини. Право на учешће у скупштини је чланско право и то такво право које се, начелно, не може одузети. Оно није саставни део права гласа, него се у односу на њега јавља као посебно управљачко право. Право гласа се врши кроз изјаву воље којом се акционар, у погледу установљеног предлога, слаже, не слаже или уздржава. Треба напоменути да уздржавање не претставља давање гласа.*

Вршење права гласа је, начелно, слободно. Ипак, постоје одређена ограничења. Осим акцијскоправних ограничења, могућа су и облигационо правна ограничења. У том смислу се говори о уговорима о вршењу права гласа. Акционар се облигационим уговором може обавезати да своје право гласа врши на одређени начин, или да га не врши. Друга уговорна страна може бити акционар, или треће лице. Ако је уговор закључен између акционара, тада се ради о pool-у. Према постојећем ставу у судској пракси, националним законодавствима и теорији, оваква уговорна обавезивања, и када садрже уговорну казну, су пуноважна. У том смислу се указује да такви уговори не повређују основе акцијског права, а посебно нису у супротности са аутономијом друштва. Осим тога, наглашава се да овакви уговори нису у супротности са принципом да свака акција даје право гласа, будући да се овде ради о облигационој вези и да њихова пуноважност не утиче на дејство права гласа. Начелно, такви уговори нису у супротности ни са добрим обичајима. Уговори о вршењу права гласа су облигационог карактера, а не организационо правне природе. Директна последица тога је да такви уговори не остварују никакво дејство према трећим лицима, због чега је давање гласачке изјаве противно уговору пуноважно. Када је правна природа уговора о вршењу права

гласа у питању, треба нагласити да је она различита. Као што смо већ указали, уговор о pool-у, односно конзорцијумску уговор о вршењу права гласа, представља грађанскоправни ортаклук. У оквирима кредитних аранжмана, овакви уговори се означавају као споредни договори о обезбеђењу чинидбе. Коначно, треба имати у виду и то да ови уговори излазе из уговора о налогу.

Кључне речи: *акција, право гласа и уговори.*

Право гласа је право да се изјавом воље учествује у настанку скупштинске одлуке.[1] Право гласа акционара се може одредити у ужем и ширем смислу. У ужем смислу право гласа преставља право гласања тј. давања гласачке изјаве у скупштини, као органу на којем се формира воља акционарског друштва као правног лица. Право гласа јасно имплицира, осим гласања у скупштини, и право присуства скупштини, као и учешће у расправи појединих питања, која су на дневном реду скупштине, што преставља право гласа у ширем смислу.[2] Насупрот овоме постоји став према којем треба разликовати право гласа од права на учествовање на скупштине, о чему ће доцније бити речи.

Начелно посматрано свака акција даје право гласа. У том огледу установљен је један изузетак акције без права гласа. Негативно одређење нема права гласа без акције важи без изузетка. Ово је последица начела недељивости акције (забрана дељења акције). Није, зато, могуће извршити пренос само права гласа на лице које није стекло акцију. Од тога треба разликовати уговорно обавезивање на вршење права гласа на одређени начин, што је, начелно, допуштено и о чему ће доцније бити виче речи.

Треба указати да се разликује право учешћа у скупштини од права гласа и да се регулатива која се односи на право гласа, начелно, не односи на право учешћа у скупштини.[3] Право на учешће у скупштини је чланско право и то такво право које се, начелно, не може одузети.[4] Оно није саставни део права гласа, него се у односу на њега јавља као посебно управљачко право. Овом праву одговара обавеза скупштине да саслуша лице које је овлашћено да присуствује скупштини. Законом није утврђена садржина права учешћа. Ипак, ради разјашњења, треба сматрати да оно обухвата право на присуство, као и право на учешће у расправи (дискусији).

С обзиром на, у литератури спомињану, сличност између државне организације и акционарског друштва, указујемо на однос између права гласа акционара и политичког права гласа.[5] На првом месту указује се на немогућност промета политичког права гласа, насупрот постојању промета гласова акционара, заједно са осталим правима које имају. Надаље, са неким изузецима, не

[1] Bezzenberger Tilman, *Vorzugsaktien ohne Stummrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 1991, стр. 87

[2] Van Ryn J., *op. cit*., стр.96

[3] Gadow, Aktiengesetz, *Band 1*, Berlin 1961, str.809; Тако и Hüffer Uwe, *Aktiengesetz*, München 1999, стр. 645.

[4] Gadow, *op. cit*., стр. 700; Würdinger H., *op. cit*., стр. 128

[5] Manne Henry, *Some Theoretical Aspects of Share Voting*,

постоји конфликт интереса између акционара, као титуларима права гласа.[6] Ова истоветност интереса акционара је оно што оштро разликује политику корпорације од политике државе.

Важност права гласа се заснива на чињеници да ниједан правни систем не дозвољава акционарима директни утицај на вођење послова акционарског друштва. Они могућност утицаја на вођење послова остварују на скупштини, првенствено, гласањем о одређеним питањима. Утврђивање права гласа у ширем смислу је значајно због одредбе чл. 59 Закона о предузећима, где се предвиђа да нека права у управљању, у складу са уговором, могу имати и повериоци. У упоредном праву оваква могућност се, првенствено, предвиђа за имаоце обвезница, с обзиром на могућност наступања сукоба интереса ималаца обвезница и акционара. Нека национална права, у том смислу, дозвољавају имаоцима обвезница присуство на скупштини у консултативном статусу, а изузетно и право одлучивања гласањем.

Уобичајени начин утврђивања титулара права гласа у упоредном праву је да се право гласа утврђује по принципу да једна акција даје право на један глас. Ово важи само начелно. с обзиром на модификације о којима ће доцније бити речи. Имајући у виду да право гласа припада акционару поставља се питање утврђивања статуса акционара. У том погледу треба правити разлику између положаја имаоца акције на име од положаја имаоца акције на доносиоца.

За статус акционара у погледу акција на име од значаја је књига акција. Акционаром се, код акција на име, сматра онај ко је као акционар уписан у књигу акција. Ово решење је, у принципу, јасно. Поставља се, међутим, питање у ситуацијама када дође до преноса акција на име, али тај пренос не буде регистрован у књизи акција. У упоредном праву су позната решења по којима се утврђује временски период пре одржавања скупштине у коме се неће вршити упис у књигу акција. Тиме се акционарима омогућава да утврде могућност гласања на скупштини, с обзиром на извршени промет акција на име. Решење из Закона о предузећима је јасно нерегистровани промет акција на име није релевантан за право гласа. Акционаром се сматра онај ко је као такав уписан у књигу акција. Овакво решење може довести до спорних ситуација. с обзиром да уписивање новог акционара у књигу акција не зависи искључиво од новог власника акција. Сматрамо да нема сметњи да се у позиву за скупштину, на основу општих аката друштва, утврди датум до којег се врши упис у књигу акција, чиме би се купцима акција на име, у великој мери, отклониле дилеме да ли имају право гласа на тој скупштини или не.

У погледу акција на доносиоца ситуација је јаснија. Законом о предузећима је усвојено решење по којем се од њих тражи депоновање акција, што је последица начина преноса тих акција. Ову могућност треба, на основу ст. 5 чл. 250 предвидети статутом друштва. У одсуству такве статутарне одредбе довољна би била презентација такве акције да би се неко лице сматрало акционаром.

[6] Ово не важи за случај постојања више класа акција.

Споменута решења Закона о предузећима се напуштају доношењем Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. Овим законом се напуштају акције на доносиоца и појам „папирних" хартија од вредности. У правни систем се уноси и Централни регистар хартија од вредности, који дерогира књигу акција.

Законом о предузећима је предвиђен, као основни принцип, пропорционални систем права гласа. У чл. 221 је предвиђено да свака акција даје право гласа сразмерно номиналној вредности. У општем делу Закона (чл. 58) да предузећем управљају власници, односно представници власника сразмерно уделима и акцијама, ако законом није другачије прописано. Основни разлог за широку распрострањеност пропорционалног система (често се назива „једна акција – један глас") лежи у томе да се могућност доношења одлука везује за меру инвестиционог интереса појединог акционара.[7] Насупрот томе, као средство за спречавање преузимања контроле над друштвом, дошло је до појаве непропорционалног система, који преставља изузетак и изазива теоретске и практичне контраверзе.[8] Законом о предузећима је предвиђена изричита забрана непропорционалног система. Према чл. 221 ст. 3 је забрањено издавање акција које би уз исти номинални износ давале различит број гласова. Исти удео, дакле, не може бити праћен различитим бројем гласова. Потребно је указати на питање постојања акција са различитим номиналним износима. У таквим ситуацијама акција са најмањим номиналним износом треба да има један глас. Тако на пр. ако постоје акције са номиналама од 300 и 1000, акција са номиналом вредношћу од 300 имаће један глас, а акција са номиналом од 1000 имаће 3 и 1/3 гласа. Могуће је и да акција са номиналом 300 има три гласа, када ће акција са номиналом 1000 имати 10 гласова.[9] Важно је, дакле, да односи одговарају номиналним износима. Свакако је препоручљиво, у случају акција са различитим номиналним износима, утврдити такве номинале које поједностављују поступак ако акција номинале 100 има један глас, акција са номиналом 200 требала би да има два гласа.

Посебно питање представља могућност нејединственог вршења права гласа од стране акционара који има више акција. Према старијем схватању, заступљеном у судској пракси (немачкој), разумно понашање акционара са више акција претпоставља и јединствено вршење права гласа по свим акцијама које има и у том смислу се давала судска заштита одговарајућим одредбама статута.[10] Насупрот томе, према новијој концепцији, која се данас сматра владајућом, акционар има право да нејединствено врши право гласа по различитим акцијама које има. Нејединствено гласање се заснива на томе да ово право није

[7] Cheung C.S., Gia C.J., *Controlling Opportunistic Behaviour in Corporate Governance*, The Role of Disproportinate Voting Shares and Coat-Tail Provisions, Journal of Institutional and Theoretical Economies 3/1989, стр. 438-439

[8] Ibidem

[9] Пример наведен према Gadow, *op. cit.*, стр. 792

[10] Према Gadow, *op. cit.*, стр. 793

везано за личност, него за преносиво чланство. Слобода преносивости претпоставља да свако од њих представља самостално чланско место више чланстава се не повезују услед тога што је њихов субјект исти.[11]

У погледу случаја да акционар има једну акцију са више гласова истиче се да нема разлога различито третирати акционара са једном акцијом номинале 2000, која даје право на два гласа, од акционара са две акције номинале 1000 које свака даје право на један глас.[12] Ипак, сматрамо да треба имати у виду да се у другом случају ради о два чланска односа, док у првом случају постоји само један. Тим пре, што остаје могућност да акционар тражи поделу акције две акције са номиналом од 1000, ако жели да нејединствено врши право гласа. У том смислу се и истиче да акционар са једном акцијом не може да гласа другачије него јединствено.[13] То значи да он све гласове по тој акцији мора да користи на јединствен начин – за гласање за или за гласање против, или да буде уздржан. Није, дакле, могуће ни да акционар користи само део гласова по једној акцији, будући да би и тако нејединствено гласао.

У погледу начина вршења права гласа Законом о предузећима је предвиђено да се он утврђује пословником скупштине (чл. 258 ст. 6). У погледу права гласа у ужем смислу, предвиђено је, као принцип, јавно гласање. Одступања постоје у случају гласања о избору и опозиву чланова органа акционарског друштва, када скупштина може одлучивати тајним гласањем. Тајно гласање о појединим питањима могу тражити и акционари са најмање десетином основног капитала друштва. (чл. 257). У чл. 258 ст. 4 је предвиђено да одсутни акционар може да гласа и писмено, на начин предвиђен статутом. У том случају он би морао да има заступника, који присуствује скупштини, и који би предао писмено са гласачком изјавом одсутног акционара. Начин гласања је регулисан у чл. 300 Нацрта Закона о привредним друштвима:

Начин гласања

(1) Гласање на скупштини акционара је тајно путем гласачких листића прилагођених потреби компјутерске обраде у следећим случајевима:
   1) ако акционарско друштво има више од 100 акционара,
   2) код избора или разрешења директора, независног ревизора, ликвидатора, и
   3) када то захтевају акционари са најмање 20% присутних или заступаних акција са правом гласа по одређеном питању.

(2) Гласање на скупштини акционара у случајевима који нису обухваћени одредбом става 1. овог члана друштва врши се јавно подизањем руке или другим јавним поступком.

(3) Гласачки листић у сваком случају садржи:

[11] Böckli Peter, *Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvetreter*, Basel 1961, стр. 28 -29

[12] Gadow, *op. cit.*, стр. 794

[13] Böckli P., *op. cit.*, стр. 27

1) пословно име друштва, датум и време одржавања скупштине,
2) питања о којима се гласа по редоследу из дневног реда,
3) одредбу о гласању „за", „против" или „уздржан" о сваком питању,
4) у случају гласања за директоре име сваког кандидата и назив органа у који се бира.

(4) У случају гласања путем гласачких листића:
1) глас о другим питањима осим избора органа друштва рачуна се само ако акционар назначи једну од три могуће опције у ставу 3. тачка 3. овог члана,
2) глас о избору или разрешењу директора без кумулативног гласања у складу с одредбом члана 312. став 2. овог закона рачуна се само ако акционар гласа за број кандидата који не прелази укупан број чланова који се бира, и
3) глас о избору или разрешењу директора са кумулативним гласањем рачуна се само ако акционаров укупан број гласова за све кандидате не пређе укупан број гласова које има тај акционар.

(5) Ако гласачки листић садржи више питања о којима се гласа, непуноважност гласања по једном питању не утиче на пуноважност гласања по другим питањима.

Као што се види и у Нацрту Закона о привредним друштвима је, као основни принцип, предвиђено јавно гласање. Изузетно предвиђене су ситуације када је тајно гласање обавезно, зависно од броја акционара, питања о којем се одлучује, као и вршења мањинског права.

Право гласа се врши кроз изјаву воље којом се акционар, у погледу установљеног предлога, слаже, не слаже или уздржава. Треба напоменути да уздржавање не претставља давање гласа.[14] Изјава лица овлашћеног за гласање да не жели да учествује у гласању, правно посматрано, представља уздржавање од гласања. Гласачка изјава је изјава воље чијим давањем се учествује у формирању за друштво релевантне воље скупштине.Ово се односи како на гласање за, тако и на гласање против и уздржавање од гласања.[15] Гласачка изјава као изјава воље мора стићи председнику скупштине. Од то тренутка она је обавезујућа. Одсуство дејства гласачке изјаве није спојиво са доношењем одлуке и њеним објављивањем од стране председника скупштине.[16] Зато је гласачка изјава безусловна. Мане воље имају за последицу рушљивост гласачке изјаве као изјаве воље. Ово за последицу има стање као да гласачка изјава није ни дата (аналогна примена чл. 113 Закона о облигационим односима). Гласачка изјава као изјава воље је „други правни посао" у смислу чл. 25 ст. 3 Закона о облигационим односима и на њега се сходно примењују правила за уговоре. Уко-

[14] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band I, стр. 313

[15] Huffer U., *op. cit*., стр. 645

[16] Würdinger H., *op. cit*., стр. 66

лико тиме није нарушена потребна већина за доношења одлуке, рушљивост гласачке изјаве нема практични значај, будући да одлука нема уговорни карактер. У супротном се на основу поништаја гласачке изјаве може тражити утврђивање ништавости скупштинске одлуке.[17]

Право гласа се може вршити и преко пуномоћника (ст. 1 чл. 258). У том погледу неопходне су две ствари облигациони однос између акционара и заступника (уговор о налогу), на основу којег је заступник овлашћен и обавезан да делује за заступаног акционара на утврђени начин и да предузима све радње које су неопходне у вези са давањем гласа. Осим тога потребна је и пуномоћ, која представља једнострану изјаву воље.

Заступник може да врши право гласа акционара само ако акционар може да врши своје право.

Статутом се не може искључити право акционара да буде заступан од стране пуномоћника. Ово важи како у погледу једне акције, тако и у погледу дела акција које један акционар има, при чему би он лично вршио право по основу преосталих акција. Није, међутим, могуће да право гласа по једној акцији буде вршено истовремено од стране акционара и заступника.[18]

Заступник може пренети своје овлашћење само ако му је то уговором са акционаром допуштено (чл. 86 Закона о облигационим односима). Изузетно, пренос овлашћења је могућ на основу самосталне одлуке, ако је спречен да вршење права гласа лично обави, а интереси акционара захтевају да то неодложно буде учињено (на основу чл. 86 ст. 2 Закона о облигационим односима).

У погледу пуномоћника од значаја је и питање ко може бити пуномоћник. Законом о предузећима је предвиђено да се као пуномоћник не може јавити лице које је члан управе, надзорног одбора и извршног одбора директора. Разлог томе је потенцијални сукоб интереса пуномоћника и акционара. Ова забрана је императивне природе и не може се искључити статутом.Осим овог законског ограничења, сматрамо да нема препрека да се статутом друштва предвиде и додатна ограничења у том погледу на пр. држављанство пуномоћника. Посебно је могуће статутом предвидети да заступник може бити само акционар. Према општем мишљењу ово, међутим важи само начелно.Указује се да би овакву одредбу статута требало видети као недопуштену, ако би се њоме отежало заступање акционара. Такво једно отежање се у судској пракси (немачкој) видело када су акције у рукама малог броја акционара[19] Према супротном гледишту овакво решење у статуту би било недопуштено и само по изузетку би требало да буде прихваћено и то у случају када се тражи сагласност друштва за пренос акција.[20] Као што се види, заступање акционара на скупштини се статутом може ограничити, али се не може искључити.[21] У случају да

[17] Види Wurdinger H., *op. cit*., стр. 66; Huffer U., *op. cit*., стр. 645

[18] Годин Wilhelmi, *op. cit*., стр. 735

[19] Тако Gadow, *op. cit*., стр. 797

[20] Према Huffer U., *op. cit*., стр. 657

[21] Würdinger H., *op. cit*., стр. 68

је акционар и заступник другог акционара не мора да гласа јединствено по својим акцијама и акцијама акционара кога заступа.[22]

Осим пуномоћника могу се јавити и законски заступници акционара, То су родитељи у погледу малолетне деце, када је у питању физичко лице, као и директор у случају да је акционар друго предузеће, стечајни управник, извршилац тестамента. Њихово иступање се не заснива на пуномоћи, него на правном положају.

Као што је недопуштено статутарно искључење права акционара да врши право гласа преко заступника, тако је недопуштено и да се статутом утврди обавезно заступање акционара. Тиме би се искључило право на лично вршење права гласа.[23] Законом је, међутим, могуће утврдити обавезно заступање акционара правна заједница на акцији (акција са више власника чл. 234).

Ако статутом није искључено, акционар може дати заједничко пуномоћје већем броју заступника. Ово је допуштено по општим прописима и нема разлога да не буде прихваћено и у акцијском праву. Претходна излагања о неједнаком вршењу права гласа од стране акционара који има више акција, јасно указују да је допуштено да акционар да пуномоћје различитим лицима у погледу различитих акција које му припадају. Они могу да врше право гласа на различит начин. Отворено је питање једне акције. Није спорно да акционар и у том случају може дати заједничко пуномоћје већем броју заступника. Сматрамо да давање више појединачних пуномоћја по једној акцији није могуће. С једне стране, то није противно природи заступништва, али сматрамо да је, у погледу акцијског права, искључено према чл. 234 ст. 2. Ово зато што и када постоји више лица који чине правну заједницу на акцији, право је могуће вршити само преко заједничког пуномоћника.[24] Овоме треба додати да би се тако право гласа вишеструко користило.[25] У погледу ових питања Нацрт закона о привредним друштвима предвиђа решење које се заснива на томе да акционар може да има само једног пуномоћника.

Врста пуномоћја је без значаја. Прихватљиви су и прокура, опште пуномоћје, као и посебно пуномоћје, које по свом садржају обухвата вршење права гласа у скупштини. Када се ради о општем пуномоћју или прокури није потребно и посебно пуномоћје за вршење права гласа.[26]

Законом није утврђена обавезна форма пуномоћја, за разлику од националних законодавстава која утврђују обавезну писмену форму. Према општим прописима форма пуномоћја је везана за форму правног посла, за чије се предузимање пуномоћ даје (чл. 90 Закона о облигационим односима). Будући да није могуће унапред са сигурношћу утврдити како ће се давати гласачка изјава, целисходно је давање писмене пуномоћи.

[22] Böckli, P., *op. cit*., стр. 27

[23] Gadow, *op. cit*., стр. 797

[24] Слично за немачко право Godin Wilhelmi, *op. cit*., стр. 735

[25] Gessler E., Hefermehl W., Eckardt U., Kropf B., *op. cit*., стр. 313

[26] Godin Wilhelmi, *op. cit*., стр. 736

Пуномоћје се даје, по правилу, за једну скупштину, а важи и за поновљену скупштину.

На опозив пуномоћја се примењују општи прописи. На основу чл. 92 Закона о облигационим односима властодавац се не може одрећи права на опозив пуномоћја и то може учинити изјавом без посебне форме. Изјава о опозиву мора бити упућена председнику скупштине.[27] Изјава о опозиву се не упућује директору, будући да се не ради о односу према друштву, него о односу унутар друштва тј. о начину вршења чланског права акционара у скупштини. Гласање ће бити пуноважно ако друштво није знало, нити је морало знати да је пуномоћ опозвана (применом чл. 93 ст. 1 Закона о облигационим односима). У погледу опозива пуномоћја Нацртом Закона о привредним друштвима предвиђа да се оно може опозвати у свако доба пре гласања. С обзиром да пуномоћје мора бити у писаној форми и опозив мора бити извршен у истој форми. С обзиром да се пуномоћ може дати и у електронској форми (*e mail*), сматрамо да је и опозив могућ на исти начин. Предвиђено је да се опозив „доставља акционарском друштву", што изазива дилеме, с обзиром на ранија излагања. Предвиђена је и могућност конкулдентног опозива пуномоћја, тако што акционар присуствује и гласа на скупштини.

Пуномоћје даје акционар, што, у случају акција на име, не изазива проблеме, с обзиром на књигу акција. Када су у питању акције на доносиоца, и на овом месту, указујемо на значај статутарне могућности којом се тражи депоновање тих акција, као услов за учешће на скупштини. Заступање акционара (директно у име и за рачун акционара) са акцијама на доносиоца се одвија тако што се изврши депоновање тих акција код друштва на име акционара и потом постави пуномоћник.[28] Ови проблеми ће бити превазиђени, будући да се новим прописима не предвиђа постојање акција на доносиоца.

Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената је предвиђено постојање заступничке изјаве. На овом месту указаћемо само на законско решење, без његове дубље елаборације. У чл. 66 је предвиђено да је акционарско друштво дужно да уз позив за одржавање скупштине достави обавештење о праву акционара да именују заступника и образац заступничке изјаве. У погледу ове обавезе постоји изузетак ако акционарско друштво има мање од 15 акционара, или је давање заступничке изјаве искључено оснивачким актом или статутом. Заступнике акционара са правом гласа утврђује скупштина на предлог управе тог друштва или његових акционара. Комисија за хартије од вредности утврђује облик и садржину заступничке изјаве и доноси решење о одобрењу те изјаве. Напомињемо да оваква формулације изазива многобројне недоумице, али њихово излагање превазилази оквире овог рада.

У погледу односа акционара и пуномоћника од значаја су одредбе Закона о предузећима, којима се регулишу обавезе, у погледу утврђивања става

[27] Тако Gadow, *op. cit.*, стр. 797

[28] Тако и Böcki P., *op. cit.*, стр. 166

за гласање на скупштини оних лица која заступају акционаре пуномоћника и депозитара (чл. 253 ст. 2 и 3).

Уговори о вршењу права гласа нису посебно регулисани у Закону о предузећима, За разлику од тога земље у окружењу садрже одговарајућу регулативу у статусним прописима словеначки Закон о господарских дружбах (чл. 299 ст. 2), хрватски Закон о трговачким друштвима (чл. 293 ст. 2). Оба закона садрже исти приступ овом питању. Треба, такође, имати у виду да се ова решења, будући да су присутна и шире у упоредном праву, узимају у разматрање приликом израде Закона о привредним друштвима Србије, који треба да замени Закон о предузећима.

Вршење права гласа је, начелно, слободно. Ипак, постоје одређена ограничења. Осим акцијскоправних ограничења, могућа су и облигационо правна ограничења. У том смислу се говори о уговорима о вршењу права гласа.

1. Појам уговора о вршењу права гласа

Акционар се облигационим уговором може обавезати да своје право гласа врши на одређени начин, или да га не врши. Друга уговорна страна може бити акционар, или треће лице. Ако је уговор закључен између акционара, тада се ради о *pool*-у. Према постојећем ставу у судској пракси, националним законодавствима и теорији, оваква уговорна обавезивања, и када садрже уговорну казну, су пуноважна. У том смислу се указује да такви уговори не повређују основе акцијског права, а посебно нису у супротности са аутономијом друштва.[29] Осим тога, наглашава се да овакви уговори нису у супротности са принципом да свака акција даје право гласа, будући да се овде ради о облигационој вези и да њихова пуноважност не утиче на дејство права гласа.[30] Начелно, такви уговори нису у супротности ни са добрим обичајима.[31]

Када су у питању уговори о *pool*-у треба имати у виду да се он, као што смо указали, закључује између акционара, а појединачни акционар се обавезује да своје право гласа на скупштини врши на начин који се утврди већина акционара који су укључени у *pool*. У том смислу се истиче да постоји ортаклук грађанског права у оквиру којег овлашћеници закључују о начину вршења права гласа.[32]

Као што смо указали, уговор може бити закључен између акционара, као и између акционара и неакционара. Прави случај није споран и такви уговори се према владајућем мишљењу сматрају допуштеним. Када је у питању уговор закључен између акционара и неакционара, треба нагласити да се и

[29] Würdinger Hans, Aktien – und Konzern Recht, Karlsuhe, 1973, стр. 68

[30] Gadow, Aktiengesetz, *Band I*, Berlin 1961, стр. 808-809

[31] Ibidem

[32] Würdinger H., *op. cit*., стр. 68

такви уговори сматрају допуштеним, али се указује и на недостатке таквог приступа. На првом месту, таквим уговором се, у одређеној мери, нарушава принцип да се право гласа везује за акцију, односно представља од ње неодвојиви део. Друго, таквим уговорима се раскида неопходно јединство које постоји између вршења права гласа и обавезе лојалности акционара према друштву.[33]

Уговори о вршењу права гласа су, као што смо већ нагласили, облигационог карактера, а не организационо правне природе. Директна последица тога је да такви уговори не остварују никакво дејство према трећим лицима, због чега је давање гласачке изјаве противно уговору пуноважно. Када је правна природа уговора о вршењу права гласа у питању, треба нагласити да је она различита. Као што смо већ указали, уговор о *pool*-у, односно конзорцијумску уговор о вршењу права гласа, представља грађанскоправни ортаклук. У оквирима кредитних аранжмана, овакви уговори се означавају као споредни договори о обезбеђењу чинидбе. Коначно, указује се и на то да ови уговори излазе из уговора о налогу.[34]

2. Разграничења према неким сличним уговорним обавезивањима

Као уговор о вршењу права гласа не треба сматрати такав уговор којим се акционар обавезао да одржава одређено стање друштва. То се првенствено односи на једноперсонална друштва. У таквом случају основ повезивања и обавезивања није вршење права гласа на одређени начин, него остваривање одређене последице (на пр. опстанак друштва као једноперсоналног), независно од начина на који се то остварује.[35]

Поставља се питање да ли су у домаћем праву допуштени уговори о вршењу права гласа уз накнаду („куповина гласова"). За разлику од неких других националних права (на пр. немачког), у домаћем праву не постоји нормативни основ, који би омогућавао да се такви уговори третирају као недопуштени.

3. Садржина уговора

Основну садржину уговора представља обавеза акционара да своје право гласа врши на одређени начин, или да ге не врши. Ова обавеза акционара може да се односи на тачно одређену тачку дневног реда, одређене врсте тачака

[33] Hüffer Uwe, *Aktiengesetz*, München 1999, стр. 647

[34] Ibidem

[35] Godin Wilhelmi, Aktiengesetz, *Band I*, Berlin 1967, стр. 764

дневног реда или све тачке дневног реда. Обавеза акционара може бити орочена или неорочена.[36] Треба имати у виду да, независно од пуноважности уговора, обавеза на посебно гласање отпада када њој одговара једна скупштинска одлука која је супротна статуту или закону. Исто важи и у погледу одлуке којом би друштво било на други начин оштећено.[37] Истиче се, такође, да обавеза на одређено гласање не постоји и када се ради о избору лица које не испуњава услове за чланство у органу друштва.[38] Ништава је и обавеза акционара да гласа противно обавезу лојалности.[39] У таквим случајевима долази у обзир примена чл. 105 Закона о облигационим односима, на основу којег је могуће да уговор остане на снази и поред ништавости једне његове одредбе.

4. Правне последице повреде уговора о вршењу права гласа

Повреда уговора о вршењу права гласа не чини давање гласа без дејства, нити одлуку скупштине рушљивом. То значи да се последице повреде уговора ограничавају само на уговорне стране.

Основну праву последицу неизвршења обавезе вршења права глас на утврђени начин представља накнада штете. Допуштено је и уговарање уговорне казне, када долази у обзир примена правила о смањењу уговорне казне и односа уговорне казне и укупне штете.

Спорно је да ли се тужбом може тражити извршење уговорне обавезе. Према једном ставу, акционар не може бити тужен за извршење обавезе.[40] Указује се да супротно становиште треба одбацити, будући да оно противречи основама акцијског права, прама којима је право гласа везано за акцију. Прихватање мањинског става би значило да се право гласа, путем облигационог уговора и за време његовог трајања, може одвојити од акције и пренети на другог.[41] Гласачка изјава члана је део стварања воље на скупштини и захват у гласачку изјаву нужно производи последице на стварање воље на скупштини, при чему треба имати у виду да је извршење усмерено не према друштву, него према уговором обавезном члану.[42] Ипак, указује се да је доминирајуће становиште према којем је могуће тужбом тражити извршење уговора о вршењу права гласа.[43]

[36] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, *Band II,* стр. 365

[37] Ibidem

[38] Godin Wilhelmi, *op. cit*., стр. 763

[39] Hüffer U., *op. cit*., стр. 648

[40] Gadow, *op. cit*., стр. 809; Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, *Band II*, стр. 365-366

[41] Godin Wilhelmi, *op. cit*., стр.763

[42] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, *Band II*, стр. 365-366

[43] Hüffer U., *op. cit*., стр. 648

У односу на правне последице, спорна може бити ситуација када је споразум о вршењу права гласа прихваћен статутом. Тада гласање противно утврђеном начину није повреда само уговора, него и статута, због чега би одлука била рушљива, према одредбама појединих националних права.[44]

У делу судске праксе (иностране и то и погледу друштава са ограниченом одворношћу) заступљено је становиште према којем је и споредни облигациони споразум заснивао рушљивост у случају да су њиме обавезани сви чланови друштва. Овакав приступ је у литератури споран.[45] У прилог негативном ставу износи се могућност злоупотребе, као и одсуство чињеница које су предвиђене као основ за рушљивост.[46]

Када је отказ уговора о гласању у питању треба имати у виду да се уговором право на отказ не може искључити. У погледу осталих питања везаних за отказ уговора о гласању, мора се поћи од тога да се ради о трајном дуговинском односу.[47] Таква квалификација обезбеђује примену чл. 358 Закона о облигационим односима и то за случај да време трајања дуговинског односа није одређено. За случај да се ради о трајном дуговинском односу са одређеним роком трајања примењује се чл.357 Закона о облигационим односима.

5. Ништавост уговора о вршењу права гласа

У раније споменутим решењима права земаља у региону (Словенија, Хрватска) утврђени су случајеви када су уговори о вршењу права гласа ништави. Циљ оваквог утврђивања огледа се у спречавању управе друштва да оствари утицај на исход гласања скупштини.

У првом случају, уговор о гласању је ништав ако се акционар обавезао да своје право гласа врши према упутствима друштва, управе или надзорног одбора, или од друштва зависног друштва. При томе је без значаја са ким је уговор закључен. То значи да је уговор ништав и када је обавеза преузета према другом акционару, или према лицу које није акционар. Када је друштво у питању није од значаја да ли оно упутство даје преко органа овлашћеног за заступање, прокуристе, или пуномоћника.[48] Навођење управе уз друштво има значаја утолико што се овде има у виду управа као колективитет (гремиум), а не као заступник друштва.[49] Када су органи у питању, они као такви, начелно, не могу бити овлашћени за давање упутства за гласање. Треба, међутим, имати у виду да је, насупрот томе, пуноважан уговор којим се акционар обавезао према

[44] Hüffer U., оп.цот., стр. 1087

[45] Ibidem

[46] Ibidem

[47] Hüffer U., *op. cit*., стр. 648

[48] Hüffer Uwe, Aktiengesetz, München 1999, стр. 681

[49] Godin Wilhelmi, *op. cit*., стр. 762

једном од више чланова органа. Законом је забрањено само обавезивање на вршење права гласа према упутствима органа, а не и чланова органа.

Ипак, треба имати у виду да у појединачном случају и такав уговор, којим се акционар обавезао да гласа према упутствима чланова органа, може бити ништав као симуловани посао. Таквим се сматра сматра случај када је као овлашћеник за давање упутства означен члан органа, али се таквим уговорм остварује исти резултат као да је овлашћено само друштво. То је случај када се као овлашћеник јавља свакодобни члан органа,

Потребно је указати на једну честу ситуацију, која настаје када је члан управе истовремено и акционар и, као такав, члан *pool*-а. На тај начин он, предходним гласањем у оквиру *pool*-а, може остварити свој утицај. То није штетно све док он својим гласом утиче само на *pool*. Ако је само један члан управе истовремено и акционар који има већину гласова у *pool*– у, не може се рећи да остали акционари, који су уговором обавезани да гласају према томе како је већином одлучено у *pool*-у, имају обавезу да врше своје право гласа према упутствима управе. У појединачном случају то може бити воља управе, али не мора. У сваком случају ради се о вољи једног члана управе, која може бити и противна вољи осталих чланова.[50] Замисливо је, међутим, да заобилажење ништавости постоји у ситуацији када су сви чланови управе, или надзорног одбора, чланови *pool*-а као акционари на такав начин да својим гласовима остварују већину којом се утврђује одлука *pool*-а о вршењу права гласа.[51]

Када је у питању уговор о вршењу права гласа према упутствима зависног предузећа, треба имати у виду да правна форма предузећа није од значаја. Циљ овакве регулативе је да се избегне да на место друштва, или његових органа, дође зависно предузеће, преко којег ће друштво, или његови органи, спровести своју вољу. Сматра се да је недопуштено и обавезивање акционара да ће вршити право гласа према упутствима управе зависног предузећа. Стварни основ за овакав приступ се не разликује од ситуације када се ради о управи друштва.[52]

Други случају законског установљавања ништавости уговора о гласању је регулатива којом је предвиђено да су ништави уговори о гласању којима се акционар обавезао да гласа за сваки предлог управе, или надзорног одбора друштва. Значај овакве одредбе огледа се у разјашњавању могуће ситуације. Ово зато што је једва замисливо да би садржина упутства управе за вршење права гласа била другачија од њиховог предлога одлуке. Зато се жели спречити и овај начин на који органи друштва могу остварити нежељени утицај на исход гласања. Ни у овом случају није од значаја према коме је акционар преузео обавезу да гласа за сваки предлог управе.[53]

[50] Godin – Wilhelmi, *op. cit*., стр. 761-762

[51] Ibidem

[52] Hüffer U., *op. cit*., стр. 682

[53] Gessler, Hefemehl, Eckardt, Kropf, *Band II*, стр.367; Hüffer U., *op. cit*., стр. 681

Када се ради о ништавим уговорима о вршењу права гласа, поставља се питање односа посебних основа ништавости утврђених акцијскоправним прописима и основа за ништавост по основу општих прописа, који важе за све облигационе уговоре (чл. 103 Закона о облигационим односима). У том погледу треба нагласити да се општи прописи којима се утврђују основи за ништавост примене и у погледу уговора о вршењу права гласа. Споменути случајеви нису искључиви основи за ништавост уговора о вршењу права гласа. С тим у вези треба указати на још неке случајеве. Без дејства је уговор о гласању који закључи акционар, којим се обавезује да врши своје право гласа према упутствима другог акционара, ако другог акционара погађа забрана вршења права гласа због сукоба интереса, или ако он из других разлога не може да врши своје право гласа. Ово зато што би се извршењем таквих уговора омогућило том акционару да оствари утицај на изградњу одлуке друштва, што се противи смислу и циљу законске забране вршења права гласа.[54] Без дејства је и уговор о гласању закључен између имаоца акције на име чији је пренос ограничен сагласношћу друштва и означеног будућег стицаоца, када друштво ускрати сагласност не пренос такве акције. Тада се том лицу не може омогућити остваривање утицаја на друштво путем облигационог уговора. На тај начин се циљ ускраћивања сагласности друштва у сваком случају остварује у погледу вршења права гласа.[55]

6. Правне последице ништавости уговора о вршењу права гласа

Уговори о гласању су ништави будући да установљавају забрањено везивање права гласа упутством за његово вршење (чл. 103 Закона облигационим односима). Сматрамо да не постоји могућност опстанка уговора у преосталом делу према чл. 105 Закона о облигационим односима. Ово зао што се ништавост изричито односи на уговор, а не на клаузулу о обавези вршење права гласа на одређени начин. Будући да је обавеза вршења права гласа према упутствима ништава, њу није могуће обезбедити уговорном казном. Није могуће ни тражити накнаду штете због неизвршења. У погледу правних последица ништавости уговора о вршењу права гласа треба нагласити да право гласа акционара није искључено због ништавости уговора. Акционар може гласати за и против предлога управе, као што се може и уздржати од гласања. Гласачка изјава је ништава или рушљива. У погледу рушљивости треба указати да она долази у обзир због заблуде или преваре, када је акционар сматрао да свој глас мора дати на начин који одговара ништавом обавезивању.[56] Решење

[54] Gessler, Hefemehl, Eckardt, Kropf, *Band II*, стр. 367; Тако и Hüffer U., *op. cit*., стр. 646

[55] Ibidem

[56] Hüffer U., *op. cit*., стр. 682; Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, *Band II*, стр. 368

се оцењује као конскventно, будући да ништавост уговора успоставља слободу гласања акционара.[57]

7. Нацрт Закона о привредним друштвима и уговори о вршењу права гласа

За разлику од постојећег Закона о предузећима у поступку припреме новог Закона о привредним друштвима водило се рачуна о регулисању уговора о вршењу права гласа. Тако чл.298 Нацрта Закона о привредним друштвима гласи:

Члан 298.

Уговори о гласању

(1) Уговор којим се акционар или пуномоћник обавезује да ће гласати по упутствима акционарског друштва или било ког члана одбора директора или извршног директора ништав је.

(2) Уговор којим се акционар обавезује да ће користити право гласа на одређени начин, или да неће гласати, у замену за погодности или друге услуге које ће му одобрити друштво или било који члан одбора директора или извршни директор друштва ништав је.

У погледу првог става терба указати да нормирање случајева када је уговор о гласању ништав значи да су уговори о гласању, у свим другим случајевима, допуштени. На тај начин се прихвата став који у погледу постојећег Закона о предузећима важи на основу општих правила уговорног права.

Значајан напредак у погледу регулисања уговора о гласању огледа се у нормирању случајева када се овакав уговор сматра ништавим. Према ст. 1 чл. 298 Нацрта Закона о привредним друштвима треба разликовати две ситуације једну када се акционар обавезао да че право гласа вршити по упутствима самог друштва и, другу, када се акционар обавезује да че своје право гласа вршити према упутствима било ког члана одбора директора или извршног директора.

У погледу прве ситуације у којој је уговор ништав када се акционар обавезао да ће вршити право гласа према упутствима друштва, треба указати да је то добро решење, које је широко прихваћено у упоредном праву. Циљ регулативе је да се онемогући друштво да врши утицај на исход гласања на скупштини. У таквим ситуацијама је небитно ко је друга уговорна страна, односно према коме је акционар преузео обавезу. Друга уговорна страна може, према томе, бити и само друштво, други акционар или, лице које није акционар. Небитно је, такође, ко даје налог законски заступник друштва или пуномоћник. Основни проблем у вези са регулативом ст. 1 чл. 298 Нацрта Закона о привред-

[57] Доводи се у питање целисходност решења, Тако Hüffer U., *op. cit*., стр. 682

ним друштвима огледа се у томе да није обухваћена ситуација када се акционар обавезао да ће вршити своје право гласа према упутствима зависног друштва. Ради се, наиме, о томе да друштво свој утицај на гласање може да спроведе и индиректно, користећи за то налог од њега зависног друштва, при чему би правна форма тог друштва била небитна. Одсуство овакве регулативе онемогућава и њено шире тумачење, према којем би овај основ за ништавост обухватио и налог одбора директора зависног друштва, односно налог чланова одбора директора.

Другу ситуацију у којој је уговор о вршењу права гласа ништав представља обавезивање акционара да гласа према упутствима било ког члана одбора директора. И у овом случају није од значаја ко је друга уговорна страна акционар, или лице које нема такав статус. Овде се види разлика између решења Нацрта Закона о привредним друштвима и неких решења из упоредног права у неким националним законодавствима овакви уговори су пуноважни. За разлику од тога, као ништави се утврђују уговори којма се акционар обавезује да ће гласати по налозима управног одбора. У односу на позната решења из упоредног права треба указати да нису као ништави утврђени ни уговори којима се акционар обавезује да ће гласати за сваки предлог управног одбора.

Од интереса је и ст. 2 чл. 298 Нацрта Закона о привредним друштвима, којим се као ништав утврђује и уговор о „продаји гласова".У основи овакво решење је добро и одговара познатим приступима у упоредном праву. Смисао норме је да спречи да већинска воља на скупштине буде измењена. Ипак, уочљиве су и неке слабости предложеног текста. На првом месту, као лице које закључује уговор („продавац") спомиње се акционар. У упоредном праву и теорији се указује да се ради о уговору који закључује „вршилац права гласа".[58] То је, на првом месту, акционар, али не само он то може бити и пуномоћник и законски заступник. Ради се о ситуацији када они, од њих заступане гласове, продају трећем. На њихов однос са налогодавцем се ст. 2 чл. 298 не примењује.

Осим гласања на одређени начин, обухваћено је и уздржавање од гласања, односно недавање гласачке изјаве. Осим простог недавања гласачке изјаве овим се обухвата и обавеза непојављивања на скупштини.[59] Ово важи за национална права у којима се право гласа може вршити само на скупштини, односно није могуће гласање од стране одсутног акционара. Будући да је то према Нацрту Закона о привредним друштвима могуће, овакво тумачење није прихватљиво.

Када су „погодности" у питању оне морају бити посебне. Пре свега, то морају бити погодности које не произлазе из самог гласања, него морају постојати ван њега.[60] Посебност погодности значи да се не узимају у обзир оне погодности које припадају свим акционарима. Тако на пр. гаранција дивиденде која

[58] Gadow, *op. cit*., *Band II*, стр. 819 ; Годин Wilhelmi, *op. cit*., стр. 1982

[59] Godin, Wilhelmi, *op. cit*., стр. 1983

[60] Gadow, *op. cit*., *Band II*, стр. 821

се обезбеђује свим акционарима није посебна погодност, док би гаранција представљала посебну погодност када би куповина гласова обухватала једну једину гаранцију.

Оно што карактерише посебност погодности је њен квалитет, а не квантитет.[61] Тако на пр. износ новачне накнаде није од значаја. Посебна погодност може бити материјална, али и нематеријална.[62] Као примери нематеријалне посебне погодности наводе се обећање протекције, привредних или политичких контаката.

Материјалну посебну погодност, осим плаћања суме новца, представља и откуп акција по цени изнад курса. У теорији се прихвата став судске праксе (иностране), према којем се просто препуштање акција, по којима[63] је вршено гласање, не сматра посебном погодношћу.

Посебна погодност може бити посредна и непосредна.[64] Ради се о томе да посебна погодност не мора бити у непосредном односу са чинидбом и противчинидбом гласања. Довољна је и нека далекосежна погодност за лице које је преузело обавезу гласања на одређени начин, или обавезу да се уздржи од гласања. Тако не пр. као посредна посебна погодност се означавају шансе, кандидатуре.[65]

8. Уговори о вршењу права гласа и преузимање друштва (take over)

Нацрт Закона о привредним друштвима, и поред дискусија које су о томе вођене, не садржи правила о преузимању акционарских друштава. Неке радне верзије су регулисале ову материју, али је она, у овом тренутку, регулисана у Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената.

Прво, Нацртом 13. директиве ЕУ је предвиђено да управа друштва може да предузме одбрамбене мере у случају јавне понуде за преузимање тек ако скупштина донесе одговарајућу одлуку. С тим у вези потребно је извршити одговарајуће напомене. Приликом тзв. непријатељског преузимања могуће је да управа друштва предузме одређене мере којима се спречава, или отежава преузимање друштва. Предузимање таквих мера је било предмет различитих определења. Поставило се, наиме питање дали то представља право, или обавезу управе. Одговор на ово правно питање, био је условљен правнополитичким ставом у погледу преузимања друштва. Овај, пре свега економски, приступ

[61] Ibidem

[62] Godin – Wilhelmi, *op. cit*., стр. 1983 Спорно. Види Gadow, *op. cit*., *Band II*, стр. 821

[63] Gadow, *op. cit*., *Band II*, стр. 821

[64] Godin Wilhelmi, *op. cit*., стр. 1983; Gadow, *op. cit*., *Band II*, стр. 821

[65] Gadow, *op. cit*., *Band II*, стр. 821

се мењао, што је условљавало и различит одговор на споменуту правну дилему. Јавили су се ставови према којима је управа слободна да предузме одбрамбене мере, на основу обавезе поступања у складу са интересом друштва. Ако би процена управе била да преузимање није у складу са интересом друштва, она тада не би имала право, него обавезу да предузме одбрамбене мере. Овај став се временом напуштао, како се мењао правнополитички приступ преузимању корпорација. Данас је доминирајућа концепција да треба либерализовати тржиште преузимања корпорација и у складу са тиме се мења и правно регулисање овог процеса. Ова тенденција још увек није једнозначна, будући да постоје национални закони који су вредносно индиферентни. Треба очекивати да ће се ова ситуација променити после ступања на снагу 13. Директиве, која се заснива на владајућем економском концепту, према којем преузимање корпорација треба стимулисати. У том светлу треба посматрати и решење 13 Директиве, према којем управа може предузети одбрамбене мере само ако скупштина донесе одговарајућу одлуку. Као што се види овлашћења управе се тиме знатно сужавају, будући да стало на становиште да, у случају јавне понуде за преузимање, треба ојачати положај акционара. Управа, наиме, може бити стимулисана да занемари интересе друштва, који се у овом случају своди на интерес акционара. Ово зато што је реално очекивати да ће преузималац променити управу, која је својим радом допринела да корпорација постане подобна за преузимање. Ни овај приступ није без недостатака. Ради се о томе да управа, акционар или неакционар, може имати значајан утицај на одлуку скупштине, због чега се основна идеја доводи у питање. Један од појавних облика таквог утицаја су и уговори о гласању. Њихово постојање може онемогућити право формирање воље друштва на скупштини. То је и разлог због којег се 23 Директивом предвиђа да се дејство уговора гласању суспендује у погледу гласања о одлуци о предузимању одбрамбених мера када је стављена јавна понуда за преузимање. Тиме се не утиче на пуноважност ових уговора, али се њихово дејство искључује у погледу гласања о одговарајућој одлуци. На тај начин се акционарима омогућава да слободно гласају и да изјавом своје воље, формирају стварну вољу друштва на скупштини.

Zoran Arsić Ph. D., Full professor
Novi Sad School of Law

Contracts on exercising of voting rights

Abstract

Exercising of voting rights is principally uninhibited. However, there still are some restrictions. Apart from the limitations related to shares, limitations of the contract law apply also in certain cases. Therefore, one may speak of contracts on exercising of voting rights. A shareholder may convene under a contract to exercise his voting rights in a particular manner, on not to exercise them at all. The other contracting party may be another shareholder or a third person. Should a contract be concluded among shareholders, one may speak of a pool. Such conventions are lawful under the case law, national legislation and theory, even if they contain a penalty for breach.

УДК 343.223.3 (497.11)
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 389-409

Др Душанка Ђурђев, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

КОНЦЕСИЈЕ

Сажетак: *Концесије воде порекло од феудалних регалија. У раној фази капитализма транснационалне компаније су стицале право својине на предметима концесије, што није одлика савремених концесија, где концесионар стиче само право коришћења природних богатстава, добара у општој употреби или вршење јавне службе. Концесије у Србији датирају из деветнаестог века. После дуже паузе, оне се поново појављују као могући облик улагања, нарочито, страног капитала.*

Кључне речи: *Појам и врсте концесија, концесионарство у Србији, заштита права концесионара.*

Појам и врсте концесија

У упоредном праву концесије се обично дефинише као правни однос између државе, концедента, и правног или физичког лица, концесионара, у коме држава уступа правном или физичком лицу право коришћења природног богатстава или добра у општој употреби или вршење јавне службе уз одређену накнаду[1]. Најчешће се дају у рударству, пољопривреди, шумарству, саобраћају, снабдевању енергијом, комуналним службама. Основне обавезе концесионара су обављање уговорене делатности и плаћање концеденту одређене накнаде, ренте, пореза и других дажбина. Уговорне стране су концедент као давалац

[1] Fischer P., *Die Internationale Konzession*, Wien New York, 1974, стр. 2938.

концесије и концесионар као корисник концесије. У улози концедента може да се јави држава, аутономна покрајина, регија, општина, зависно од законодавства. Као концесионари могу да се појаве правна и физичка лица, с тим да нека законодавства дозвољавају да то буду поред страних и домаћа лица, док нека ту могућност предвиђају само за страна лица. У нашем праву је предвиђено да концесионар буде и домаће и страно правно или физичко лице.[2]

Према предмету концесија уобичајена је подела на концесије за коришћење природних богатстава, добара у општој употреби и концесије за вршење јавних служби. У упоредном законодавству се природним богатством сматрају земљишта, шуме, руде, воде и слично а под добрима у општој употреби се обично подразумевају јавни путеви, паркови, тргови, улице, ловишта, комунална добра, средства у области инфраструктуре.[3] Привредне делатности од општег интереса су посебним законом одређене као области од општег интереса а то су углавном електропривреда, птт саобраћај, железнички саобраћај, водопривреда, комуналне делатности и слично. Код модерних концесија се често повезују административна и фискална функција односно концесионар обезбеђује здравствене услуге, изграђује инфраструктурне објекте државе концедента. Осим поделе концесија с обзором на предмет, разликују се међународне од националних концесија а разликује их иностран карактер концесионара у односу на државу концедента.

Посебан облик концесија су БОТ послови и разне модификације овог посла. У суштини ради се о моделу који обухвата све фазе од финансирања, пројектовања, изградње и опремања, до коришћења уз накнаду у уговорнем року после ког изграђени објекат прелази у својину концедента. Постоје посебни облици БОТ система познати у упоредном праву у зависности од тога које су све операције укључене у посао. То су на пример БОО (build, own, operate, изгради, поседуј, користи без обвезе трансфера), БОР (build, operate and renewal, изгради, користи, обнови), БООТ (build, own, operate, transfer, изгради, поседуј, користи, предај) итд. Дугорочно посматрано реално је од ових послова очекивати већу корист него од класичних концесија, јер давање природних ресурса на коришћење може довести до неконтролисане распородаје природних богатстава.[4]

[2] Реч концесија потиче од латинске речи цонцедере што значи допуштање, повластица овлашћење.

[3] Дабић Љ., *Концесијски однос и концесијски уговор*, Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије, Београд 1955, стр. 143-167, Либерализација правног режима страних директних инвестиција у СРЈ, Избор судске праксе 9-96, стр. 9-14.

[4] Ивковић Б., Павић М., Луковић Ј., Хаџини Г., *Концесије по БОТ моделу*, Београд 1999, стр. 1-67

Историјат концесија

Концесије нису нов правни институт. Воде порекло још из феудализма када су се јављале у правној форми регалија којима су владари руднике, шуме, путеве или друга добра сами користили или их уступали другим лицима.[5] Као носиоци врховне власти додељивали су привилегије путем регалног права и то уз накнаду другим лицима. Временом се регалије премештају из сфере личне власти владара у поље државног интереса и тако попримају јавни карактер. Како се центар моћи преносио на државни апарат, тако и регалије у капитализму прерастају у концесије.

У капиталистичком начину привређивања регални систем замењује државни монопол, јер држава има искључиво право да експлоатише одређена добра.[6] За рани капитализам карактеристичан је традиционални систем концесија који је значио да концесионари стичу својину на природним богатствима која експолатишу што иначе није карактеристика савремених концесија. Водећу улогу су имале транснационалне компаније у експлоатацији природних богатстава, нафте пре свега, уз искључење домаће државе у учешћу у својини и пословању тих компанија. Пошто држава није била у могућности да обезбеди оснивање и управљање привредних субјеката у областима као што су пошта, железница, електрификација, експлоатација нафте, јер није имала потребног капитала и стручњака за обављање тог посла, то су радиле транснационалне компаније присвајајући својинска експлоатациона права на добрима која су користили и то пре свега у колонијама. Транснационалне компаније су постајале власници природних извора успостављајући статус енклава који је био у директној супротности са енитетом неразвијених држава. Концесије се прво јављају у економски развијеним земљама нпр. Енлеска, Француска, Шпанија, Америка које су експлоатисале природна богатства сиромашних земаља. Традиционални својински систем концесија је одбачен и документима УН којима се потврђује суверено право држава да експолатишу сопствена природна богатства. (Резолуција о сталном суверенитету над природним изворима 1971.)

Осим овог традиционалног коришћења концесија, пре свега за експлоатацију нафте и руда путем транснационалних компанија, у овом периоду концесије се дају и за изградњу и коришћење инфраструктурних објеката (путеви са наплатом друмарине, канали, мостови, тунели, луке, железнице, снабдевање електричном енергијом, гасом, водоснабдевање, телекомуникација и сл). Тако је нпр. Фрацуска влада дала концесију од 15 година браћи Перриер за сакупљање и дистибуцију воде у Паризу, а у Лондону је 1820. постојало шест приватних

[5] Реч регалија потиче од речи *rex* који је тада био врховни носилац власти и врховни господар имовине.

[6] Прица Р.,*Уговор о концесији*, Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије, Београд 1955, стр. 167.

компанија у области водоснабдевања, а неколико година касније приватне фирме су вршиле дистрибуцију гаса у Лондону.[7]

Изградња инфраструктурних објеката путем концесија је почела да опада после Првог светског рата због галопирајуће инфлације двадесетих година, раста протекционизма и опште привредне депресије крајем тридесетих година.

За период после Другог светског рата била је карактеристична државна интервенција у обнављану уништених привреда, која се вршила преко Међународног монетарног фонда, Светске банке и других финансијских организација, које су директно усмеравале средства државама.

Нафтни шокови 1973. и 1979. као и дужничка криза 1982-1989. довели су до великих промена које су створиле амбијент за талас приватизације који је захватио цео свет. Тако је поново створена повољна клима за приватне инвестиције у капиталне објекте. Бројне државе су због презадужености усвајале систем концесија дајући могућност приватним инвеститорима да уђу у сектор јавних служби и у инфраструктурне пројекте.

Ипак и у току тог процеса реализације инфраструктурних пројеката напредак је био неједнак, јер је већи успех био постигнут у областима телекомуникације и електричне енергије, него у другим областима.

У савременим условима привређивања концесије се на први поглед сматрају привалачним моделом у земљама у транзицији, јер се од њих очекује прилив страног капитала. Међутим чињенице показују да у укупном учешћу станог улагања у ове земље концесије не заузумају неко нарочито место. Осим тога давање на коришћење природних богатстава у бесцење није добра политика, без обзира на изразиту потребу за страним улагањима. Због тога је погоднији модел БОТ посао, јер он покрива финасијску и практичну реализацију изградње неког објекта, који по протеку уговореног рока остаје у власништву државе концедента.

Многе земље либерализују услове за страна улагања. Треба имати у виду чињеницу која категорија држава максимално либерализује услове за давање концесија. То су по правилу неразвијене земље као и земље у транзицији које од страних улагања много очекују. Тако нпр. у Аргентини је 1989. донет закон на основу ког је могуће приватно улагање у делатности од јавног интереса без било ког ограничења у вези са земљом порекла улагања. У Перуу је слична ситуација, јер је у склопу реформи и модернизације енергетског система донет Закон о електоконцесијама, који се даје могућност концесионе делатности у овој области по повољним условима. Међутим, индикативан је пример једне развијене државе која води опрезну политику у додели концесија. Шпанија је имала мале резерве домаће сировине које су одређене као јавна добра а такође су сви рудници јавна добра. Сви рударски ресурси уз минимална ограничења, минерали, термалне воде и сл. припадају држави. Држава може доделити концесију ради коришћења ових добара, али влада може из економских и стратешких интереса предузети директну експлоатацију, без обзира што је законом

[7] Ивковић, Б., Павић М., Луковић Ј., Хаџини Г., *op. cit*. стр. 47

дата могућност давања концесије. То значи да је држава непосредно заинтересована да из стратешких разлога сачува природна богатства. Мађарска као карактеристична земља у транзицији, поред врло либералног законодавстава у области страних улагања има и посебан закон о концесијама из 1991. Иако је по основу страних улагања у последњих десетак година остварила значајна средства, 21 милијарда долара је виши износ од било које земље у региону, иностранi инвеститори полако напуштају Мађарску и одлазе на друга, јефтинија тржишта. Трошкови у Мађарској су у последње време порасли између осталог и због уласка у ЕУ.[8]

Карактеристике и функције концесија

Концесије, као један од могућих начина ангажовања приватног капитала, поготово страног, не треба занемарити али им не треба дати ни превелик значај. Развијене земље им не прибегвају тако често, јер постоје алтернативни начини за изградњу инфраструктурних објеката и експлоатацију природних богатстава. Страна улагања у земље у тразицији се врши више куповином акција или заједничким улагањима а мање учешћем концесија. Међутим, чињеница је да се многи проблеми са којима се суочавају привреде држава у транзицији и сиромашних држава уопште могу решити путем концесија и то нарочито за изградњу инфраструктурних објеката. У том смислу су посебно значајни БОТ послови.

Сматра се да су напогодније области за концесије инфраструктурни сектори који имају карактер природних монопола као што су путеви, железничка инфраструктура, дистрибуција воде, дистрибуција електричне енергије, гаса и сл. Међународна пракса познаје „позитивне концесије", када концесионар плаћа концеденту за концесиона права и „негативне концесије", када концедент плаћа концесионару за услуге које он пружа по основу уговора, али је важно напоменути да у овом случају концедент остварује сва права по основу прихода и расхода. Рок на који се даје концесија, без обзира на законске могућности, треба да буде толики да омогући концесионару остваривање одређеног профита и наравно враћање уложених средстава. У упоредном законодавству се рокови крећу од 15 до 50 година.

У међународној пракси се појављују случајеви давања ексклузивних права концесионару, што значи да само они у тој области добију концесију за обављање одређеног посла (правни монопол). У одговору на питање да ли је то подстицајно за привредни развој, показује се да није добро решење увек се одлучивати за давање ексклузивних права концесионару, јер постојање могућности конкуренције може подстаћи тренутног монополисту на ефикаснији рад. Међу-

[8] Мартиновић Д., *Елементи јавноправног карактера код концесионих уговора*, Право и привреда 1-2., 2001., стр. 70-83

тим, код оних привредних грана које имају карактеристике природног монопола ексклузивитет не мења битно позицију концесионара, док у привредним гранама које су потенцијално конкурентне, ова клаузула спречава корисну конкуренцију. Ипак, економска истраживања показују да је уговарање клаузуле ексклузивног права концесионара оправдано у случајевима када су друге околности неповољне, нестабилна политичка ситуација, висок ризик за улагања и сл., када се концесија може лакше доделити уз давање ексклузивних права. У принципу није давање права ексклузивитета једини начин да се повећа атрактивност концесија. Боље је ићи на побољшање правног режима станих улагања и смањење скупих инвестиционих обавеза.

Позитивни ефекти које владе држава очекују могу бити бројни а то су додатна акумулација из иностранства и могуће нове инвестиције; подстицање конкуренције; трансфер технологије и кноњ хоњ; повећање квалитета услуга; ангажовање домаћих производних капацитета, повећање запослености, повећање фискалних и парафискалних прихода; модернизација пословања по стандардима развијених земаља. Ови позитивни ефекти концесије су често праћени и негативним последицама. Могуће су негативне последице давања концесија на природном богатству, уколико се тако врши неконтролисана продаја природних ресурса. Теоријске претпоставке да ће технолошки развој обезбедити супституцију исцрпивих ресурса је под знаком питања, јер се новцем не могу надокнадити неки природни извори који су стварани миленијумима. Без обзира на извесне слабости и нужан опрез при уговарању концесија, оне су присутне у свету и законски су регулисане у више од 130 држава.

Концесионарство у Србији

Концесионарство у Србији има традицију. Према неким подацима почеци се могу везати за 1859. годину када је дата концесија француском друштву за експлоатацију рудника Мајданпек у року трајања од 30 година под условом да ово друштво даје држави 10% годишњег прихода и по један цесарски дукат годишње за свако коришћено поље, с тим да по истеку овог периода све зграде и постројења остану држави.[9] Због непоштовања обавеза концесионара уговор је пре рока раскинут а нов је закључен са енглеском компанијом на период од 50 година уз накнаду од 3% продајне вредности годишње производње али је пре рока и овај уговор раскинут. У том периоду у Србији су закључени и следећи уговори о концесијама: Француско друштво „Мањан, Булион и дружина" и Правитељство Књаза Српског Милоша Обреновића по коме француско друштво са шест пароброда одржава пловидбу између Београда и Марсеја. Закључен је и уговор о концесији за градњу и експлоатацију железница у Србији 1873. као

[9] Ивковић. *op. cit.* стр. 19

и уговор о концесији између једне италијанске фирме и града Београда о обављању трамвајског саобраћаја у Београду.

У Војводини је по систему концесија изграђен Велики бачки канал.

По српском законодавству пре Првог светског рата постојали су следећи облици концесија: Уступање јавног предузећа приватном лицу (нпр. железничке концесије), стварање изузетних специјалних права у корист једног приватног лица над јавним стварима (као што је искључиво право риболова у јавним водама и право експлоатације руда и копова од стране приватних лица).[10]

Између два свестска рата енглеска компанија *Selection Trust Company* је имала концесију на рудницима у Трепчи, Злетову, Копаонику и Новом Брду, а друга енглеска компанија Армстронг Викерс је имала концесију металуршко предузеће Сартид које је држало под закуп Мајданпек. Французи су имали концесију на Борским рудницима а Белгијанци на Алексиначким рудницима. Амерички капитал је био уложен у рудник мермера у Венчацу.

После Другог светског рата концесије нису биле предвиђене законским прописима, да би се 1988[11] доношењем Закона о страним улагањима први пут створиле законске претпоставке за концесије. Све до данас материја концесија је регулисана посебним и то републичким прописима а начелна могућност је предвиђена у општем Закону о страним улагањима. Даља анализа правног регулисања концесија код нас ће узимати у обзир и Закон о страним улагањима, јер је у том закону одређен појам страног улагача као и нека друга питања која се односе и на концесије. Законом о страним улагањима из 1988. је предмет концесије био ограничен само на природна богатства и добра у општој употреби а корисник концесије је могло бити само страно лице.

Ближи услови за давање концесија су регулисани 1990. када је Република Србија донела свој Закон о општим условима за давање концесија страним лицима у Србији, док је Закон о концесији у Црној Гори донет 1991.[12]

У Закону о општим условима за давање коцесија страним лицима предмет концесије је одређен као обновљива и необновљива природна богатства, при чему ови појмови нису били ближе дефинисани, а то је могло да створи проблеме у тумачењу. Осим тога још увек су концесионари могли бити само страна лица.

Нови Закон о страним улагањима је донет 1994.[13] У њему је садржан само један члан у коме се начелно регулише могућност давања концесије, али су и у њему предвиђене одређене измене. Тако се у погледу одређивања предмета концесије више не користи подела на природна обновљива и необновљива богатства али се поред раније постојећих природних богатстава и добара у општој употреби уводи и нови предмет концесија, који иначе познају и упоредна за-

[10] Нешин И., *Концесије у нашем и упоредном праву*, Нови Сад, 2000., стр. 13.

[11] *Закон о страним улагањима* 1988., Сл. лист СФРЈ, 77-88.

[12] *Закон о општим условима за давање концесија у Републици Србији*, Сл. гласник Р. Србије 6-90, Закон о концесији, Сл. лист Р. Црне Горе 13-91.

[13] *Закон о страним улагањима* 1994, Сл. лист СРЈ 79-94.

конодавства а то је концесија за обављање делатности од јавног интереса. Међутим, и даље се у Закону говори само о страним лицима као категорији лица који могу бити концесионари. На овај начин су домаћа лица стављена у неповољнији положај у односу на странце, па је повређен и принцип по коме странци не могу имати више права од домаћих држављана. У то време је нпр. у македонском Закону о концесијама из 1993. концесионар могло бити и домаће лице.

Средином 1996. извршена је измена и допуна Закона о страним улагањима.[14] Начелно у посебном поглављу је само оквирно уређена ова област а донет је и посебан подзаконски акт у вези са спровођењем лицитације за давање концесија страним лицима.[15]

Средином 1997. Република Србија доноси нови Закон о концесијама, док Република Црна Гора свој Закон из 1991. није мењала.[16]

Основна обележја Закона о концесијама Републике Србије из 1997. су следећа: Као предмет концесије се одређују природна богатства и добра у општој употреби као и обављање делатности од општег интереса. Укинута је подела на природна обновљива и необновљива богатства, што је већ било учињено претходним Законом о страним улагањима. Друго, проширен је појам концесионара и на домаћа лица, тако да су изједначена домаћа и страна лица у улози концесионара. Под домаћим лицем у смислу у којем се користи у Закону о концесијма, се подразумева правно лице са седиштем на територији СРЈ и физичко лице које има пребивалиште на територији СРЈ одн. боравиште од најмање две године. Под страним лицем се подразумева страно правно лице са седистем у иностранству, страно физичко лице, југословенски држављанин са пребивалиштем одн. боравиштем у иностранству дужим од годину дана, предузеће у коме је учешће страног капитала веће од 51 посто и предузеће које је страно лице основало у Југославији.

Нови Закон о страним улагањима донет је 2002/2003. донет је Закон о изменама Закона о страним улагањима, а 2003. године донет је и нови Закон о концесијама.[17]

Нови Закон о страним улагањима даље либерализује услове за страна улагања.

Проширене су области у које страно лице може улагати на тај начин што му је гарантовано улагање односно оснивање предузећа за обављање свих врста делатности осим у два случаја када постоји само мањинско право учешћа у посебним облицима и подручјима а то су производња и промет оружја и подручја одређена законом као забрањене зоне. То значи да странци могу улагати у ове две области заједно са домаћим правним лицима или основати мешовито

[14] *Закон о изменама и допунама Закона о страним улагањима*, Сл. лист СРЈ 15-96

[15] *Одлука о начину спровођења лицитације за давање концесија страним лицима*, Сл. лист СРЈ 57-96

[16] *Закон о концесијама* Р. Србије 1997, Сл. галасник Р. Србије 20-97.

[17] *Закон о страним улагањима* 2002, Сл. лист СРЈ 3-2002, Закон о изменама Закона о страним улагањима 2003, Сл. лист СРЈ 5-2003, Закон о концесијама 2003. Сл. гласник Р. Србије 55-2003

предузеће заједно са домаћим правним субјектом али да улог не буде већи од 49 посто и уз сагласност савезног органа надлежног за послове одбране.

Следећа новина је у томе што се услуге више не сматрају могућим улогом страног улагача.

У погледу одређивања појма страног улагача у Закону је дошло до сужења односно до прецизирања круга субјеката који се сматрају страним улагачима у односу на претходни закон. Тако је предвиђено да је страни улагач страно правно лице са седиштем у иностанству, страно физичко лице и југословенски држављанин са пребивалиштем од боравиштем у иностранству дужим од годину дана. У правној теорији је неспорно да се под страним правним лицем подразумева свако правно лице које је основано ван Југославије, по страним прописима и има седиште у иностранству. У ову категорију спадају и правна лица која су југословенска правна и физичка лица основала у иностранству. Страно физичко лице је лице које има страно држављанство а пребивалиште или боравиште у иностранству или Југославији. У правној теорији преовладава став да се за страно лице не захтева да има својство трговца.[18] Страним лицем се сматра и југословенски држављанин са пребивалиштем одн. боравиштем у иностранству дужим од годину дана. Промене у Закону о страним улагањима се односе и на поједностављење процедуре регистрације страних улагања и на још нека побољшања услова за страна улагања.

Нови Закон о концесијама Републике Србије из 2003. садржи битну измену а она се односи на усмеравање средстава концесионе накнаде. У односу на ранија решења по којима је сав приход од уговорених концесија ишао у буџет Републике Србије, сада је дато право да се 30 посто тог износа уплати у буџет покрајине на чијој се територији обавља концесиона делатност.[19]

За овај период ја карактеристичан скроман износ страних улагања уопште, а разлога за то је више. То су лоше политичке и привредне прилике, директне забране инвестирања у Југославију од стране САД и ЕУ, нерегулисан однос са међународним финансијским организацијама али и примедбе на законска решења комплетне области страног улагања.

На основу пирказаних законских решења могу се уочити основна обележја страних улагања тј. законске регулативе од 1967. када је по први пут регулисана област страних директних инвестиција до данас.

Стране директне инвестиције су биле омогућене по први пут у Југославији после Другог светског рата 1967. Законом о изменама и допунама Закона о средствима привредних организација.[20] Први посебан закон из области страних улагања је Закон о улагању средстава страних лица у домаће организације удруженог рада 1973.[21] Нови Закон о улагању средстава страних лица у домаће

[18] Дабић Љ., *Либерализација правног режима страних директних инвестиција у СРЈ*, Избор судске праксе 9-96, стр. 9-14.

[19] Члан 28 Закона о концесијама 2003.

[20] *Закон о средствима привредних организација*, Сл. Лист СФРЈ 31-67.

[21] *Закон о улагању средстава страних лица у домаће организације удруженог рада 1973*, Сл. лист СФРЈ 22-73

организације удруженог рада је донет 1978[22] пре свега да би се ускладио са са Уставом из 1974 и Законом о удруженом раду 1976. а мање као последица потребе да се побољша укупна институционална клима за страна улагања. Основна карактеристика страних улагања је била да су основни облик страног улагања били уговори о заједничком улагању на основу којих страни улагач није имао право својине на привредном субјекту у који је уложио средства, већ је имао само облигационо право потраживања уложених средстава и право на повлачење уложених средстава по истеку уговореног рока као и сва права која је предвидео уговором а која су се односила на учешће у добити и ризику, ограничено право управљања и сл. Ограничење у погледу висине страног улога до 49 посто укинуто је 1984. али и друга ограничења нпр. лимитирање профита и сл. У то време СФРЈ је била прва земља у региону која је дозволила овакав вид страног улагања и постигла је значајније резултат, мада са данашње тачке гледишта ова решења су врло рестриктивна.[23]

Закон о страним улагањима који је донет 1988. заједно са Законом о предузећима[24] поставио је на нове институционалне основе за страна улагања уз основне принципе дерегулације и либерализације. У погледу облика страних улагања предвиђају се поред тзв. уговорних улагања, која су постојала и раније и тзв. својинска улагања у виду сопственог предузећа страног лица, мешовитог предузећа између домаћег и страног лица, а страним улагачима односно предузећима са страним улогом гарантован је национални третман. Начелно је предвиђена могућност давања концесија али предмет концесија је ограничен на природна богатства и то обновљива и необновљива или добра у општој употреби. Овај Закон о страним улагањима је био у односу на прописе околних земља најлибералнији.

Нови Закон о страним улагањима донет је 1994. и задржао је углавном све елементе претходног у погледу облика улагања али се новина односила на ново поглавље о подстицању страних улагања, тако да су девизне, царинске и спољнотрговинске олакшице за стране улагаче обједињене у овом Закону. У време доношења овог Закона замерано му је на већем степену рестриктивности у односу на претходни,[25] али се постављао питање да ли га је уопште требало доносити у условима санкција Савета безбедности.

Закон о изменама и допунама Закона о страним улагањима донет је 1996. а карактерише га даља либерализација услова за страна улагања, смањен је број области у којима је забрањено страно улагање, додато је ново поглавље у коме је начелно регулисана могућност давања концесије. И овај Закон као и претходни регулисао је материју страних улагања у предузећа као и општа

[22] *Закон о улагању средстава страних лица у домаће организације удруженог рада 1978*, Сл. лист СФРЈ 18-78

[23] У периоду 1968 до 1988 закључен је 371 уговор о страном улагању у вредности од 399 милиона долара, према: Ковачевић М., *Страна улагања*, Југословенски преглед 7-8 1989.

[24] *Закон о страним улагањима 1988*, Сл. лист СФРЈ 77-88, *Закон о предузећима 1996*, Сл. лист СРЈ 29-96

[25] Ковачевић М., *Непотребна ограничења*, Економска политика 1995. стр.23

питања везана за концесије, док је област страних улагања у банке, осигуравајућа друштва, слободне зоне, право својине странаца на непокретности, учешће страних лица у приватизацији било регулисано посебним прописима.

Нови Закон о страним улагањима донет је 2002. а 2003. је мењан Законом о изменама Закона о страним улагањима. Новине су да да се Закон поред већ раније уврђених области а то су банке, осигуравајуће организације и слободне зоне, не односи и на игре на срећу, прецизније је дефинисана одредба да се трансфер финансијских и других средстава страног лица у иностранство може извршити по измирењу свих обавеза. Поред тог сада се сва корпоративна улагања као куповина акција и удела од стране страних лица а не само страна улагања којима се оснива предузеће, морају регистровати код суда. Ова обавеза важи и за некорпоративна, уговорна улагања.

Опште обележје правне регулативе страних улагања а у склопу тога и концесија је, да се од првих прописа па на овамо, врши либерализација услова за страна улагања. Постојање више посебних прописа којима се регулише област страних улагања нпр. у банке, заједнице осигурања, слободне зоне, посебно концесије, није са становишта страног улагача најсрећније решење. Сам Закон о страним улагањима често упућују на примену других закона нпр. закон о приватизацији, о предузећима, о девизном пословању, спољнотрговинском пословању и сл. који су се и сами често мењали. Честе имене законске регулативе не стварају правну сигурност. Од Другог светског рата донето је 5 закона о страним улагањима од тога 3 у последњих 15 година, 4 закона о слободним зонама, 3 прописа о концесијама и то у последњих 13 година.

Општа инвестициона клима се у Србији не оцењује као повољна. Тако је ОЕЦД оценила да су Србија и Црна Гора у групи земаља у транзицији са највећим ризиком.[26] Побољшања у области правне регулативе би допринела, међутим искуства земаља у транзицији показују да и у наредном временском периоду ефекте самог закона о страним улагањима не треба прецењивати, јер се очекују већи резултати од Закона о приватизацији а када се изврши планирана приватзација и од Закона о концесијама. Сматра се да би БОТ послови били одговарајући за изградњу или реконструкцију инфраструктурних објеката и то поготово у области саобраћаја за које држава нема средстава. Тако је тунел испод Ламанша изграђен средствима приватних компанија које уживају право експлоатације тунела 50 година а потом он постаје власништво влада Француске и Велике Британије. Шпанија је мрежу аутопутева изградила дајући концесије приватним предузећима. Послови у области дистрибуције воде често су предмет концесије у Француској, док се послови прикупљања смећа и пречишћавања отпадних вода дају као концесије у Великој Британији и Немачкој.

[26] Капор П., *Ефекти Закона о страним улагањима*, Правни живот 11-2003, стр. 421-433

Правна природа концесије

Иако концесије нису нов правни институт, у правној теорији постоје различита мишљења о њиховој правној природи.[27] Утврђивање правне природе концесионог посла је важно јер од одговора на то зависе одговори на многа питања нпр. могућност измене и раскида уговора од стране концедента, накнада штете и сл. Основна дилема је да ли је то однос приватно правне или јавноправне природе, односно да ли држава иступа као јавна власт дакле као носилац суверенитета тј. иуре империи или као равноправан привредни субјект, *iure gestionis*. Интерес државе која даје концесију је да у односу на концесионара може да иступа као државна суверена власт и да у складу са јавним интересом мења или укида одредбе уговора о концесији, док је интерес концесионара да држава према њему иступа као равноправни партнер који не може једнострано да мења или укида одредбе уговора. Ово разликовање суштине посла се изразило кроз следеће теорије.

Постоје становишта да је концесиони посао административне природе тј. да се даје у форми управног акта па се не ради о приватноправном већ о јавноправном односу између државе као носиоца јавне власти и предузећа. Ово мишљење је углавном заступљено у немачкој правној теорији. Другу групу чине становишта о уговорној природи концесије и оно има упориште у француској парвној теорији. Основ посла концесије је уговор између концедента и концесионара. Према томе да ли у уговору доминирају јавноправни или приватноправни елементи, говори се о административном уговору или управном уговору на који се не примењује приватно већ само јавно право. Према другој варијанти у уговору доминирају приватноправни елементи поред елемената јавног права.

До које мере ће појединa држава у свом националном законодавству којим регулише концесије успоставити равнотежу између јавноправних и чисто уговорних елемената овог посла у основи зависи од економских циљева које жели да постигне. Привлачење страног капитала се постиже либерализаацијом услова, односно померање тежишта интереса у сферу уговорних слобода.

Најприхваћеније и најреалније је становиште по коме је концесиони посао мешовите природе.

Ради се о сложеном односу у коме се по правилу појављују административни акт у виду доволе за давање концесије, решења о концесији итд, док се конкретни односи облигационе природе у вези дате концесије регулишу путем уговора. Чињеница је да се као концедент појављује држава што није случај са привредноправним односима. Осим тога предмет уговора је специфичан, јер се ради о оним пословима који су у надлежности државе, тако да је очилгедна мешавина елемената јавног права, а то је акт о концесији, и приватног права, уговор између концедента и концесионара.

[27] Fischer P. *op. cit*. 302

Посто је држава једна од уговорних страна у уговору о концесији и како је предмет уговора обављање привредне делатности од јавног интереса, те чињенице заиста потврђују да овај посао има наглашене јавноправних елемената.

Ове особености одређују и неке специфицности уговора о концесији у односу на класичне уговоре привредног права. По правилу се захтева писмена форма, уосталом као и за остале уговоре о страним улагањима. Ограничена је аутономија воље уговорних страна више него у класичним уговорима провредног права., чињеницом да је концедент држава и да наступа са позиција јавне власти и околношћу да је неопходно поштовање великог броја императивних законских норми. Осим тога решавање спорова који настану из концесионог односа а чији је предмет непокретност може се поверити само надлежном суду у Републици. За решавање других спорова који настану из концесионог посла може се ангажовати арбитража.[28]

Концесиони посао

Концесиони посао је сложен и обухвата поступак давања концесија који укључује бројне радње а то су предлог за давање концесија, предлог за доношење акта о концесији, доношење самог концесионог акта од стране Владе, доделу концесија најчешће на основу јавног тендера, доношење одлуке од стране Владе о одређивању конкретног концесионара. По завршетку ових радњи концесионар и концедент закључују уговор у складу са условима предвиђеним концесионим актом али у уговору детаљно регулишу међусобна права и обавезе. Законом је одређено које елементе уговор о концесији мора да садржи и мора се евидентирати у јединственом регистру које води министарство надлежно за послове финансије.

У низу веома сложених питања издвајамо оно које се односи на заштиту права концесионара.

Заштита права концесионара

Као и други видови страних улагања и права стечена на основу уговора о концесији могу се заштити на основу одредаба закона, међународних конвенција и самих уговорних клаузула. Према томе могуће је говорити о законском, међународном и уговорном регулисању заштите концесионара.

Док прописи земаља централне и источне Европе у начелу не садрже посебна решења о правним гаранцијама за уступљене концесије страним лицима, наш Закон о концесијама[29] садржи правила о гаранцијама које се дају конце-

[28] Fischer P., *op. cit*. 370

[29] Члан 33 Закона о концесијама 2003

сионару. Међутим без обзира да ли посебни закони којима се уређује област концесија имају одредбе о заштити права концесионара, сви општи прописи о страним улагањима садрже известан број правила о гаранцијама које се дају страним улагацима. Пошто су концесије само један од облика страних улагања њихова правна заштита је садржана и у општим законима о страним улагањима.

У нашем Закону о концесијама концесионару се гарантују следећа права. То су прво, права утврђена законом, уговором о концесији или БОТ послу а страним лицима и права утврђена међународним уговорима о подстицању страних инвестиција и заштити које су закључиле СРЈ или Србија. Друго, гарантује се да концесионар који је вршио истраживања минералних сировина има право првенства за добијање концесија за експлоатацију тих сировина и треће, дате су гаранције у случају експропријације ако надлежни државни орган применом прописа о експропријацији донесе акт којим се ограничава или одузима право коришћења изграђеног објекта који је предмет концесије, концесионар има право на наканаду која не може бити мања од тржишне и накнада се исплаћује без одлагања.

Законске гаранције

Већина земаља источне и централне Европе је у уставе унела начелну одредбу о заштити страних инвестиција. Анализа уставних решења у упоредном законодавству показује да без обзира на гаранцију својинских права, не искључује се могућност одузимања имовине страних инвеститора односно државе се не одричу права одузимања или ограничавања права својине страних лица под одређеним условима.

Закони којима се регулишу концесиони односи у земљама централне и источне Европе најчешће не садрже правна решења о гаранцијама за уступљене концесије страним лицима. То и није тако велики проблем с обзиром да су концесије само једна врста уговора о страном улагању а у општим законима којима се регулишу страна улагања су садржана правила о гаранцијама које се дају страним улагачима. Ипак неки закони као нпр. наш садрже одредбе о заштити страних инвеститора.

Заштита права концесионара код нас је предвиђена у Закону о концесијама и у Закону о страним улагањима.

Формулација Закона о концесијама[30] права утврђена законом, уговором о концесији и међународним уговрима о заштити страних инвестиција треба тумачити на следећи начин. Под законом треба подразумевати пре свега Закон о концесијама и Закон о страним улагањима у коме су сдражана детаљнија правила о гаранцијама које се дају страним инвеститорима. Тако је у Закону о страним улагањима предвиђено да се страном улагачу гарантује национални

[30] Члан 33 Закона о концесијама 2003

третман што значи да страни улагач ужива у погледу свог улога једнак положај права и обавезе као и домаћи улагач. Предузеће са страним улогом ужива једнак правни положај и послује под једнаким условима као и југословенско предузеће без страног улога. Друго, правна сигурност је загарантована тако што су страном улагачу гарантована права која је стекао у моменту уписа страног улагања у судски регистар и та стечена права не могу бити сужена накнадном изменом закона. Ова формулација значи да би доношење нових прописа могло да се примени само ако би они за странца били повољнији. Затим, законом су дате гаранције у случају експропријације, нацинализације или других мера државе са једнаким дејством. Предвиђено је да су ове мере забрањене, осим када је законом утврђен јавни интерес уз плаћање накнаде која мора одговарати тржишној вредности предмета експропријације или сличних државних мера на дан доношења акта о тој мери. Накнада се исплаћује без одлагања у конвертибилној валути и старни улагач је може слободно трансферисати у иностранство. Поред тога, загарантована је конверзија и слободно плаћање, односно гарантовано је право страном улагачу да конвертује домаћу валуту у страну коју може да држи код овлашћене банке и тим стредствима може слободно да располаже и врши плаћања у међународном пословању. Дато је право на вођење пословних књига и то тако да поред вођења пословних књига по домаћим прописима могу предузећа са страним улогом водити и паралелно књиговодство у сладу са међународним стандардима у овој области. Следеће право је право на трансфер добити и имовине што значи да страни улагач кад измири обавезе у складу са домаћим прописима, слободно може да трансферише у иностранство добит остварену по основу страних улагања, имовину која му преостане после престанка предузећа или уговора о улагању и друга средства у вези са страним улагањима. Повољнији треман страног улагача гарантован је тако што се иако на страна улагања примењује југослвенско право, даје могућност да уколико међународни уговори предвиђају повољнији третман за страног улагача примењују се ти уговори.

Међународне гаранције

У начелу гаранције се чешће дају ради заштите страних инвестиција него положаја страног инвеститора. Када се ради о заштити страних инвестиција обично се мисли на накнаду у случају експоријације, на стабилност правног система, репатријацију средсатва, профита и осталих прихода. Гаранција положаја страног инвеститора је национални третман који му се даје.

Далеко је већи број билатералних уговора који регулишу гаранције страним улагачима него мултилатералних. Главни циљ билатералних уговора о заштити страних инвестиција је гарантовање одређене правне заштите инвеститорима једне земље на територији друге. Иако су права и обавезе у већини уговора реципрочно постављена у пракси та реципрочност често не долази до

изражаја. Стране инвестиције су углавном из развијених земаља а остварују се у недовољно развијеним земљама, нарочито у транзиционим земљама. У највећем броју двостраних уговора садржана су решења којима се утврђују општи правни положај страних инвеститора у земљи увозници капитала, национални третман, најповлашћенија нација али и решења која су у вези са посебним правним положајем страног инвеститора, као трансфер добити, репатријација уложеног капитала, накнада штете због некомерцијалних ризика и слично. Битна карактеристика билатералних уговора о инвестицијама је што се закључују између земаља различитог степена развијености. Већина земаља централне и источне Европе пре десетак година није имала билатералне уговоре о страним инвестицијама, изузев Југославије која је још почетком седамдесетих година почела са закључивањем тих уговора. Када је реч о билатералним уговорима развијене земље остварују правну сигурност у случају инвестирања у ризична подручја. У новије време СРЈ је закључила уговоре о узајмном подстицању и заштити инвестиција са Белорусијом, Кином, Румунијом[31], Македонијом,[32] Бугарском, Пољском[33], а нешто раније са Русијом, Немачком, Аустријом, САД, Канадом, Француском… Ови билатерални уговори имају приоритет у примени ако садрже одредбе повољније за страног улагача. У случају евентуалног спора међународне арбитраже дају предност овим одредбама у односу на домаће прописе.

САД су 1994. понудиле и свој модел билатералног споразума *The 1994 U.S. Prototype Bilateral Investment Treaty*.[34] Иако овакав модел уговора представља само препоруку, он врши снажан утицај на начин и ниво заштите страних инвестиција, јер се његова решења намећу економском снагом и политичким утицајем САД као једног од највећих инвеститора и кључног фактора у међународним финансијским институцијама. Око 40 држава је закључило билатеталне уговоре по овом моделу са САД што сведочи о његовом утицају.

Данас су правни извори садржани пре свега у различитим националним прописима који се међусобно разликују. Изузетак предсатављају државе чланице Европске уније које су у оквиру комунитарног начела слободног кретања капитала и права настанивања прихватиле иста или усклађена решења за оснивање и пословање страних предузећа на домаћој територији и јединствена правила о заштити инвеститора и њихове имовине.

Мултилатералне конвенције, којих је много мање од билатералних конвенција којима се регулише заштита страних инвестиција, треба да отклоне основне недостаке билатералних конвенција које се примењују само између две државе уговорнице. Мултилатералне конвенције обично регулишу појединачна питања везана за заштиту страних инвестиција, као нпр. решавање инвестиционих спорова, осигурање инвестиција и сл.

[31] Службени лист СРЈ, Међународни уговори 4-96

[32] Сл. лист СРЈ, Међународни уговори 5-96

[33] Сл. лист СРЈ Међународни уговори 6-96

[34] Вукадиновић Р., *Међународно правна заштита страних инвестиција*, Право и привреда 5-8-2002 стр. 453-462

Још увек не постоје сасвим одговарајуће мултилатралне конвенције о заштити страних инвестиција. Најчешће их закључују развијене земље и земље у развоју мада постоје и између земаља у развоју.

Посебно издавајамо Вашингтонску конвенцију о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965[35] и Сеулску конвенцију о оснивању Мултилатералне агенције за гарантовање инвестиција МИГА 1985.[36]

Вашингтонска конвенција је створила правне претпоставке за решавање међународних инвестиционих спорова и пружа посебну правну заштиту страним инвеститорима у поступку признања и извршења пресуде. Овом конвенцијом се отишло даље од класичног правила да пресуде обавезују само стране у спору, јер је предвиђена обавеза свих држава уговорница да признају сваку пресуду као обавезну и да на својој територији обезбеде извршење новчаних обавеза као да се ради о правоснажној пресуди судова тих држава. Тако су пресуде изједначене са пресудама националних судова а њихово извршење се спроводи по прописима земље на чијој се територији тражи извршење. За међународне концесије је од посебног значаја решавање спорова који настану између држава и држављана других држава које ова конвенција детаљно регулише.

Сеулска конвенција пружа одређене гаранције тако што осигурава страног инвеститора од некомерцијалних ризика. Да би страни инвеститори били стимулисани да уложе капитал у земље у развоју била је потребна правна сигурност да ће у случају да претрпе штете моћи да је надокнаде у случају да наступи осигурани случај. Осигурање се врши на рок од 15 година а осигуравају се следећи ризици. Трансфер валуте који пружа заштиту од штете настале немогућношћу да конвертује локалну валуту у конвертибилну валуту и да изврши трансфер новца у иностранство. Други осигурани случај је експропријација, национализација, конфискација и сличне мере државних органа, затим рат и грађански немири и на крају кршење уговора. Под овом формулацијом треба тумачити штете настале прописима и поступцима влада земље домаћина који се могу квалификовати као повреда уговора. МИГА је уствари пул осигуравач развијених и земаља у развоју, при чему најважнију улогу имају у одлучивању развијене земље чланице Агенције на основу уписаног капитала и броја гласова који им припада.

[35] *Конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и грађана других држава 1965 Вашингтон*, Међународни уговори и други споразуми 7-67

[36] *Конвенција о оснивању Мултилатералне агенције за гарантовање инвестиција 1985*, Сеул, Међународни уговори 4-91

Уговорне гаранције

Постоји могућност уговорног гарантовања одређених права која нису или нису у довољној мери регулисана законским и међународним прописима. Због тога што се ради о дуготрајним и пословима велике вредности ове уговорне клаузуле имају велики значај.

Уговорну гаранцију могу дати обе уговорне стране како једнострано тако и узајамно.[37] Ове уговорне гаранције се могу односити на закључење, извршење и престанак уговора. Ради се о уговорним клаузулама које утврђују саме уговорне стране којима се обезбеђује већи степен правне сигурности у реализацји уговореног посла. Нпр. концесионар може дати банкарску гаранцију по основу обезбеђења да ће унети имовину предвиђену уговором о концесији. Концедент може дати такође банкарску гаранцију у корист концесионара по основу осигурања трансфера остварене добити. Такође су могући уговори о осигурњу или други приватноправни послови нпр. хипотека, залога и сл. као средства обезбеђења уговора.

Када се уносе у конкретан уговор гаранције обично садрже принцип реципроцитета, заштиту улога, инвестиција од некомерцијалног ризика нпр. од мера одузимања одређених права инвестоторима, мера државних органа којима се ограничава или забрањује трансфер добити, затим исплата евентуалног обештећења у конвертибилној валути а врло су честе и клаузуле стабилности, клаузуле највећег повлашћења и слично.

Доказивање постојања узајамности у погледу допуштености страних улагања у земљи порекла улагача поједностављено је.[38] Савезно министрaство за економске односе са иностранством доставља регистарском суду за сваку календарску годину унапред списак држава са којима не постоји узајамност. То значи да страни улагачи под условом узајамности могу извршити улагања у наша предузећа на основу којих стичу удео или акције у основном капиталу тих предузећа или стицати свака друга имовинска права којима остварују своје пословне интересе. У правној теорији се оправдано сматра да услов узајамности није у складу са постојећом незавидном ситуацијом у којој се налази наша привреда. Поред тога поставља се и питање на које није дат одговор у Закону о страним улагањима, да ли услову узајамности подлежу југословенски држављани са пребивалиштем одн. боравиштем дужим од годину дана у држави која не поштује овај услов.

Клаузула стабилности (*stabilisation clause*) је честа уговорна клаузула. Иако већина закона о концесијама или страним улагањима садрже ове гаранције, међународна пракса познаје случајеве уговора у којима се и ова клаузула по-

[37] Дабић Љ, *Правна заштита (правне гаранције) страних инвестиција*, Право и привреда 5-8 2002 стр. 502-522

[38] Миленковић Д, *Правни режим страних улагања према новом закону о страним улагањима*, Право и привреда 5-8 2002, стр. 462-470

себно уговара и гарантује се непроменљивост правног режима по коме је извршено страно улагање, обично уз додатак уколико је неповољније од новог. Тако је влада Либије у уговору о кинцесији са са компанијом *Texaco* унела ову клаузулу и гарантовала сва права предвиђена уговором без обзира на могуће будуће измене прописа или односа.[39]

Могућност експропријације и сличних мера, као и једностраног раскида уговора од стране концедента повезана је са специфицном природом уговора о концесији. Битна је улога државе у функцији концедента и дефинисање њене улоге *iure imperii*, када поступа као носиоца јавне власти, или *iure gestionis*, при чему се концедент третира као привредни субјект. У циљу решавања питања каракера природе концедента рационално би било да инвеститор уколико је у позицији инстира на клаузулама у уговорима о концесијама којима влада државе иступа као носилац имовинско правних овлашћења дакле *iure gestionis*. Међутим, и у правној теорији а и у законодавствима је и даље сложено питање имунитета државе у трговачким пословима односно да ли држава може да се одрекне свог суверенитета у трговинским пословима. Правна доктрина накадашњих социјалистичких земаља је сматрала да држава у трговинским односима не може да се одрекне ни дела свог суверенитета тзв. концепт апсолутног суверенитета. Супротно томе у праву САД сматра се да страна држава не ужива имунитет уколико се експлицитно или имплицитно одрекла права позивања на имунитет.

Препоручљиве би биле и клаузуле о заштити од више силе. У неким случајевима виша сила не мора бити покривена осигурањем а може стварати значајне проблеме у реализацији посла. Пошто концесионари обично нису спремни да преузму ризик, најчешће концеденти сносе велики део тог ризика. Концедент може да гарантује концесионару продужење рока коришћења за период времена колико је трјала виша сила. Влада се од ових ризика обично осигурава код међународних финансијских институција које се баве осигурањем овакве врсте ризика.

Важно би био да се у уговору не користи општи појам виша сила, него да се дефинише овај појам одређеним елементима нпр. навођењем елемената непредвидљивости, неотклоњивости, спољашњости догађаја, како би се избегли проблеми у тумачењу.

У уговорима и међународним концесијама често се уговарају клаузуле највећег повлашћења. Оне као и у другим међународним уговорима треба да буде инструмент за остваривање једнаких услова у једном, најчешће регионалном и с обзиром на предмет концесије ограниченом простору. У уговорима о концесији ова клаузула је најчешће условна, при чему се накнадно постиже соразум о начину испуњења противчинидбе да би клаузула уопште деловала.

Значајно је питање измене и раскида уговора, пошто се ради о послу на који се примењују норме јавног и приватног права, што значи да је држава овлашћена да раскине уговор или измени уговор када то захтева јавни интерес,

[39] Ћирић А., *Правни оквири заштите страних директних инвестиција*, Право и привреда 5-8 2002, стр. 462- 471

економски, политички, социјални, хуманитарни, војни, и други интереси, уз плаћање накнаде концесионару. Отуда важи начело да држава у циљу заштите јавног интреса може једнострано да мења уговорне одредбе уз обавезу давања накнаде оштећеној страни. Ова последица околности да држава у једном делу иступа као носилац суверене власти, је практично потврђена у готово свим прописима којима се регулише материја концесије, тј. у већини закона о концесијама и то одредбом да у случају експропријације, национализације или сл. мера којима се приступа само изузетно кад то налажу јавни интереси, држава даје наканду штете. У правној тероји нема јединственог става о томе да ли држава може у овим пословима да ограничава своје суверено право. Међутим, пракса показује да је могуће да се у уговору кроз клаузулу стабиланости искључи примена прописа којима би се мењале уговорне одредбе.

Накнада штете коју дугује држава је повезана са схватањем правне природе концесионог посла тј. са карактером улоге концедента.

У зависности од тога да ли се сматра да држава иступа *iure imperii* или *iure gestionis* зависи и да ли дугује само накнаду штете или концесионар има и право на избор између накнаде штете и захтева за извршењем уговора. Међутим ова теоријска констатација и нема неке практичне различите последице, јер је тешко веровати да је концесионар у позицији да оствари извршење уговора на територији друге суверене државе која је дала концесију. У погледу тога која врсте штете се надокнашује, да ли само стварна или и изгубљена добит, пракса показује различита решења, при чему је чешћа ситуација да се надокнађује само стварно претпљена штета.

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

Concessions

Abstract

Concessions are one of the possible ways to employ one's own private capital. They display both advantages and drawbacks. Developed countries do not engage in concessions very often, since there are other ways for construction of infrastructural objects and exploiting of natural resources. Transition countries engage in concessions more often, although even there purchase of shares and joint ventures prevail over concession agreements. Regardless of certain drawbacks and necessary caution related to concession agreements, they are applied worldwide and regulated in over 130 countries. In Serbia, a separate law regulates the issue of concessions.

УДК 339.5 (497.1)
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 411-428

Др Драго Дивљак, доцент
Правног факултета у Новом Саду

САВРЕМЕНИ ПРОБЛЕМИ ДОМАЋЕГ ПРАВА СПОЉНЕ ТРГОВИНЕ

Сажетак: *У суочавању са проблемима који стоје пред нашим правом спољне трговине у модерном добу, наш законодавац има сложен задатак прилагођавања захтевима заштите интереса домаће привреде у транзицији из истовремено прилагођавање међународним правилима и стандардима у овој области.*

Три су правца развоја нашег спољнотрговинског законодавства које је неопходно спровести у циљу налажења адекватног места у међународној трговини а који су међусобно условљени и само у целини дају позитиван резултат. То је опште усклађивање са правилима развијеног тржишног система, са стандардима међународног економског поретка и правилима ЕУ. Они су само нормативни израз мултилатералног и регионалног организовања у међународној трговини којим се наша земља исказује као интегрални део светског тржишта

Такво прилагођавање нужно се мора заснивати на општеприхваћеним принципима и трендовима који су уобичајени у развијеним тржишним привредама. Тако посматрано нема сумње да су дерегулација и либерализација основни принципи на којима би требало да се заснива реформа спољнотрговинског законодавства. Уосталом то је један од индикатора по којима се мери успешност транзиције у једној земљи према званичној методологији Европске банке за обнову и развој.

У овом погледу, у у једном мањем делу меродаваног законодавства учињени су значајни напори. Међутим, есенцијални део нашег законодавства који се односи на спољнотрговинско пословање захтева дубоку ревизију.

Кључне речи: *међународна трговина, право спољне трговине, либерализација, дерегулација, међународни стандарди и правила, заштитни систем, антидампинг.*

Правно регулисање спољнотрговинског промета је и код нас као и у другим земљама изузетно сложено, обимно и хетерогено питање. Разноврсни су интереси који се при том морају задовољити али је основни циљ свакако заштита националних, економских интереса. У његовом остварењу се користе различити методи, облици и објекти заштите што је резултирало релативно различитим правним режимом спољнотрговиснког промета.

Генерално гледано, ова област је у упоредном праву регулисана већим бројем норми које се разликују према степену општости и специјалности и поред тога што у овој области све већи значај имају аутономни извори, од Другог светског рата, тенденцијски се јасно уочава веће мешање државе у ове односе.

Полазећи од сложеног конгломерата интереса, циљева и правних инструмената за њихово остваривање, савремено право спољне трговине у свету се константно суочава са проблемом проналажењем адекватне правне регулације која би се прилагодила динамичним променама и измењеним околностима који настају по том основу.

С друге стране, савремени проблеми нашег права спољне трговине су другачији и сложенији. Они се не састоје само у потреби прилгођавања новом правном и економском окружењу у свету. Наиме, наше право спољне трговине суочава се са проблемима и изазовима који произилазе и из потребе да привреда земље у транзицији свој целокупни систем економије и права прилагодити тржишном принципу пословања. С друге стране како држава при томе ипак не може апсолутно самостално да наступа, услед међузависности светске привреде, наше право мора да се прилагоди захтевима регионалних и универзалних организација којима се желимо придружити као и стандардима регулисања које оне успостављају.

У суштини, све се то може свести на потребу модернизације спољнотрговинског законодавства. При томе када говоримо о тој грани права, мишљена смо да оно обухвата све сегменте правног регулисања који на директан или индиректан начин утврђују правила игре у спољнотрговинском пословању домаћих и страних привредних субјеката. То значи да императив прилагођавања захтевима времена није усмерен само, како би се на први поглед помислило, на постојећи Закон о спољнотрговинском пословању који јесте његов најзначајнији извор и обухвата гро оног што потпада под односну материју већ и на друге законе који на било који начин тангирају односну материју. Овакав концепт је демонстриран и у правилима Светске трговинске организације.

То практично значи да анализа проблематике права спољне трговине нужно обухвата и анализу укупне системске правне основе економских односа са иностранством. Тиме су обухваћени и закони о страним улагањима, девизним и кредитним пословима са иностранством. У том контексту особен значај могу

имати и подзаконски акти који су из ове области. Само сви заједно они чине јединствену целину.

У овом раду ћемо размотрити проблеме са којима се суочава наше постојеће право спољне трговине и у складу с њима размотрити могуће правце њиховог превазилажења и укупног развоја ове гране права у целини, водећи рачуна о свим легитимним захтевима и интересима, а посебно о есенцијалним економским интересима наших привредника.

1. Постојеће законодавство

Постојећи Закон о спољнотрговинском пословању је донет 1992. године и од свог доношења претрпео је низ измена.[1] У формалном смислу њиме је извршено обједињавање регулативе из области економских односа са иностранством у оквиру јединствене кодификације чиме су на целовит начин уређена питања спољнотрговинског промета и обављања спољнотрговинске делатности са иностранством.

Концепцијски, он је без обзира на његове честе измене које су по правилу ишле у правцу либерализације и умањења његовог рестриктивног карактера,[2] задржао своју основну конотацију која одражава дух и потребе времена у којем је донет основни текст са свим слабостима који проистичу из тога. Без обзира на то, овај закон је у односу на законодавство које му је претходило значио реформски искорак. Он садржи основну предност што укида дугогодишњи монопол друштвених предузећа у спољнотрговинском пословању и у односу на ранији период умањује администрирање и мешање државних органа у ову сферу. Исто тако, у овој области знатно су увећана права физичких лица. Полази се у основи од слободе увоза и извоза али се оставља релативно широка могућност да се, у циљу заштите домаће производње и планираног развоја, они ограниче на различите начине. Ради извршења међународних уговора регулисање увоза и извоза одређене специфичне робе уређује се дозволом. Такође је битан помак направљен у систем контроле праћења спољнотрговинског промета. Уместо раније превентивне контроле успоставља се систем накнадне контроле, јер су укинуте раније обавезе подношења пријаве о закљученим уговорима о увозу и извозу.

Очигледно, тада када је донет овај Закон је био позитивно оцењен у теорији,[3] али посматрано из садашње перспективе, он има веома крупне слабости и недостатке. Они се могу сублимирати у неке заједничке одреднице.

[1] Сл. лист СРЈ. бр. 46/92, 49/92, 16/93, 24/94, 28/96, 29/97, 59/98, (16/99, 17/99, 36/99,) 44/99, 53/99, 55/99, 73/2000, 23/2001.

[2] У том погледу су посебно значајне измене извршене 2000 и 2001. године.

[3] Право, теорија и пракса, 2-3/1990

Пре свега је прегломазан и оптерећен непотребним регулисањем питања којима нема места у закону таквог карактера.

Њиме се непотребно регулишу и питања која по својој природи нису подобна за регулисање у овом закону. Њих иначе треба регулисати али их је методолошки подесније инкорпорирати у друге законе. У овом закону има чак и питања која се по својој декларативној садржини приближавају уставној материји.[4]

Материја која по својој природи треба да буде инкорпорирана у друге законе чини значајан део постојећег закона. Илустративан је случај са регулисањем ситуације када се правна лица појављују као потрошачи у спољнотрговинском промету. [5]Како онда она не предузимају трговачке или привредне послове она не подлежу трговачкој регулативи. Режим таквих послова је у домену грађанског права, порезног[6] и царинског законодавства.

Многим одредбама, а таквих је највише, је пре место у царинском закону него у оном који се односи на спољнотрговински промет.[7] Неке одредбе логично припадају законодавству о страним улагањима,[8] питањима форме уговора, па и инвестиционих је пре свега у домену међународног приватног права.[9] Постоје и одредбе које по својој природи требају пре бити у законодавству о конкуренцији[10] или трговинским прописима, као када се ради нпр. обавези у погледу сервисирања.

Нека питања уопште не захтевају законску регулацију у условима важења принципа међународне трговине. Посебно је у том погледу илустративан већи број правила која се односе на поједине уговоре у спољнотрговинском промету.[11]

Осим тога, садашњи закон је пун празнина. Стога је он у одређеним сегментима недовољан јер одређена питања захтевају прецизнију и детаљнију регулативу попут оних која се односе на режим контигената или у домену регулисања међународних плаћања. Она су само парцијално регулисана у овом закону.

Закон је једним мањим делом **и** неприменљив. То произилази из чињенице да у себи садржи и одредбе чију примену није могуће ефективно обезбедити. То се односи на примену домаћих норми у иностранству чак и кад су у питању наша предузећа у иностранству.[12]

Ипак, највећи концептуални недостатак овог закона је што екстензивно омогућава претерано, не само администрирање него и арбитерност а тиме и

[4] Чл. 61. Закона о спољнотрговинском пословању из 1992. год.

[5] Чл. 9. Закона о спољнотрговнском пословању из 1992. године.

[6] Чл. 72 и 74. Закона о спољнотрговнском пословању из 1992. године.

[7] Чл. 11. 43., 44, 4550, 51, 52, 86, 88, 89, 90, 91, 92 Закона о спољнотрговнском пословању из 1992. године. је један од таквих, у коме је материја претежно царинског карактера инкорпорирана у односни закон.

[8] Чл. 16., 52-56. Закона о спољнотрговнском пословању из 1992. године

[9] Упореди чл. 27. Закона о спољнотрговнском пословању из 1992. године

[10] Чл. 59., 83, 84 Закона о спољнотрговнском пословању из 1992. године

[11] Чл 17, 18 Закона о спољнотрговнском пословању из 1992. године

[12] То се односи нп., на положај наших предузећа која изводе инвестиционе радове у иностранству. Упореди Чл. 23. Закона о спољнотрговнском пословању из 1992. године

корупцију. У неким сегментним се то посебно испољава. Такав је случај са овлашћењем државним органима да самостално утврђује која роба подлеже ком режиму трговине.[13] Овај недостатак се још више потенцирао подзаконским актима који су пратили овај закон а који су и постојећи степен либералности умањивали а увећавали администрирање.

Све напред изнето указује на хитну потребу промене спољнотрговинског законодавства и успостављање новог законодавног оквира за ову област.

3. Правци развоја

Без обзира на вишеслојност у анализи праваца развоја логично је да је у првом плану материја којим се непосредно регулише спољнотрговинско пословање.

У овој области методолошки могуће је поступити на различите начине. Могуће је ову област покрити новим Законом о спољној трговини. Такође је могуће ову област уредити јединственим законом о трговини као што је то случај са хрватским правом. Исто тако је могуће односне норми и правила логично распоредити у законе који се односе на међународно приватно право, страна улагања, трговину, конкуренцију, девизно и финансијско пословање. Такав приступ је демонстриран у словеначком праву.

У техничком смислу закон мора бити јасан, језгровит, приступачан за стране субјекте, логични систематизован у логичне целине. У односу на постојећи закон требао би бити краћи и мање свеобухватан. Морају се избећи понављања која оптерећују закон а која се у постојећем закону највише односе на услуге у спољнотрговинском пословању а која не доприносе његовој јасноћи. Уместо њих треба предвидети опште принципе.

У садржинском погледу, он треба пре свега треба да значи промоцију и разраду принципа слободне трговине у овој области и одступања од тог принципа. Полазећи од циљева који се желе постићи овим законом а у поређењу, у односу на постојећи закон многе одредбе ће бити непотребне док је један део одредби потребно модфиковати и као такве транспоновати у друге законе.

С друге стране логика новог прилаза овој грани права не искључује, чак чини пожељним, да се у овом закону регулишу неки други институти који досад нису били саставни део односног закона. То се пре свега односи на регулисање рада представништава и заступништава. У овом закону ипак не би требало бити места за лица који су по свему, осим по пореклу капитала, домаћа правна лица.

Ново законодавство мора одговорити захтевима који се постављају за модерне прописе у овој области. Они су свеобухватни али се генерално могу свести на неколико њих.

[13] Чл. 12. ст. 4. Закона о спољнотрговнском пословању из 1992. године.

Три су правца развоја нашег спољнотрговинског законодавства које је неопходно спровести у циљу налажења адекватног места у међународној трговини а који су међусобно условљени и само у целини дају позитиван резултат. То је опште усклађивање са правилима развијеног тржишног система, са стандардима међународног економског поретка и правилима ЕУ. Они су само нормативни израз мултилатералног и регионалног организовања у међународној трговини којим се наша земља исказује као интегрални део светског тржишта

Такво прилагођавање нужно се мора заснивати на општеприхваћеним принципима и трендовима који су уобичајени у развијеним тржишним привредама. Тако посматрано нема сумње да су дерегулација и либерализација основни принципи на којима би требало да се заснива реформа спољнотрговинског законодавства. Уосталом то је један од индикатора по којима се мери успешност транзиције у једној земљи према званичној методологији Европске банке за обнову и развој.

Ове тенденције и правци развоја треба да нађу свој израз у правним прописима.

а. Дерегулација и либерализација

Изграђивање тржишне привреде засновне на приватној својини претпоставља и спољнотрговинску регулативну прилагођену таквом систему привређивања. То опет подразумева пре свега елиминисање свих непотребних ограничења у спољној трговини.

Дерегулација, односно либерализација, се намеће као императив решавања присутних проблема у праву спољне трговине. Иако представљен и прокламован као закон којим је учињен искорак у том смеру, (ма колико је постојећи то у ствари и био кад је донет), у новим условима и са другим постављеним циљевима, суштински разлог његове замене новим је управо суштинска дерегулација пословања са иностранством и либерализација правног режима.

У том погледу елементарна претпоставка свега је уклањање свих прописа који нису у складу са тржишном организацијом привреде. Лако је уочљиво да постојећи правни оквир за обављање спољнотрговинског пословања карактеришу и одредбе које су непримерене новом тржишном амбијенту и привредној структури која се заснива на приватној својини. Постоји читав сегмент правила којим се свим привредним субјектима, без обзира на својинску структуру њиховог капитала, намећу иста правила понашања у погледу начина бирања пословних партнера или начина обезбеђења и избора средстава обезбеђења, што је у контексту приватних предузећа или оних са већинским приватним капиталом, недозвољено мешање у вођење пословне политике и наметање одређеног начин понашања. То је посебно видљиво код регулисања извођења инвестиционих радова у иностранству.[14] И питања од мањег значаја, као што је

[14] Она се везује за коришћење инструмента обезбеђења, коришћење радне снаге и сл. Упореди чл. 25. и 26. Закона о спољнотрговинском пословању из 1992. године.

контигентирање размене која се оствари на сајмовима,[15] имају своју специфичну тежину и непримерна су новим условима.

Као и за све земље у транзицији и наша земља се налази пред императивом либерализације спољне трговине. Овај процес је све више универзалног карактера иако је првобитно креиран билатералним уговорима о слободној трговини да би касније, путем регионалног удруживања земаља прерастао те оквире. Битно је напоменути да њега вештачки не намећу процеси економске регионалзације и глобализације. Он је пре свега израз интерних потреба националне привреде да јача своју конкурентску способност између осталог и путем већег отварања свог тржишта за иностарну робу и услуге. Неке економске анализе показују да се позитивни учинци либерализације пре или касније исказују путем преусмеравања домаће производње према компаративним предностима као што су раст националне потрошње и могућности додатног инвестиционог раста. Врло је важна могућност коју либерализација даје домаћим извозницима путем коришћења предности либерализованог наступа на страним тржиштима.

Укупно посматрано либерализација нема алтернативу. Сагласно томе основни проблем је онда наћи модус да се она реализује поступним путем, како би домаћа привреда имала времена да се томе структурно прилагоди и на тај начин умањи негативне последице који краткорочно неминовно настају у том процесу.

Либерализација о којој говоримо усмерена је у више праваца и вишезначног је карактера. То у првом реду значи инаугурисање и остварење слободе спољне трговине и ограничење државне интервенције и администрирања. У том смислу та слобода треба да буде логичан наставак слободе унутрашње трговине. Технички то подразумева да се законом требају регулисати само одступања од датог принципа а остало се, по својој природи, сматра дозвољеним.

Из овог општег принципа се изводи други који значи његову разраду. Остваривање слободе спољнотрговинског промета претпоставља ограничење државне интервенције и администрирања, а тиме и умањење корупције у овој области. При овоме би се свим, домаћим и правним субјектима гарантовала правна сигурност и транспарентност. Улога државних органа би била сведена на разумну меру. Улога и учешће Владе је неопходна само у оквиру стриктно утврђених услова и области. Она је важна нарочито у погледу деловања у хитним околностима. Међутим и тада је потребно дефинисати ситуације у којима Влада може деловати као и конкретна овлашћења којима располаже. Са овог аспекта битно је умањити или елиминисати учешће непотребних субјеката, као што је био случај са банкама и њиховом улогом у контроли и евиденцији о коришћењу контигената,[16] што је пословну банку претворило у парадржавни орган.

Наведена слобода спољнотрговнског пословања претпоставља исти третман страних роба и услуга и њихов исти третман без обзира на порекло. Стра-

[15] Чл. 21. Закона о спољнотрговинском пословању из 1992. године.

[16] Члан 13. ст. 3. Закона о спољнотрговнском пословању из 1992. године.

на роба у том смислу не може бити подвргнута строжијем правном режиму него домаћа. То се односи како на наметање фискалних обавеза,[17] тако и у погледу техничких услова и стандарда за стављање у промет[18] или обавеза у погледу сервисирања.

У контексту ограничавања непотребног управног мешања државе треба посматрати и даље задржавање посебног регистра за обављање спољнотрговинске делатности. Логично се извлачи закључак да је, у складу са прокламованим начелом слободе спољне трговине довољно и постојање општег судског регистра свих предузећа односно привредних субјекта те је непотребан посебан упис спољнотрговинске делатности. Може се ићи и даље и тврдити да стриктно интерпретирање принципа изједначавања пословне способности предузећа у пословању на унутрашњем и међународној тржишту доводи у питање не само дуални режим регистрације за унутрашњи и спољнотрговински промет већ може поставити и питање њеног посебног регулисања у статутима предузећа.

Посматрано на исти начин, непотребним се чини и опстајање посебног, рестриктивнијег, режима у односу на обављање спољнотрговинских послова за предузетнике, у односу на предузећа Ако су они слободни у пословању на унутрашњем тржишту, не постоји оправдање да се другачије третира њихово спољнотрговинско пословање. Могуће је, али није ни то нужно, диференцирано утврдити њихова овлашћења у односу на конкретну делатност, чиме се избегавају лоше последице једнозначног поступања.

Правни режим услуга у спољнотрговинском промету мора бити заснован на истим принципима као и промет роба. То значи слободу вршења услуга и истоветност дефинисања њиховог регулисања. То се односи и на услуге на унутрашњем тржишту. То свакако подразумева да се постојећи систем који, као основни услов за вршење ових услуга захтева упис даваоца услуга у судски регистар за вршење спољнотрговинских услуга не може задржати.

Међутим, како услуге, а посебно неке од њих могу имати стратешки значај за државу, потребно је утврдити и одређене разумне границе тој слободи. У том смислу неопходно је пронаћи решење које би штитило домаће привредне интересе а истовремено омогућило страним лицима јасан преглед њихових права увидом у овај закон. Неопходно је ограничити администрирање овој области и онемогућити корупцију која из тога произилази. То је тешко постићи задржавањем дискреционих овлашћења државним органима да самостално одређује услове за пружање услуга страних лица. Стога је у будућем законодавству неопходно и у овом сегменту ограничити њена овлашћења на унапред утврђене стратешке услуге. Без лимитирања листе ових услуга није могуће постићи правну сигурност на жељеном нивоу.

И обављање привредних делатности наших предузећа у иностранству треба системски регулисати на исти начин као и извоз роба и вршење услуга.

[17] О неким случајевима такве врсте: *Still Hazy after All These Years*: The Interpretation of National Treatment in the GATT/WTO Cae Law an Tax Discrimination, EJIL. 15,(2004).

[18] У овом контексту, посебно питање је питање прихватања иностраних стандарда, посебно ако су они захтевнији од наших.

Основни полазни принцип у овој области је да је обављање делатности у иностранству слободно. Стога се губи рацио његовог посебног регулисања. штавише немогуће је наметати важење нашег права на пословне активности наших предузећа изван наше земље, поготово када се та делатност заснива на корпоративном улагању. Наметање домаћег права као јединог меродавног права за ове послове, не само што није могуће ефективно спровести, већ може бити контрапродуктивно за наше привреднике. Осим тога, свако наметање једног решења као једино могућег и апсолутног, као што је овде случај, може битно ограничити развој међународне трговине.

Уместо фокусирања на проширење јурисдикције наших закона и изван граница земље, наш законодавац би требао да обезбеди фискалне интересе у контексту прихода по основу таквог пословања. У том контексту је неопходно адекватно регулисати питање реинвестирања наших предузећа у иностранству, посебно са аспекта контроле. Стога,страно инвестирање и обављање делатности треба, као и другим земљама подвести под контролу само пореских и кривичних закона а ослободити управно-правних, као што је то случај у постојећем законодавству. На основу тога потребно је наметнути обавезу пријављивања добити. Међутим, ову материја је више предмет фискалног права и регулативе протока новца а не права спољне трговине.

б. Прилагођавање међународним стандардима и правилима

Регионални и универзални облици интеграција у сфери међународне трговине су довели до успостављања одређених стандарда у датој области а који су постали општи правни оквир за њено одвијање. Структурирани од принципа, правила, механизама и инструметарија функционисања у више институционалних и правних форми, они се морају узети у обзир при конципирању домаћег односног законодавства чиме је у битном умањен суверенитет државе у вођењу апсолутне спољнотрговинске политике. Наиме, систем модерног пословања намеће функционални тип интеграције у светској привреди који битно сужава и релативизује класични национални суверенитет држава – у области међународног пословања. То се остварује не само директном применом међународних правила већ и фактичким фаворизовањем уговорно-пословног права над националним законодавством чиме им се даје тим третман наднационалног и екстериторијалног права.

У овом контексту највећи значај имају правила Светске трговинске организације (WTO). СТО је заменила ГАТТ као међународни споразум и инструмент који је на привременој основи од 1947. године регулисао међународну робну размену. Она значи стварање наднационално правно обавезујуће институције у домену међународне трговине.[19]

[19] О различитим аспектима рада Светске трговинске организације: Scott. J., *Interantiona Trade and Environmenatal Governance*: Relatign Rules (and Standards) in the EU and the WTO, EJIL. 15(2004); Mavroidis, P. C., Remedias in the WTO Legal System: EJIL. 11(2000); Siegel. D. E., legal Aspects od the IMF/ WTO Realtionship: The Funds Articles of Agreement and the WTO Agreements, The American Journal of International law, vol. 96:561, 2002.

Правила СТО су заснована на принципима дерегулације, неолиберализације и мултилатерализма. У складу са начелом дерегулације класична национална држава се потискује из сфере стриктног регулисања и дефинисања ове области. Начело неолиберализације подразумева либерализацију[20] свих елемената међународних трансакција, роба[21], услуга, капитала, информација, знања.

Правила СТО регулишући светску трговину проширују свеобухватност међународних универзалних правила на различите аспекте промета роба али све више и услуга, изразито динамичну и експанзивну област. Њима се уређују практично све области трансакција са светом, укључујући и правни статус и третман страних улагања, заштиту права индустријске својине.

Није спорна потреба да и наша земља прихвати стандарде међународног пословања на универзалном нивоу. Не само стога што је то неопходно да би се укључили у глобалне токове интеграција на различитим нивоима, већ и стога што је то истовремено и начин да успоставимо систем економских односа који проверено даје најбоље ефекте јер имплиците претпоставља и постојање тржишне привреде и приватизације, као њеног кључног елемената. Истовремено транспарентан и предвидљив спољнотрговински систем, те обавеза поступања према међународно прихваћеним правилима у спровођењу трговинске политике у најширем смислу, нашу земљу ће учинити поузданим спољнотрговинским партнером и стимулисати прилив страног улагања.

Логично је онда што је наша земља званично исказала жељу за пријем у пуноправно чланство у СТО. [22] Тиме се она, као и велики број чланица, формално дугорочно определила за елиминисање сваког протекционизма у трговини, за трајни процес либерализације трговине робом и услугама, за примену недискриминаторних принципа у подручју индустријске својине и свих других аспеката повезаних с међународном трговином.

Осим смањења царина који неизбежно следи по уласку у ту универзалну организацију, нужно је прилагођавање десетина закона и прописа који су релевантни са аспекта спољне трговине захтевима СТО.[23] То усклађивање се односи на све законе и прописе који директно или индиректно тангирају трговински систем. То значи да прикључење СТО, као најизраженијем облику мултилат-

[20] Нпр. као непосредан резултат приступања Хрватске у чланство СТО-а је прилагодила царинске заштите на ниво царинске заштите која данас постоји у европским транзицијским земљама. Одмах по примени нове, у СТО су усуглашене царинске тарифе, висина просечне царинске заштите смањила се за индустријске производе с 10% на 6,5%, а до краја прелазног периода које завршава 2005. године смањиће се испод 5%. За пољопривредно-прехрамбене производе просечна царина смањена је с 33,7% на 24,3%, а до краја прелазног раздобља које завршава 2007. смањиће се на око 16%.

[21] Предвиђена је постепена либерализација трговине пољопривредним производима, али и текстилом и одећом.

[22] У процесу приступања испитује се усаглашеност не само мера економске политике са СТО, већ и усаглашеност релевантног националног законодавства.

[23] Измене Закона о трговачким друштвима, Закона о трговини, Закона о банкама, Царински закон, сет закона из подручја индустријске својине.

ерализма претпоставља значајне промене у привредносистемским законима и систему економских односа са иностранством, али и прихватање стандарда из области примене стандарда о квалитету, паковању, санитарној и фитосанитарној заштити. У свим областим нужно је увођење мера и инструмената који су компатибилни са правилима СТО.

Усклађивање релевантног законодавства с правилима СТО, на принципима предвидивости, сигурности и стабилности мора се обавити у релативно кратком року јер за разлику од ГАТТ-а, у СТО се инсистира на томе да се прихваћена правила морају спроводити у пакету, без изузетака и без дугачких прелазних рокова за њихову примену.

Већ је речено да су правила СТО вишефункционална и усмерена на више области, не само оних који се стриктно односе на спољну трговину. Њима су обухваћени трговински аспекти и других других области као што су страна улагања, индустријска својина, знања и сл.

С обзиром на ову чињеницу неопходно је генерално утврдити колико су бар ове области покривене компатибилним прописима.

У погледу страних улагања домаћи прописи у овој области су у највећој мери компатибилни са релевантним споразумима СТО. Наиме, због својих интереса, наше право је далеко испред стандарда који се траже правилима СТО а који се тичу страних улагања од значаја за трговину и којима се ограничавају могућност рестриктивних прописа за страна улагања. Њима се најчешће ради о забрани разних видова везивања увоза и извоза или коришћења девизних средстава за остварени увоз. Важећи закон о страним улагањима садржи принципе и одредбе који су у потпуности сагласни са наведеним захтевима. Чак ни постојећи закони о девизном И спољнотрговинском пословању, а који тангирају наведену област, не садрже ни један од услова који би био супротан чл. 2 Споразума о условима за страна улагања која утичу на трговину**.** Плаћања у девизним трансакцијама су слободна, осим у изузетним ситуацијама дефинисаним законом, што се може толерисати с обзиром на степен развијености наше земље

Правила СТО се односе и на обезбеђење адекватних стандарда и принципа у вези коришћења права индустријске својине. Предвиђено је јачање њене заштите, као и обезбеђење ефикасне правне обавезности на поштовање установљених норми, како на међународном тако и на националном плану као и на обезбеђење делотворних инструмената за заштиту права индустријске својине везаних за трговину.

Наши постојећи прописи из ове области у принципу одговарају захтевима СТО у овој области. Већи проблем међутим представља практична примена националних правила него сама њихова адекватност. Посебно је то видљиво у сфери санкционисања недозвољеног понашања. Међутим и у овом погледу су учињени одговарајући кораци пооштравањем казнене политике. Ипак, у овој области је и даље могуће очекивати највише практичних проблема у погледу примене и спровођења правила универзалних правила СТО-е, везаних за индустријску својину.

С друге стране, најосетљивије подручје од свих релевантних области везаних за међународну трговину је подручје услуга. У оквиру СТО је усвојен систем правила која регулишу трговину услуга са тенденцијом да се процес либерализације у овом сектору убрза и његов обим прошири. Приступањем овој организацији наша земља мора да либерализује свој сектор услуга и усклади регулирање тог разноврсног и широког подручја с основним одредбама Општег споразума о трговини услугама, примјењујући на стране даваоце услуга принцип најповлашћеније нације и национални третман. То ће резултирати повећањем конкуренције на домаћем тржишту. И ту је извршено отварање према свету, нарочито у области банкарства а очекује се и у области осигурања и телекомуникација.

4. Заштитини систем

а. Уопште

И процеси либерализације и дерегулације, као и примена међународних стандарда у први план стављају заштитни систем као централно питање. С једне стране висока либерализација мора да има свој пандан у одговарајућем заштитном инструметарију. Стога, процеси либерализације нашег спољнотрговинског система, који су нужни из више разлога, захтевају адекватан приступ проблему заштите сопствене привреде.

С друге страна правила СТО су највише усмерена ка регулисању могућности примене заштите домаће привреде у међународној трговини. Она се суштински заснивају на строгим ограничењима заштите и подршке, укључујући и давање предности мултилатерализму над националним и билатералним режимима спољнотрговинског пословања.

Стога ово питање заслужује посебну пажњу. Потребно је пронаћи оптималан баланс између заштите домаће привреде која мора бити таква да буде у у функцији развоја привредних делатности и интереса, опет компатибилна са међународним правилима, па и правилима СТО.

Полазећи од захтева СТО видљиво је да су потребне измене, како у активном тако и у пасивном систему заштите.

У систему активне заштите потребно је прилагођавање, јер правила СТО забрањују извозне субвенције, односно премирање извоза. Уколико таква пракса и постоји она мора бити пријављена и прекинута у одговарајућем року.

Осим што су утврђена строга правила у погледу директних субвенција у овој области се стриктно ограничавају услови за индиректне субвенције. У одређеној мери ипак су дозвољене субвенције индиректног карактера као што су оне за побољшање квалитета производа, унапређење маркетинга или методама пласмана. Дозвољена су и друга средстава у заштитној политици али

она нису превише коришћења у нашој пракси. То се пре свега односи на систем повраћаја увозних дажбина садржаних у трошковима извозне робе. Он се ретко користи али га је неопходно развијати као легитиман систем унапређења извоза. Сличну функцију има и порез на додату вредност.

Оно што је свакако извесно је да држава ипак својим мерама различитог карактера има могућност да посредно подстиче извоз стварањем здраве подузетничке климе, технолошки модерне и ценовно конкурентне производње, која ће бити способна за интегрисање у светску привреду. Могуће је појачати институционалну и финансијску подршку малим и средњим предузећима на којима данас почива економски развој и раст светске трговине.

У области права спољне трговине већи значај од активних облика заштите усмерених ка унапређењу извоза, има онај пасивног карактера.

Правила СТО доносе промену у легитимној заштитној политици кроз инсистирање на царинама као једином инструменту заштите домаће привреде и њиховој транспарентности. Примарно се мења приступ заштитној политици којим се убрзава процес укидања свих других мера трговинске заштите, осим оних који су везани за царине.

Мали сегменти примене мера административне контроле увоза и нецаринске дажбине и таксе се подвргавају прецизном и стриктном режиму условима трајања. У драстичној мери се редукује и могућност смањења увоза услед заштите платног биланса и то у драстичном облику, како по обухвату и врсти мера, тако и по дужини. То значи да бројне нецаринске баријере (ограничавање извоза, цариснке квоте, одређени тржишни аранжмани, посебне дажбине, порези, забране, разне врсте дозвола, контрола увоза, антидампиншке и компензаторне мере, контроле цена) се подвргавају строгом режиму правила СТО. Квантитавна ограничења увоза представљају редак изузетак којим се у мањем обима дозвољава одступање од наведеног правила.

б. Дозволе и контигенти

У оквиру корпуса инструмента пасивне заштите домаће привреде посебну пажњу заслужују услови коришћења неких инструмената као што су одобрења, дозволе и контигенти.

У оквиру инструмената пасивне заштите, не само из разлога усаглашавања са међународним прописима, упутно је све мање користити могућности које у том смислу пружа квантитативно ограничења увоза, у корист ценовних и осталих мера са сличним ефектом. Ова ограничења треба везати за крајњу нужду.

Из општег принципа слободе трговине нужно следи ограничење или укидање режима дозвола или сваке управне контроле, осим у мери коју налажу јавни интереси. У складу с тим регистрација и издавање дозвола те контигенти, као општи принцип спољне трговине морају бити замењени. Од правила и принципа на којима се заснива систем спољне трговине они се морају дерогирати у лимитативно предвиђене изузетке.

Ограничења се морају успоставити у циљу заштите здравља, безбедности и сигурности, односно заштите животне средине а уз поштовање принципа да све оно што није слободно у промету на унутрашњем тржишту не може бити слободно ни у међународној трговини. У том погледу могуће је дати и Влади овлашћење да појединачним актом забрани промет одређених роба при чему је битно да се таква овлашћења прецизно дефинишу. Ако се пође од ових премиса онда се може закључити да један од ређих сегмената постојећег закона који би у глобалу могао бити задржан у највећој мери онај који се односи на дозволе.[24] Заиста је неопходно и оправдано да се у одређеној мери и за поједине робе задржи систем дозвола. Осим што је коректан у односу на ширину примене, он и у методолошком смислу задовољава потребу да се то уради у прецизној форми, којом ће се онемогућити дискрециono право државних органа. Ипак, ова регулатива биће потпуна само када се додају и правила о условима за добијање дозвола као и рокови за добијање исте.

Рестрикције у домену спољнотрговинске размене би требало да постоје само у оквирима дозвољеним међународним стандардима. То важи и за контигенте. Одреднице у том погледу свакако не могу бити заштита домаће производње, остваривање планираног развоја, односно развоја и заштитне политике, као што је био случај у постојећем закону јер је то у супротности са наведеним стандардима. Посебно се они не могу јавити као инструмент платног биланса. Тако постављен режим контигената би омогућио широку скалу произвољних препрека у спољнотрговинском пословању.

Међутим, то не значи да је регулисање спољнотрговинског промета путем увозних и извозних контигената апсолутно недопустиво, посебно ако се то врши у разумној мери. То је више ствар рационалне процене јер су они легитимно средство усмеравања спољнотрговинског промета и постоје у многим земљама посебно када се ради о осетљивим робама као што су пољопривредни производи. Алтернатива контигентима могу бити флуктуирајућа царинска и пореска политика. Међутим, овај систем је генерално скупљи и стога мање подесан за неразвијену земљу као што је наша.

Стога је рационално задржати контигенте као инструменте регулисања тржишта, али тако да се они регулишу на јасан и прецизан начин. У сваком случају је потребно смањити потребу контигентирања на разумну меру.[25] То претпоставља да се државним органима не оставља широк простор за самостално поступање као што је садашњем закону. То пре свега значи да се унапред дефинишу области у којима се могу уводити контигенти. Тиме би се унапред знало колики део њиховог пословања подлеже владиним интервенцијама. Међутим потребно је даље задржати могућност ових органа да хитно интервенишу у посебним ситуацијама када треба спречити веће поремећаје на тржишту. У овом,

[24] Упореди Чл. 12. ст. 3. Закона о спољнотрговинском пословању из 1992. године.

[25] То није случај са садашњима законом, где се контигентирање односи на на размену робе која се оствари на сајмовима Чл. 21. Закона о спољнотрговинском пословању из 1992. године.

као и осталом делу наше законодавство треба прилагодити правилима СТО.

Битно питање код контигената је ко одређује корисника и по којим критеријумима. Постојећи систем[26] је крајње субјективан јер услед широких овлашћења надлежних органа омогућава корупцију. У сваком случају мора се деловати у оквиру одређене процедуре и објективне селекције.

Циљ законодавца је да се у ову област уведу објективни критеријуми. То свакако подразумева позив на давање понуда или тендер. што се тиче критеријума ту требамо разликовати увозне и извозне контигенте. Код увозних контигената природно је да су критеријуми цена, квалитет и рокови испоруке, док се код увозних то своди само на количину јер би другачији приступ значио непотребни уплив државе у тржишне односе. Мада је најбоље уместо увозних контигената увести извозне таксе, чиме би се стабилизовало тржиште и постигли други интереси државе у овом домену.

Државним органима је потребно омогућити да делују и изван оквира, предвиђеним контигентима, али само из преходно утврђених разлога. У обзир долази потреба очувања снабдевености и одржавања стабилности на тржишту, али опет под условом да се корисници таквих контигената опет добијају путем конкурса или позива на понуде а не номинативно. Таква ситуација, посебно ако се то ради у форми забране увоза, треба да има карактер преседана који се изузетно ретко треба користити.

ц. Антидампинг

У оквиру новог права спољне трговине, посебну пажњу треба обратити на поједине сегменте којим се врши усклађивање са међународним стандардима и захтевима ЕУ, а истовремено штите интереси националне економије од могућих злоупотреба предности либералне трговине и нарушавања правила о конкуренцији у међународном пословању.[27] Пракса показује да се проблеми заштите домаће привреде, који је врло актуелан, због високог спољнотрговинског дефицита, захтева подробнија разматрања инструмената те заштите Полазећи од тога, а оквиру напора у актуелизовању нецаринских инструмената заштите, посебан значај може имати антидампинг.

У оквиру Европске уније постоје врло разрађена правила антидапингу.[28] На универзалном међународном плану правила о антидампингу су утврђена први пут Чланом VI ГАТТ-а. Њиме се овлашћују стране уговорнице да могу под одређеним условима применити антидампиншке мере ради отклањања настале или претеће штете. Од легитимног инструмента заштите, он се у међународној пословној пракси трансформисао у средство злоупотребе и прикри-

[26] Упореди Чл. 13. ст. 2. Закона о спољнотрговинском пословању из 1992. године.

[27] О тим проблемима: Tarrullo, D., *Norms and Instiutions in Global Competiton policy*, American Journal of International Law,vol. 94:478., 2000.

[28] То су : Уредба бр. 384/96, Уредба (ЕС) 2331/96, Уредба (ЕС) 905/98, Уредба (ЕС) 2238/2000 и Уредба (ЕС) 1972/2002.

веног протекционизма. Због тога се Споразум о антидампингу из финалног акта Уругвајске рунде преговора, као меродавно правило СТО-е, осим што утврђује начин примене антидампиншких мера,[29] превасходно бави пружањем заштите земљама извозницима од њихове злоупотребе.[30]

Иако усмерена ка онемогућавању злоупотреба ових правила у смислу онемогућавања увоза, она за наше право, као и правила ЕУ представљају општи правни оквир у коме треба да се креће наш законодавац. Адекватно правно структурирање и ефикасна примена могу значајно допринети наведеним циљевима.[31] У садашњем моменту наш заштитни систем је хендикепиран недостатком квалитетних прописа који би санкционисали нелојалну конкуренцију у међународној трговини и обезбедили заштиту од од нелегитимног субвенционисања увоза. Иако би могао имати врло значајну улогу у том погледу, он се у пракси скоро да није ни користио.

У овом контексту, неопходно је преиспитивање и креирања адекватних правила о антидампингу у светлу искустава и захтева међународних правила и стандарда регионалних организација, посебно Европске уније. Као и свакој тржишној привреди они су неопходни и код нас. Питање је методологије да ли то треба учинити законом који регулише спољнотрговнску делатност или законом о конкуренцији, где природно припада. То је потребно учинити на тај начин којим ће се максималној мери заштити наши произвођачи од нелојалне конкуренције страних компанија.

Међутим, то мора бити учињено адекватно, у том смислу да превелика заштита домаћих произвођача не би оштетила друге домаће привредне субјекте који користе ту робу страних произвођача. Претерана заштита иде дугорочно на уштрб и потребе да се јачањем конкуренције подигне конкурентска способност домаће привреде.

Област антидампинга је специфична и по томе што није довољно имати одговарајућа правна правила која регулишу ову област. Потребно је имати на располагању одговарајуће кадрове који це моћи на компетентан начин да учествују у сложеним анализама и поступку се води. У том смислу је потребно оспособљавање одговарајућих стручњака из више области. С друге стране, постизање правог ефекта у овој области претпоставља и адекватну едукацију наших привредника о свим могућностима који овај инструмент пружа у заштити од нелојалне конкуренције.

[29] У новом антидумпинг систему установљена су правила у вођењу поступка, али није промењена методологија дампинг калкулација.

[30] Наиме, он се све више у пракси преко 50 земаља у којима постоје та правила, претворио у средство рестриктивне трговинске праксе.

[31] Такав утицаја и међузависност су увидели неки законодавци у упоредном праву већ почетком века, регулишући антидампинг законским путем.

Закључак

Савремени проблеми нашег права спољне трговине су другачији и сложенији него они који тангирају ту грану права. Они се не састоје само у потреби прилазу развијеним тржишним привредама. Осим прилагођавања новом правном и економском окружењу у свету, оно се суочава и са транзицијском проблематиком. Акутно постоји и проблем прилагођавања захтевима регионалних и универзалних организација којима се желимо придружити као и стандардима регулисања које оне успостављају.

Три су правца развоја нашег спољнотрговинског законодавства које је неопходно спровести у циљу налажења адекватног места у међународној трговини а који су међусобно условљени и само у целини дају позитиван резултат. То је опште усклађивање са правилима развијеног тржишног система, са стандардима међународног економског поретка и правилима ЕУ.

Полазећи од наведеног реформа спољнотрговинског законодавства се обавезно мора заснивати на принципима дерегулације и либерализације. Они треба на адекватан начин да нађу свој израз у одговарајућим правним прописима.

Постојеће матично законодавство у овој области Закон о спољнотрговинским односима из 19192. је прегломазан и оптерећен непотребним регулисањем питања којима нема места у закону таквог карактера, пун празнина, једним делом и неприменљив. Међутим, у основи је он пре свега превазиђен и неодговарајућим ономе што се од овог закона очекује у модерном времену.

Стога је креирати потпуно ново законодавство из ове области. Потребно је у које ће у садржинском и методолошком погледу бити на нивоу стандарда у развијеним европским земљама.

Императив прилагођавања захтевима времена није усмерен само, како би се на први поглед помислило, на постојећи Закон о спољнотрговинском пословању који јесте његов најзначајнији извор и обухвата гро оног што потпада под односну материју већ и на друге законе који на било који начин тангирају односну материју. Тај сет закона у овој области у различитој мери је ипак близу стандарда који се захтевају, а неки су потпуно компатибилни са захтевима који се постављају пред њих.

Како у тим процесима развоја либерализација спољне трговине дугорочно неалтернативо, суштинско питање које се поставља се односи на проналажење адекватног баланса између потребе да релеванто законодавство буде у у функцији развоја привредних делатности и интереса, а опет компатибилно са међународним правилима, па и правилима СТО. Поступност у у понашању и отварању домаћег тржишта у томе сигурно може помоћи.

Drago Divljak Ph.D., Docent
Novi Sad School of Law

Contemporary problems of the national foreign trade law

Abstract

This paper discus the problems our foreign trade law faces, and it analyses the possible avenues to be pursued in order to overcome the problems and improve this legal field in general. All the legitimate claims and interests, as well as the essential economic interests of our business people have been taken into account.

Our foreign trade legislation should be developed in three ways in order to find its proper place in international trade. The three ways are mutually conditioned and may give positive results only if brought together. They assume general harmonization with principles of developed market systems, standards of international economic order and rules brought by the EU. They are nothing but a legislative expression of multilateral and regional associations in international trade, through which our country expresses itself as a component part of the global market.

Generally accepted principles and trends that are usually applied within developed market economies must be made a base for such harmonization. In light of that, there is no doubt deregulation and liberalization is the basic principle upon which the reform of foreign trade legislation should rest. The principle however has been one of the indicators of the level of transition success within a country, according to the official methodology of the European Bank for Reconstruction and Development.

All the abovementioned development trends and approaches need to find their expression within legislation. Therefore, one should pass a new Law on Foreign Trade Relations, while all the statutes related to the issues should be adjusted to an appropriate extent. Nevertheless, creation of adequate protective instruments of national commerce should be given special attention.

УДК 341.645.2
343.156/.158 (497.1)
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 429-459

Др Родољуб Етински, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПРАВО НА ДЕЛОТВОРАН ПРАВНИ ЛЕК У СВЕТЛУ ПРАКСЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Сажетак: *Правним леком се штити неко субјективно право и отклањају последице повреде овога. Правни лекови у конкретном облику јављају се прво у унутрашњем праву и, затим, у апстрактном облику, као право на правни лек у међународном праву, прво у контексту заштите права странаца а, после Другог светског рата, као универзално људско право. Оно је данас потврђено универзалним, општим и специјалним, као и регионалним уговорима о људским правима. Европски суд за људска права налази у члану 13 Европске конвенције о људским правима снажно упориште за потпуно остваривање права и слобода гарантованих Европском конвенцијом и протоколима закљученим уз њу. Устаљена пракса Европског суда за људска права указује на нека дејства која треба да произведу национални правни лекови у случају повреде појединих права у различитим околностима. Захтеви овог Суда су нарочито високи када је у питању право на живот или забрана тортуре ако повреду учини орган државе.*

Кључне речи: *Правни лек, Европски суд за људска права, делотворност, право на живот, забрана мучења, право на поштовање преписке и приватности, право на правично суђење, домаћи правни лекови, статус жртве, надлежни национални орган*

О појму и термину „правни лек”

Правни лекови се састоје од процесних и материјалних правних елемената којима се спречава и „лечи” повреда права. Под изразом „правни лек” може да се разуме у међународном праву све оно чиме се утврђује неко право, у случају када је спорно постојање, садржај или обим неког права или тражи остваривање неког права, односно спречава или зауставља повреда права или се отклањају последице повреде. Ту спадају процесна средства којим се активирају механизми државе како би се применом материјалних или процесних правила утврдило и остварило, заштитило или повратило право или зауставило даље повређивање субјективног права и отклониле последице те повреде. Термин „правни лек” обухвата, дакле, више значења у међународном праву: процесно средство којим неко тражи да му држава обезбеди несметано уживање права или да га заштити када сматра да му је право повређено, правна заштита која је могућа на основу материјалног и процесног права и пружање те правне заштите од стране државе.

Више значења овог термина отежава његово коректно коришћење и превођење са страних језика. Енглеска реч „*remedy*”[1] је у службеном преводу Међународног пакта о грађанским и политичким правима, усвојеног у Њујорку 1966. године преведена као „право жалбе”[2]. Исти термин у службеном преводу Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, усвојене у Риму 1950. године је преведен као „правни лек”.[3] Ове тешкоће узроковале су озбиљну грешку у службеном преводу Међународног пакта о грађанским и политичким правима.[4] Заиста, у међународним уговорима и у међународној пракси овом термину се не придају увек иста значења.

Разуме се да термин „правни лек” не мора да има исто значење у националном праву. Тако се у нашем праву под правним лековима разумеју жалба и ванредни правни лекови, као ревизија, захтев за заштиту законитости или предлог за понављање поступка. То је битно уже значење у односу на оно из међународног права.

---

[1] У Правном енглеско-српском речнику стоји да термин „*remedy*” значи „1. правно средство, правни лек; 2. излечити; 3. поправити, побољшати, исправити; 4. помоћи.” Б. Вукичевић, *Правни речник, енглеско-српски*, Београд, 2003, стр. 397 У Оксфордском правном речнику под „*remedy* (*redress, relief*)” стоји „any of the methods available at law for the enforcement, protection, or recovery of rights or for obtaining redress for their infringement.” *Oxford Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1997, стр. 395.

[2] Сл. лист СФРЈ, бр. 7/1971

[3] Сл. лист Србија и Црна Гора бр. 9/2003

[4] Тако пара. ц) става 3 члана 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године на енглеском језику гласи: „Each State Party to the present Convention undertakes: .... c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.” У службеном преводу, објављеном у Службеном листу СФРЈ, ова одредба гласи: „Државе чланице овог пакта се обавезују: .... ц) да гарантују да ће надлежна власт повољно решити сваку жалбу која буде сматрана оправданом”. Види наш превод у белешци бр. 9.

Права на делотворан правни лек у унутрашњем и међународном праву

Право на делотворан правни лек постоји данас као право правних субјеката унутар националног правног система. Ово право припада, дакле, физичким и правним лицима унутар неког националног правног система. Субјекат обавезе која одговара овом праву јесте држава. Држава је у обавези да сваком физичком и правном субјекту под њеном јурисдикцијом обезбеди правни лек којим овај може да заштити своја права.

Ово право је признато и субјектима унутар комунитарног права као опште начело комунитарног права. Суд Европских заједница налази да је реч о општем правном начелу заједничком уставним традицијама држава чланица.[5] Ово је логично јер се комунитарно право јавља као (доминантна) компонента унутрашњег права а Европска унија је све ближе једној сложеној држави (федерацији) и све је даље од међународне организације.[6]

Правни лекови се појављују у међународном праву, прво у контексту правила о одговорности државе за повреде странаца. Са једне стране, држава домаћин је била дужна да обезбеди правну заштиту странцима, у погледу њихове личности и имовине, бар онолику колику обезбеђује и својим држављанима али свакако не испод одређеног међународног стандарда. Ова правна заштита укључује и судску заштиту.[7] Исцрпљивање националних правних лекова од стране повређеног странца, са друге стране, био је услов било настанка одговорности државе било процесне дозвољености покретања међународне дипломатске или правне акције од стране државе чије држављанство има повређени странац. Када су људска права призната као део међународног права, обавеза

[5] У случају Marguerite Johnston v *Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* Суд Европских заједница разматра, између осталог, члан 6 Упутства (енг. *Directive*) којим се тражи од држава чланица да у своје унутрашње правне системе уведу такве мере које су потребне да омогуће свим лицима, која се сматрају погођена дискриминацијом, да остваре своја права путем судског поступка. Суд Европских заједница каже да захтев за судском контролом стипулисан овим чланом рефлектује опште правно начело заједничко уставним традицијама држава чланица. Овај Суд каже, такође, да је то начело изражено и члановима 6 и 13 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године. *Court of Justice of the European Communities*, Reference for a preliminary ruling: Industrial Tribunal, Belfast (Northern Ireland) – United Kingdom. Case 222/84. Judgment of the Court of 15 May 1986. http:///europa.eu.int/cj/en/content/juris/index.htm

[6] Ово право је унето у Уговор којим се установљава Устав за Европу, прихваћен у Бриселу јуна 2004. године у одредби која се односи на право на делотворан правни лек и право на правично суђење и чије релевантан део гласи: „Свако чија су права или слободе, гарантована правом Уније, повређена има право на делотворан лек пред судом сагласно условима постављеним у овом члану..." У ставовима 2 и 3 овог члана говори се о праву на правично суђење и праву на правну помоћ.

[7] У случају Бергер в. Стевенс Врховни суд Северне Каролине 1929. године каже: „It is incompatible with a state of national friendship, and is a cause of war, if the citizens of another country are not allowed to sue for and obtain redress of wrongs in our courts." Annual Digest, 1929-1930, Case 160. Наведено према *Oppenheim's International Law*, Vol. I Eighth edition by H. Lauterpacht, London, 1974, стр. 688

коришћења локалних правних лекова постала је општа претпоставка дозвољености било какве међународне акције повређеног појединца или његове државе а право на судско обештећење један од елемената права на делотворан правни лек које уживају сви појединци, без обзира да ли су странци или држављани државе у питању.

Право на делотворни правни лек као једно од људских права је, после Другог светског рата, заштићено међународним правом. Имајући у виду искуства која су претходила Другом светском рату, као и искуства настала током тог рата, државе су после Другог светског рата учиниле људска права предметом међународне заштите. Ставом 3 члана 1 Повеље Уједињених нација унапређивање и подстицање поштовања права човека је одређено као један од циљева Уједињених нација.

Као елеменат корпуса људских права, право на делотворан правни лек је прокламовано на глобалном нивоу прво Универзалном декларацијом о људским правима, коју је прихватила Генерална скупштина УН 10. децембра 1948.[8] Оно је проглашено, затим, ставом 3 члана 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, отвореном за потписивање у Њујорку 19. децембра 1966. године.[9] Садржано је у универзалним међународним уговорима који се односе на посебна питања из области људских права као што је забрана расне дискриминације[10] или забрана мучења[11]. Ово право је заштићено и регионалним међу-

[8] У члану 8 Универзалне декларације стоји: „Свако има право на делотворан правни лек од стране надлежних националних судова за акте којима се крше основна права која су му дата уставом или законом." Ian Brownlie, *Basic Documents in International Law*, second ed. Oxford, 1978. стр. 146

[9] У ставу 3 члана 2 Пакта стоји: „Свака држава уговорница ове Конвенције се обавезују: а) да обезбеде да свако лице чија су права и слободе призната овим Пактом повређена, може користити делотворан правни лек, чак и ако су их повредила лица у вршењу својих званичних дужности; б) да обезбеди да ће надлежне судске, управне или законодавне власти или свака друга надлежна власт према прописима државе, решавати о правима лица које користи такав правни лек, и да развију могућности судских правних лекова; ц) да обезбеди да надлежне власти изврше оно што је захтевано правним леком када буде прихваћено." Human Rights, *A Compilation of International Instruments*, Vol. I, Univesal Instruments, UN, New York and Geneva, 1993, стр. 21

[10] У члану 6 Међународне конвенције о елиминисању свих облика расне дискриминације, прихваћене 21. децембра 1965. године стоји: „Државе уговонице ће обезбедити сваком у оквиру своје јурисдикције делотворну заштиту и правне лекове, преко надлежних националних судова и других државних институција против било ког акта расне дискриминације који вређа његова људска права и основне слободе супротно овој конвенцији, као и право да тражи од таквих судова правичну и адекватну накнаду или задовољење за било какву штету проистеклу из такве дискриминације." *Op.cit*. стр. 71

[11] У Конвенцији против тортуре и другог окрутног, нехуманог или понижавајућег поступања или кажњавања, прихваћеној у Њујорку 10. децембра 1984. материја делотворног правног лека изложена је у два члана. У чл. 13 стоји: „Свака држава уговорница ће обезбедити да сваки појединац, који тврди да је био изложен тортури под њеном јурисдикцијом, има право на жалбу и да се његов случај хитно и непристрасно испита од стране компетентних власти. Биће предузете мере да се обезбеди да жалилац и сведоци буду заштићени против сваког злостављања или притиска због жалбе или додатних доказа." У чл. 14 стоји: „1. Свака држава уговорница ће обезбедити у свом правном систему да жртва акта тортуре добије заштиту и остваривo право на поштену и адекватну компензацију, укључујући средства за потпуну рехабилитацију колико је могуће. У случају смрти жртве због акта тортуре, они који су зависили од ње ће бити овлашћени на компензацију." У овим одредбама се не користи термин „*remedy*" већ се значење овог термина изражава преко више посебних термина: „*complain*", „*redress*", „*compensation*" и „*rehabilitation*". *Op. cit*. стр. 297.

народним инструментима у Европи[12], Латинској Америци[13], и Африци.[14] Постоје значајне разлике у формулацијама овог права у наведеним међународним инструментима. Некима од њих се право на делотворни правни лек гарантује у погледу свих индивидуалних права заснованих уставом или законом. Другима се јемчи ово право само у погледу индивидуалних права и слобода заштићених тим међународним инструментом. Постоје разлике међу одредбама овог права садржаних у општим уговорима о људским правима и оних посвећених посебним питањима. Тако је Конвенцијом против тортуре и другог окрутног, нехуманог или понижавајућег понашања посебно наглашена обавеза државе да оне који се користе овим правом заштити од сваког притиска са обзиром да се у конкретном случају правни лек тиче понашања полиције. Такође, држава уговорница се обавезује да жртви обезбеди накнаду, укључујући рехабилитацију. Можда су, међутим, најзначајније разлике у погледу међународног надзора над поштовањем овог права који је обезбеђен наведеним конвенцијама.

Ово право не може да буде квалификовано као опште правно начело у смислу извора међународног права јер, иако заштићено међународним правом, оно не важи као опште правило међународног права. Надлежност међународних судова заснива се на сагласности држава. Ово стање ствари може да буде за жаљење, како је то приметила судија Розалин Хигинс[15], али то је ситуација у којој се налазимо на почетку 21. века. Према томе, државе или међународне организације не могу да се обрате неком међународном суду или некој међународној власти и да траже заштиту, када сматрају да им је какво право прекршено, ако на то не пристане онај међународноправни субјект против кога се жале. Тек трећина држава се користила могућношћу коју пружа Статут Међународног суда и прихватила је обавезну надлежност овог суда. О извршавању пресуда Међународног суда треба да се стара Савет безбедности УН који, на захтев стране у спору „може, ако сматра потребним, дати препоруке или одлучити о мерама које треба предузети да би се пресуда извршила."[16] Може да

[12] Чл. 13 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Рим, 4. новембар 1950.

[13] У чл. 25 Америчке конвенције о људским правима, усвојеној у Сан Хозеу 22. новембра 1969. године: „1. Свако има право на једноставно и брзо обраћање (*recourse*) или било какво друго делотворно обраћање надлежном суду или трибуналу ради заштите против аката која крше његова основна права призната уставом или законима дотичне државе или овом Конвенцијом, иако такво кршење може да буде учињено од лица која делују у службеном својству. 2. Државе стране се обавезују: а) да обезбеде да свако лице које тражи такву помоћ има право да о његовом праву одлучи надлежна власт предвиђена правним системом те државе; и б) да развије могућности судске заштите; и ц) да обезбеде да надлежне власти изврше такву помоћ када се додели." *Human Rights*, A Compilation of International Instruments, Vol. II, Regional Instruments, UN, New York and Geneva, 1997 стр. 22.

[14] Афричка Повеља о људским правима и правима народа, усвојена у Најробију 26. јуна 1981. године у оквиру Организације афричког јединства, експлицира ово начело у члану 7 који гласи: „Свака особа има право да њена ствар буде расправљена. Ово укључује: а) право на жалбу надлежним националним органима против акта кршења њених основних права како су она призната и гарантована конвенцијама, законима, прописима и обичајима на снази." *Op. cit*. стр. 332.

[15] Case concerning Legality of Use of Force (Yugolsvia v. Belgium and others) *Request for the Indication of Provisional Measures*, ICJ, Order of 2 June 1999, Separate opinion of Judge Higgins, http://www.icj-cij.org/icjwww/docket/iybe/iyberfame.htm

[16] Ст. 2 чл. 94 Повеље УН.

се каже да међународноправни субјекти могу да уживају ово право као недовршено и партикуларно право, дакле по основу међународних уговора.

Право на делотворан правни лек претпоставља у оној мери развијену државну организацију у којој је то потребно да би ова могла да буде субјект одговарајуће обавезе. Међународна заједница, иако је у XX веку прешла значајан пут у правцу централизације, још је далеко од ниво неке државне организације и, према томе, још није у ситуацију да преузима обавезе које проистичу из права на делотворан правни лек.

Међународни суд се, међутим, при разматрању неких индивидуалних права и одговарајућих обавеза државе приближио доктрини права на делотворан правни лек.[17]

Право на делотворан правни лек је заштићено међународним правом и значајно развијено међународном јуриспруденцијом. Међутим, конкретни правни лекови нису креација међународног права. Правни лекови су творевина националног права у мноштву својих различитих конкретних облика тужби, жалби и других начина обраћања националним властима. Настанак и развој

[17] У случају Авена и други мексички држављани, Мексико је тражио да Међународни суд утврди одговорност Сједињених Америчких Држава због кршења обавеза установљених ставовима 1 и 2 члана 36 Бечке конвенције о конзуларним односима из 1963. године. САД су ухапсиле, судиле и осудиле на смрт 52 мексичка држављана. Сагласно ставу 1 члана 36 Бечке конвенције о конзуларним односима, надлежне власти САД су биле обавезне да обавесте ухапшеног Мексиканца да има право да о његовом хапшењу буде обавештен конзул Мексика и, ако жели, да тражи да га конзул посети. Америчке власти нису, међутим, испуњавале ову своју обавезу. Ставом 2 истог члана је предвиђено да права из става 1 треба да буду вршена у границама закона и прописа државе пријема с тим да ти закони и прописи треба да омогуће потпуно остварење циљева ради којих су права установљена тим чланом. У вези са овим ставом Мексико је тражио да Међународни суд прогласи САД одговорним јер су пропустиле да обезбеде разумну и делотворну ревизију осуда и казни 52 Мексиканаца због повреде њиховог права на контакт са мексичким конзулом. У вези другог захтева који се односио на став 2 члана 36 Бечке конвенције о конзуларним односима прекршај ове одредбе је, по мишљењу Мексика, учињен процесним правилом у америчком праву о процедуралном пропусту према коме, ако оптужени може да постави али пропусти да постави неко правно питање током суђења, он то више не може да учини у каснијим жалбеним поступцима. Проблем се састојао у томе што оптужени Мексиканци током суђења нису били обавештени да су имали право на контакт са конзулом те нису знали ни да је то њихово право прекршено и зато то нису могли да поставе као питање током суђења. У вези са овим правилом Међународни суд је нашао да оно по себи не чини прекршај става 2 члана 36 Бечке конвенције. Проблем настаје, каже Међународни суд, када правило о процедуралном пропусту не дозвољава ухапшеном да оспорава осуду или казну тврдећи, позивом на став 1 члана 36 Бечке конвенције да су надлежне власти пропустиле да испуне своју обавезу да обезбеде тражену конзуларну информацију тако спречавајући лице да тражи и добије конзуларну помоћ своје државе. У овом случају резоновање Међународног суда је повезано са доктрином делотворног правног лека. Међународни суд је право задржаног појединца да буде обавештен о могућности да тражи и добије конзуларну помоћ квалификовао као индивидуално право појединца. Ставом 2 члана 36 Бечке конвенције држава уговорница је обавезана да обезбеди да се ово право може делотворно остварити унутар њеног правног система. Какав је лек за повреду овог права. Ако је појединац осуђен и кажњен, лек је, сматра Међународни суд, поступак ревизије осуде и казне. Ако нешто спречава ову ревизију – у случају САД правило о процедуралном пропусту – тада је правни лек ускраћен, односно држава није обезбедила суштинско остварење права обезбеђеног ставом 1 члана 36. *Case concerning Avena and other Mexican Nationals* (Mexico v. United States of America), International Court of Justice, Judgment of 31 March 2004.

конкретних правних лекова у унутрашњем праву није предмет овог рада. Међутим, како је рад писан ради обележавања двеста година модерне српске државности, прилика је да се помену неки елементи овог права у модерном српском уставном праву. Тако у глави XI Устава Књажевства Србије из 1835. године под насловом „Обштенародна права Србина" налазимо да „Србин има право, тужити се вишој власти, кад би му се ниже затезале издати рјешеније у дјелима његовим"[18] Овде се под „Србином" мисли на грађанина Србије а не на Србина у етничком смислу. Ово је једна компонента права на делотворан правни лек у смислу права да се нека ствар реши у разумном року.

Члан 13. Европске конвенције о људским правима

Значај члана 13 у европском поретку људских права, успостављеном Европском конвенцијом је заиста велик. Професор Фровајн каже да члан 13 треба да се посматра као једна од најзначајнијих гаранција да се право успостављено Европском конвенцијом учини делотворним и стварним у правним порецима држава чланица.[19]

Европски суд за људска права, ослонцем на члан 13, дефинише обавезе које настају за државе у вези повреде права појединца, односно права која по том основу стиче жртва повреде и захтева од држава да успоставе правне механизме за извршавање ових својих обавеза.

У контексту нове реформе међународног система контроле примене Европске конвенције о људским правима, Комитет министара Савета Европе усвојио је 12. маја 2004. године Препоруку за побољшавање домаћих правних лекова.[20] Европски суд за људска права има супсидијарну улогу у обезбеђивању поштовања права и слобода гарантованих Европском конвенцијом и протоколима. Примарна обавеза је на државама чланицама. У испуњавању обавезе обезбеђивања поштовања поменутих права и слобода нарочиту важност имају домаћи правни лекови. Зато Комитет министара позива државе чланице да побољшају своје правне лекове доводећи их у склад са одговарајућим захтевима Европског суда те да тако повећају националну ефикасност примене Европске конвенције и растерете Европски суд за људска права, који је загушен енормним бројем захтева за покретање поступка.

[18] Љ. Кркљуш, Одабрани извори из правне историје српског народа, Нови Сад, 2003, стр. 78

[19] J. Frowein, Art. 13 as a growing pillar of Convention law. U Protecting Human Rights: *The European Perspective*, Studies in memory of Rolv Ryssdal, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2000, стр. 545

[20] Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies (adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session) http://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=67075&LANG=en

Суштински допринос развоју права на делотворан правни лек у Европи у другој половини XX века дао је Европски суд за људска права(у даљем тексту: Европски суд) тумачећи и примењујући члан 13 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године (у даљем тексту Европска конвенција). Члан 13 Европске конвенције, под насловом „право на делотворан правни лек", гласи:

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

Ова одредба отвара више питања: шта је то делотворан правни лек и о којој и каквој националној власти је реч. Питање је, такође, и ко је тај „свако" који има ово право. Нису неважна ни питања односа овог правила према искоришћености домаћих правних лекова као процесној претпоставци допуштености захтева за покретање поступка („*application*", односно „представке" како је овај термин преведен у нашем званичном преводу) као и односа према праву на правично суђење. Богата пракса Европског суда пружа одговоре на ова питања. Европски суд тумачи Европску конвенцију као „живи инструмент", дакле у контексту друштвених околности које се мењају у европским земљама. Отуда не треба да чуди да одговори које Европски суд даје на поједина питања нису статични већ се мењају током времена.

О делотворном правном лек, захтеваном чл. 13 Европске конвенције, уопште

Европски суд испитује две врсте питања у вези примене члана 13 Европске конвенције. Он истражује да ли је држава уговорница својим правом удовољила захтевима члана 13. Ако нађе да је одговор позитиван, он испитује, даље, да ли је у конкретном случају то задовољавајуће право примењено на задовољавајући начин.

Чланом 13 Европске конвенције се тражи да на националном нивоу буде доступан правни лек ради остварења права и слобода, гарантованих Европском конвенцијом и протоколима. Начелно, Европски суд одређује делотворни правни лек у смислу члана 13 Европске конвенције као правно средство којим се спречава наводна повреда права или трајање ове повреде и обезбеђује се одговарајућа компензација за сваку повреду која се десила.[21] Дејство члана 13 је у захтеву за обезбеђењем домаћег правног лека којим је омогућено компетентној националној власти да се бави предметом захтева у вези повреде неког права, гарантованог Европском конвенцијом и протоколима, и да пружи одго-

[21] Doran v. Ireland, Judgment of 31 July 2003. Све пресуде Европског суда за људска права наведене у овом тексту доступне су на адреси http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp?Language=en&Advanced=1

варајућу помоћ.[22] Ако национална власт може да се бави предметом захтева али не може да пружи одговарајућу помоћ, члану 13 није удовољено.[23] Правни лек, захтеван чланом 13, мора да буде „делотворан" како у праву тако и у пракси примене права, нарочито у смислу да његово вршење не сме да буде неоправдано спутавано актима или пропустима власти одговорне државе.[24]

Обавеза државе у погледу правног лека значи да је држава дужна да у свом процесном праву обезбеди процесно средство којим појединац може да изнесе пред одговарајућу власт своју тврдњу да му је право повређено и захтев да му држава пружи адекватну заштиту у погледу те повреде. Ова заштита обухвата обавезу државе да спречи или оконча повреду права, односно да обезбеди одговарајућу накнаду и задовољење када се повреда догоди. Држава је, даље, дужна да обезбеди одговарајућу власт којој се појединац може обратити када сматра да му је повређено право и када му је потребна заштита и да ову власт снабде свим потребним овлашћењима у погледу разматрања тврдње појединца и пружања заштите. Коначно, држава је дужна да обезбеди да све то функционише у пракси. Делотворност правног лека није условљена извесношћу позитивног исхода за подносиоца[25] али јесте условљена брзином реаговања државе.

Када процењује делотворност правног лека у конкретном случају Европски суд узима у обзир све правне лекове који су на располагању у том конкретном случају. У случају Силвер против Велике Британије, Европски суд каже да иако ни једно појединачно правно средство по себи не задовољава захтеве члана 13 Европске конвенције, укупна правна средства предвиђена домаћим правом могу то да постигну.[26]

---

[22] Soering v. The United Kingdom, Judgment of 7 July 1989, para 120. Aydin v. Turkey, Judgment of 25 September 1997, para 103, Kaya v. Turkey, Judgment of 19 February 1998, para 106, Soc v. Croatia, Judgment of 9 May 2003, para 114. Case of Doran v. Ireland, Judgment of 31 July 2003, Yöyler v. Turkey, Judgment of 24 October 2003, para. 87

[23] Европски суд у случају Егмез против Кипра констатује да се омбудсман бавио жалбом Егмеза да је био подвргнут мучењу и установио је да је то тачно. Међутим, омбудсман нема овлашћења да нареди какву меру или да примени казну. Прама томе, његов извештај, који констатује повреду члана 3 Европске конвенције према Егмезу, није довољан јер не доноси потпуни лек за ову повреду. Egmez v. Cyprus, Judgment of 21 December 2000, пара. 67

[24] Aydin v. Turkey, Judgment of 25 September 1997, Doran v. Ireland, Judgment of 31 July 2003.

[25] Smith and Grady v. the United Kingdom, Judgment of 27 September 1999, para 135

[26] Силвер је издржавао казну лишења слободе у британском затвору. Затворска управа је контролисала и читала његова писма те је Силвер сматрао да је његово право на поштовање преписке, гарантовано чланом 8 Европске конвенције, повређено. Надзор, који врши управа затвора над преписком затвореника, била је уређена актима министра унутрашњих послова. Силвер је навео у свом захтеву Европском суду не само повреду права из члана 8 Европске конвенције већ и права из члана 13, односно да му британско право није обезбедило адекватни правни лек да заштити своје право на поштовање преписке. Овај захтев се односио на две ствари: постојање делотворног правног лека којим ће се оспорити сагласност аката министра унутрашњих послова у погледу сагласности са захтевима Европске конвенције као и на постојање делотворног правног лека којим ће се контролисати примена аката министра унутрашњих послова. Европски суд је, зато, размотрио правне лекове која су Силверу стајала на располагању у вези са овом ствари. Сил-

Разумљиво је да се правни лекови одређују у зависности од природе субјективног права и околности повреде. Европски суд каже, тако, да конкретан обим и садржај обавезе државе уговорнице по основу члана 13 Европске конвенције варира како у зависности од природе захтева који подносилац подноси на основу Европске конвенције тако и у зависности од околности случаја. Постоје нека права од највеће важности која не трпе ограничење или дерогацију као што су право на живот или забрана тортуре. Европски суд сматра да су ова права тако важна да поставља веома високе захтеве државама у погледу обавезе обезбеђивања правних лекова. Ово нарочито важи ако је државни службеник учествовао у повреди таквог права. Постоје, са друге стране, одређена права која немају овако апсолутан карактер и у вези којих Европска конвенција дозвољава извесна ограничења и интервенцију државе када је ова неизбежна ради заштите одређених интереса везаних за очување демократског друштва. Када је реч о овој групи права, у која спада право на поштовање коресподенције или приватности, Европски суд прихвата, истина са жаљењем, да понекад интереси очувања темељних вредности демократског друштва намећу извесне лимите у погледу правних лекова.

Држава уговорница Европске конвенције о људским правима је слободна да развије правне лекове који одговарају њеном правном систему. Она, међутим, треба да води рачуна о дејствима које правни лекови треба да произведу, према мишљењу Европског суда, у појединим ситуацијама. Уколико њени правни лекови не производе ова дејства, Европски суд неће оклевати да констатује да држава није удовољила захтевима члана 13 Конвенције. Нужна је, зато, анализа праксе Европског суда, како би се идентификовала тражена дејства правних лекова у појединим ситуацијама и ова обезбедила.

вер је имао на располагању четири правна лека. Могао је да поднесе захтев већу посетиоца, могао је да поднесе захтев парламентарном комисионару за администрацију, могао је да поднесе молбу министру унутрашњих послова и могао је да покрене поступак пред енглеским судовима. У погледу прве две могућности Европски суд је нашао да она не чине делотворне правне лекове. Веће посетилаца не може да спроведе своје закључке нити може да се бави захтевима појединаца која нису затвореници али чија писма упућена затвореницима су читана. Парламентарни комисионар не може да донесе обавезујућу одлуку којом би дао накнаду. Што се тиче министра унутрашњих послова, Европски суд је нашао да он не би могао да буде довољно независан у погледу захтева којим се оспорава усаглашеност његових акта (наредби и инструкција) о надзору над преписком затвореника са захтевима члана 8 Европске конвенције. Он би био судија у својој ствари. Његова позиција би била другачија ако би се тицала погрешне примене неких од његових аката. Европски суд је сматрао да би у том погледу молба поднета њему могла да буде делотворна. Енглески судови су овлашћени да надзиру вршење овлашћења поверених министру унутрашњих послова Законом и Правилима о затвору. Али, овај надзор је ограничен на утврђивање да ли су ова овлашћења вршена арбитрарно, злонамерно, због неодговарајућег мотива или ultra vires. Европски суд је нашао да у вези питања да ли су акти министра унутрашњих послова (наредбе и инструкције) сагласни са захтевима члана 8 Европске конвенције не постоји делотворан правни лек. Сви правни лекови, узета заједно, су довољно делотворни, по мишљењу Европског суда, у погледу захтева који се тичу контроле примене аката министра унутрашњих послова. Silver and others v. The United Kingdom, Judgment of 25 March 1983, para 113.

Делотворан правни лек у случају повреде права на живот

Правила о праву на живот, садржана у Европској конвенцији и додатним протоколима, су значајно еволуирала. Ставом 1 чл. 2 Европске конвенције је предвиђено да је „право на живот сваке особе заштићено законом. Нико не може бити намерно лишен живота, сем приликом извршења пресуде суда којим је осуђено за злочин за који је ова казна предвиђена законом." Протоколом бр. 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне од 28. априла 1983. смртна казна је укинута. Ипак, остављена је могућност да држава задржи смртну казну за време рата или непосредне ратне опасности. Коначно, Протоколом бр. 13 уз Конвенцију... од 3. маја 2002. смртна казна је укинута у свим околностима. Овај нормативни развој показује колико Савет Европе придаје важност праву на живот.

Природа овог права, које је једно од најзначајнијих у схеми Европске конвенције, према мишљењу Европског суда, мора да има импликације по природу и обим правних лекова који се морају обезбедити за сроднике жртве. Ово је нарочито случај када сродници тврде да је државни орган починио убиство. У складу са устаљеном праксом тумачења члана 2 Европске конвенције, држава уговорница је дужна да обезбеди поступак контроле законитости коришћења силе са смртним исходом од стране државних власти, односно неки облик делотворне службене истраге када су појединци убијени као резултат вршења силе од стране органа државе. Захтеви које намеће члан 13 су, каже Европски суд, шири од процедуралне обавезе коју има држава уговорница на основу члана 2 Европске конвенције. Појам делотворног правног лека за сврхе члана 13 Европске конвенције у таквим околностима укључује свеобухватну и делотворну истрагу подобну да доведе до идентификације и кажњавања одговорних, укључив делотворан приступ рођака истражном поступку.[27] Ова истрага и кажња-

[27] Турске безбедносне снаге су убиле Абдулменафа Кају и потом обавиле површну истрагу на лицу места. Турска влада је у поступку пред институцијама Европске конвенције тврдила да је убијени био терориста и да је погинуо у размени ватре са полицијским снагама. Његов брат је, међутим, тврдио да је истрага извршена површно, да више кључних ствари није утврђено током истраге те да је зато Турска повредила, између осталог, чланове 2, 6 и 13 Европске конвенције јер није извршила делотворну истрагу о убиству које су починили њене безбедносне снаге, чиме је, такође, повређено право сродника на остваривање накнаде штете у поступку пред турским судом, односно право на делотворни правни лек. У свом извештају Комисија за људска права износи мишљење да су повређени чланови 2 и 6 те да се посебно питање на основу члана 13 не поставља. Европски суд је пресудио да је Турска повредила своју обавезу из члана 2 Европске конвенције о људским правима. Међутим, његов налаз у погледу чланова 6 и 13 се разликује од оног Комисије за људска права. Европски суд није спорио да се члан 6(1) Европске конвенције односи на цивилни захтев за компензацију блиских рођака лица кога су убили органи државе. Турска влада је сматрала да је подносилац захтева требао да покрене поступак пред цивилним или административним судовима који су могли да одлуче о компензацији без обзира на исход домаће кривичне истраге или било ког налаза кривичног суда о кривици. Ова хипотеза никада није била проверена јер подносилац захтева

вање одговорних је облик сатисфакције за сроднике жртве и, понекад, услов без кога тужба за накнаду штете пред цивилним судом нема изгледа на успех.

Делотворан правни лек у контексту забране мучења

Забрана тортуре из члана 3 Европске конвенције има, такође, апсолутну природу тако да никакво ограничење или одступање није дозвољено. Отуда Европски суд сматра да ова забрана имплицира правни лек једнак незаконитом лишењу живота од стране државног органа.

Имајући у виду фундаментални значај забране мучења и нарочито беспомоћну позицију жртве мучења, члан 13 налаже, без прејудицирања било ког другог правног лека доступног на основу домаћег права, обавезу државе да изврши исцрпну и делотворну истрагу инцидената мучења. Када појединац износи тврдњу да је био мучен од службеника државе, каже Европски суд, појам „делотворног правног лека" укључује, поред плаћања накнаде штете, свеобухватну и делотворну истрагу подобну да доведе до идентификације и кажњавања одговорних и, такође, делотворан приступ жалиоца истражној процедури.[28] Тачно је, каже Европски суд, да нема изричитог прописа у Европској конвенцији као што је онај у члану 13 Конвенције Уједињених нација против тортуре и другог окрутног, нехуманог и понижавајућег поступања или кажњавања из 1984. године који намеће обавезу „хитне и непристрасне" истраге увек када постоји разумни разлог да се верује да је учињен акт мучења. Међутим, Европски суд сматра да је такав захтев имплициран појмом „делотворног правног лека" на основу члана 13 Европске конвенције.

У случају Ајадин, девојке курдског порекла која је била мучена у турској полицијској станици, Европски суд није нашао недостатке у турском праву у

није никада поднео захтев за компензацију домаћим судовима. У таквим околностима Европски суд је нашао да није могуће да одреди да ли би домаћи судови могли да пресуде о захтеву оштећеног да је овај поднео одштетни захтев против појединих чланова безебдносне службе. Са друге стране, каже Европски суд, треба приметити да је захтев на основу члана 6 (1) неодвојиво повезан са општијом жалбом на начин на који су истражне власти третирале смрт његовог брата и реперкусије које је то произвело на приступ делотворним правним лековима. Отуда је Европски суд закључио да би било исправније да се захтев у погледу члана 6 (1) Европске конвенције испита у односу на општију обавезу државе уговорнице на основу члана 13. У конкретном случају, сматра Европски суд, рођаци су имали разлоге (аргуабле гроундс) за тврдњу да су сигурносне снаге незаконито убиле Абдулменафа Кају. Она се заснивала на изјавама сељака који су наводно присуствовали убиству. Било је, такође, у службеној верзији догађаја ствари које су захтевала независно разјашњење. Имајући у виду одсуство делотворне истраге околности убиства, Европски суд је закључио да је подносиоцу захтева и рођацима због тога ускраћено право на делотворни правни лек против власти у вези убиства Абдулменафа Каје, супротно члану 13 Европске конвенције и тиме онемогућено успешно коришћење других правних лекова на располагању, укључујући тужбу за накнаду штете. Kaya v. Turkey, Judgment of 19 February 1998.

[28] Тако Европски суд и у Egmez v. Cyprus, Judgment of 21 December 2000, para 65.

погледу правних лекова. Недостатак се испољио у примени тих правних лекова у пракси. Турски јавни тужилац није коректно спровео кривичну истрагу што је резултирало у изостанку кажњавања одговорног државног службеника као и изостанку накнаде штете за Ајадин.[29] До истог закључка Европски суд је дошао и у случају Егмез против Кипра.[30]

---

[29] Ајадин, девојка курдске националности, жалила се да је била силована и мучена у турској полицијској станици. Она је у свом захтеву упућеном Европском суду навела да је била жртва кршења забране мучења из члана 3, обавезе да се обезебеди правично суђење из члана 6 (1) као и обавезе да се обезбеди делотворни правни лек из члана 13 Европске конвенције. У свом извештају Комисија за људска права је нашла да је Турска прекршила своје обавезе о забрани мучења као и обавезе да обезбеди правично суђење а да се не поставља као посебно питање кршење обавезе на обезбеђивање делотворног правног лека. Комисија за људска права је дошла до овог закључка имајући у виду ранију праксу Европског суда. Ајадин је тврдила да јој је ускраћен делотворан приступ турском суду ради обештећења за патње које је претрпела у турској полицијској станици. Разлог је била неадекватна кривична истрага коју је Турска спровела у вези навода Ајадин у вези мучења. Она је тражила да Европски суд пресуди и да је повређен члан 13 Европске конвенције јер у Турској нема делотворног система правних лекова којим би се обезбедило право на заштиту од мучења. Подносилац захтева је навела да изгледи за добијање цивилног обештећења за претрпљене патње од стране грађанских или административних судова зависе од одговарајуће кривичне истраге о истој ствари. Иако је турски закон ослобађа обавезе да у цивилној тужби доказује кривицу државног службеника, свеједно она мора да докаже да је била мучена. Кривична истрага је вођена тако да јој није омогућено да дође до таквог доказа. Државни тужилац је водио истрагу на неодговарајући начин у смислу прикупљања доказа. Она је тврдила да јој турско право није пружило делотворне правне лекове у погледу других деликата који чине повреде права из Европске конвенције али која не могу да се подведу под грађанска права која се штите правом на правично суђење из члана 6 (1). Нпр. док је била у полицијској станици држали су је везаних очију. Ајадин тражи од Европског суда да пресуди да неадекватност кривичне истраге не чини само повреду члана 6 (1) Европске конвенције већ и члана 13 јер та неадекватност указује на проблем система правних лекова као целине. Она открива нарочито одсуство независне и ригорозне политике истраживања и кажњавања, вршења притиска на жалиоца, њене саветнике и сведоке, недостатак професионалних стандарда прикупљања медицинских доказа. Влада је инсистирала да домаће кривично, грађанско и управно право обезбеђују адекватна средства обештећења у погледу њене жалбе. Она је указала на релевантне прописе закона о кривичном поступку према којим је јавни тужилац дужан да истражује наводна кривична дела, да прикупља доказе и подиже оптужницу када докази указују на кривицу осумњиченог. Влада је наглашавала да је јавни тужилац одмах предузео истрагу у вези навода Ајадин али да се она касно обратила својом жалбом када више није било могуће поуздано прикупити кључне доказе у вези силовања. У вези са тим Европски суд је приметио да је подносилац захтева навела да пресуда о накнади штете не би сама могла да чини потпуну компензацију нити би ослободила одговорну државу од њених других обавеза на основу члана 3 Европске конвенције. Даље, каже Европски суд, природа права обезбеђеног чланом 3 Европске конвенције има импликације по члан 13. У конкретном случају Европски суд није имао примедби на турски закон о кривичном поступку. Упркос томе, услед многих озбиљних пропуста јавног тужиоца Европски суд је закључио да није било свеобухватне, ригорозне и делотворне истраге и да ова чињеница подрива делотворност било ког другог правног лека. Он је, зато, закључио да постоји повреда члана 13 Европске конвенције. У тим околностима Европски суд је закључио, такође, да није нужно да разматра да ли постоји повреда члана 6 (1) Европске конвенције. Aydin v. Turkey, Judgment of 25 September 1997.

[30] Егмез се жалио, између осталог, да му није био доступан делотворан правни лек у вези мучења коме је био изложен од стране кипарске полиције. Кипарска влада је позвала Европски суд да размотри правне лекове доступне на Кипру у њиховој укупности као и сваки посебно. Она је

Делотворан правни лек у случају повреде права на имовину

Када појединац износи тврдњу да су његова кућа или поседи намерно разорени од стране агената државе, члан 13 Европске конвенције захтева, поред плаћања накнаде штете, свеобухватну и делотворну истрагу погодну да доведе до идентификације и кажњавања одговорних укључујући делотворан приступ жалиоца истражном поступку. Ово питање Европски суд разматра у случају Јејлер против Турске.[31] Јејлер, турски грађанин курдске националности се жалио да су му агенти турске државе разориле кућу и уништиле имање те је навео да је тиме Турска повредила чланове 6(1) и 13 Европске конвенције као и члан 1(1) Протокола 1 уз Европску конвенцију.

Делотворан правни лек у случају повреде права на поштовање преписке и приватности

Чланом 8 Европске конвенције заштићено је право на поштовање приватног и породичног живота и преписке: „Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке." Ово право није, међутим, онакве природе какве су право на живот или забрана тортуре. Наиме, ставом 2 члана 8 Европске конвенције дозвољено је извесно мешање државне власти у вршење ових права под условом да се то чини у складу са законом и да је то неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или

указала на чињеницу да је Егмез могао да покрене грађански поступак и указала је на више случајева у којима је Европски суд нашао да је то делотворно правно средство у погледу наводног злостављања супротно члану 3 Европске конвенције. Она је тврдила да злостављање није уобичајена административна пракса на Кипру и да је Егмез сарађивао, јавни тужилац би наставио са независном истрагом и могао би да покрене кривични поступак. Поред тога, сам Егмез је могао да покрене кривични поступак или грађански поступак ради проглашења незаконитим аката државних службеника и обештећења. Детаљан извештај омбудсмана, који је констатовао да је Егмез био подвргнут мучењу, не треба губити из вида када се правни лекови процењују у њиховој укупности, наводи кипарска Влада. Међутим, Комисија за људска права је сматрала да, сагласно пракси Европског суда, тужба за накнаду штете не би обезбедила Егмезу делотворан правни лек. Поред тога, Влада није понудила ни један пример успешне приватне кривичне тужбе против полицијског службеника оптуженог за мучење и нехумано понашање. У сваком случају, сматра Комисија у случају Егмеза постојала је толеранција оваквог понашања на највишем административном нивоу. У таквим околностима, сматра Комисија, једино истрага јавног тужиоца је имала изгледе на успех. Међутим, јавни тужилац није покренуо кривични поступак против ни једног полицијског службеника који је био инволвиран у тај случај. Зато је Комисија сматрала да постоји кршење члана 13 Европске конвенције. Европски суд је подржао овај став Комисије. Egmez v. Cyprus, Judgment of 21 December 2000.

[31] Yöyler v. Turkey, Judgment of 24 October 2003

криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других. Члан 8 Европске конвенције имплицира право појединца да контролише, у случају мешања власти у његово уживање наведених права, да ли је то мешање вршено сагласно закону и да ли је било нужно у демократском друштву те да ли је чињено ради дозвољених циљева. Да би могао да контролише мешање власти у вршење својих права, појединац треба да зна да се власт мешала.

Случај Клас и други против Немачке[32] се тицао, између осталог, обавезе државе да обавести појединца о томе да је власт вршила присмотру његових комуникација. Европски суд је прихватио став Немачке да присмотра комуникација извесног лица може да буде сврсисходна једино ако дотично лице није свесно да је под присмотром. Отуда не долази у обзир да лице буде обавештено

[32] Герхард Клас и други подносиоци захтева су тврдили да су чл. 10 ст. 2 Основног закона (устава) и на основу овог донет Закон о ограничавању тајности писама, поште и телекомуникација из 1968. године супротни члану 8 Европске конвенције. Они нису спорили да држава има право на присмотру али су нападали чињеницу да држава није била дужна да одмах по окончању присмотре обавести оног које је био под том мером како би му дала могућност да овај у одговарајућем поступку испита да ли је ово задирање у његову приватност било у складу са условима постављеним Европском конвенцијом. Пошто сазна да је под присмотром, појединац може тужбом административном суду да тражи проверу законитости примене закона којим је дозвољена присмотра, може да поднесе тужбу за накнаду штете грађанском суду ако је био оштећен, може да поднесе тужбу за уништавање или, ако је то одговарајуће, за реституцију докумената. Коначно, ако се ове тужбе остану безуспешне, може да се обрати Савезном уставном суду за пресуду о томе да ли је постојало кршење Устава. За време саме присмотре, ако посумња да је под присмотром, појединац може да се обрати посебној комисији основаној на основу закона као и Савезном уставном суду. Ова комисија се састоји од три члана, председника који мора да буде квалификован за судијску функцију и од два поротника. Чланове именује веће од пет чланова Парламента после консултација са Владом и они имају мандат током тог сазива Парламента. Они су потпуно независни у вршењу својих функција и не могу да буду подвргнути инструкцијама. Ова комисија одлучује, дакле *ex officio* или на захтев лица које верује да је под присмотром о легалности и нужности предузетих мера присмотре. Ако комисија прогласи неку меру нелегалном или непотребном, министар мора одмах да је прекине. Лице чије је обраћање комисији остало безуспешно, може да се обрати Уставном суду. Овај може да одбаци захтев зато што подносилац не може да достави доказ о повреди свог права али он може и да се обрати Влади и тражи информацију или документе како би проверио наводе из захтева. Власти су дужне да одговоре на овај захтев Уставног суда чак ако је тражена информација тајна. Тада Уставни суд одлучује да ли се информација и документи тако добијени могу користити. Двотрећинском већином, он може да одлучи да је њихово коришћење супротно државној безбедности и да одбаци захтев подносиоца по том основу. Имајући ово у виду Европски суд је сматрао да поменути правни лекови, које немачко право, у овим околностима, ставља на располагање лицу, које верује да је приватност његових комуникација повређена, задовољавају потребне услове ефективитета. У вези са тим Европски суд је приметио да Европска конвенција о људским правима мора да се чита као целина и да тумачење члана 13 мора да буде у хармонији са логиком Европске конвенције. Европски суд не може да тумачи или примени члан 13 тако да поништи свој закључак да је одсуство обавештавања заинтересованог лица о присмотри спојиво са чланом 8 Европске конвенције како би се обезбедила ефикасност мера присмотре. Према томе, Европски суд закључује да чињеница да лице под присмотром није обавештено о томе не значи кршење члана 13 Европске конвенције. Међутим, Европски суд је подвукао значај пресуде немачког Савезног уставног суда од 15. децембра 1970. према којој је надлежна власт обавезна да обавести заинтересовано лице чим престане примена мера присмотре а обавештење се може учинити без угрожавања сврхе ради које је мера примењивана. Klass and others v. Germany, Judgment of 6 September 1978.

о томе. Нити, због истог разлога, не долази у обзир да лице које намерава да почини злочин или које врши злочин наведен у закону о присмотри може, користећи одговарајући правни лек, да се обавести о томе да ли је под присмотром. Тајна присмотра и њене последице су чињенице које Европски суд, упркос жаљењу, сматра нужним у модерним околностима демократског друштва у интересу националне безбедности и спречавања нереда или злочина. При томе је Европски суд имао у виду одлуку Уставног суда Немачке према којој је држава била дужна да обавести појединца чије су комуникације биле под присмотром одмах по окончању присмотре када обавештење о вршеној присмотри неће угрозити сврху ради које је ова коришћена.

Случај Лендер против Шведске тицао се права појединца на увид у информације које је државна служба безбедности прикупила о њему и које су биле препрека за његово запослење у неком музеју унутар једне војне базе.[33] Право

[33] Лендер није успео да се запосли у војном музеју који се налазио у једној војној бази у Шведској јер је рад у бази претпостављао одређену безбедносну проверу а у безбедносној евиденцији је било нешто што је спречило Лендерово запошљавање. Међутим, Лендер и његов правни заступник нису могли да дођу до тајне безбедносне информације која је била препрека његовом запослењу у војној бази. Сагласно Наредби о персоналној контроли, појединцу, кога се информације тичу, је могла да буде пружена могућност да достави своју изјаву у вези са њима ако за то постоје нарочити разлози. Национални полицијски савет није сматрао да постоје нарочити разлози за то те му ова могућност није пружена. Лендер је сматрао да је тиме повређено његово право на поштовање приватности из члана 8 Европске конвенције о људским правима као и право на делотворни правни лек из члана 13 Европске конвенције. Европски суд је нашао да нема повреде права гарантованог чланом 8 Европске конвенције односно да је систем личне контроле у Шведској сагласан члану 8 Европске конвенције. Сагласно шведском пропису у тајни полицијски регистар могле су да се уносе информације о лицима за које је постојала сумња да би били спремни да учествују у активностима опасним по националну безбедност или у насилном свргавању демократског система. Информације се уносе у овај регистар и оне се користе по процедури која је прописана и у којој учествују поједини чланови Парламента. Пошто је нашао да се оваквим системом личне контроле не вређа члан 8 Европске конвенције, Европски суд налази да ће захтеви члана 13 бити задовољени ако постоји домаћи механизам, којим, уз ограничења инхерентна контексту, појединац може да обезбеди да се релевантни шведски прописи поштују. Шведска влада је указала на правне лекове који су на располагању у таквој ситуацији: формална пријава за запослење и, ако је ова неуспешна, жалба Влади; захтев Националном полицијском одбору за приступ тајном полицијском регистру на основу Закона о слободи штампе, и ако је одбијен, жалба административним судовима; жалба министру правде; и жалба Парламентарном омбудсману. Европски суд је почео оцењивање ових правних лекова констатацијом да су министар правде и Парламентарни омбудсман надлежни да примају индивидуалне жалбе и да су дужни да истраже те жалбе како би установили да ли је Национални полицијски одбор исправно применио релевантне прописе. При обављању ових послова оба органа имају приступ информацијама чуваним у тајном полицијском регистру. Неколико одлука омбудсмана показује да су ова овлашћења коришћена и у погледу функционисања система личне контроле. Такође, Европски суд је нашао да оба органа у овом контексту могу да се сматрају независним од владе. Када је у питању Парламентарни омбудсман то је јасно. Што се тиче министра правде, Европски суд је сматрао да је и он независан од Владе када врши надзорну функцију у погледу функционисања система личне контроле. Главна слабост оба органа, каже Европски суд је то што они, упркос чињеници да могу да иницирају кривичне или дисциплинске поступке, не могу да донесу правно обавезујућу одлуку. Међутим, Европски суд подсећа овде на нужно ограничену делотворност сваког правног средства које се односи на проверу система тајне безбедносне активности. Мишљењима Парламентарног омбудсмана и министра правде придаје се, традицио-

на увид у информације је ускраћено Лендеру, сагласно шведском праву, ради заштите државне безбедности. Европски суд је нашао да су правни лекови која је за овај случај обезбедила Шведска адекватни околностима. Овде је битно да је постојала могућност обраћања административним судовима и да су ови могли да контролишу законитост рада извршне власти у погледу прикупљања и коришћења тајних информација.

Делотворан правни лек у контексту права на правично суђење

У члану 6 Европске конвенције о људским правима ово право је одређено на следећи начин:

„1. Свако, током одлучивања о његовом грађанским правима и обавезама или о кривичној тужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованом на основу закона..."

Европски суд је у дугом временском периоду гледао на став 1 члана 6 Европске конвенције као на посебно, конкретно правило (*lex specialis*) којим су постављени виши захтеви у односу на опште правило из члана 13. Европски суд је, дакле, сматрао да став 1 члан 6 конзумира све захтеве члана 13 Европске конвенције. Према томе, расправа о ставу 1 члана 6 чини излишном разматрање члана 13. Тако, када би нашао да је став 1 члана 6 повређен, Европски суд би се тиме задовољио и не би разматрао захтев подносиоца захтева у вези повреде члана 13.

У случају Споронг и Ленрот против Шведске, Европски суд за људска права је нашао да акти којима локалне власти интервенишу у својину подносилаца захтева не подлежу судском расправљању у неким аспектима те отуда постоји повреда става 1 члана 6 Европске конвенције.[34] У овом случају Комиси-

нално, у Шведској велики значај и по њима се у пракси обично поступа. Европски суд је, такође, навео као значајну, иако она није правни лек на располагању појединцу, чињеницу да је шведски систем личне контроле подвргнут парламентарном надзору. Лендер није користио ова два правна средства али је користио могућност да се жали Влади зато што је Национални полицијски одбор, супротно пропису из Наредбе о личној контроли пропустио да га позове да коментарише усмено или у писаном облику информацију садржану у регистру. У вези са тим, Влада је тражила мишљење одбора а на које је Лендер могао да одговори, што је и учинио. Својом одлуком влада је одбила Лендерове жалбе. Европски суд је поновио овде да власт поменута у члану 13 Европске конвенције не мора нужно да буде судска власт али да су овлашћења и процедуралне гарантије које та власт поседује релевантне за одређивање да ли је правни лек делотворан. Чак ако жалба Влади, узета појединачно не би била довољна за захтеве члана 13 Европске конвенције, Европски суд је сматрао да сва наведена правна средства узета заједно задовољавају захтеве поменутог члана у посебним околностима овог случаја. Leander v. Sweden, Judgment of 26 March 1987.

[34] Sporrong and Lönnroth v. Sweden, Judgment of 23 of September 1982

ја за људска права[35] је сматрала да постоји истовремено и повреда члана 13 Европске конвенције. Европски суд је, међутим, заузео другачији став. Он је нашао да, имајући у виду да је констатовао повреду члана 6 Европске конвенције, није нужно да испита исти случај у вези члана 13 Европске конвенције. Ово зато јер су захтеви постављени чланом 13 мање строги него они из члана 6 те су тако апсорбовани захтевима из члана 6. До истог закључка Европски суд долази у случају Силвер против Велике Британије.[36] Европски суд се исто понашао и када нађе да нема повреде члана 6 Европске конвенције. У случају Литгау против Велике Британије, пошто је нашао да нема повреде става 1 члана 6 Европске конвенције, позивом да су захтеви овог члана строжији, он констатује да нема ни повреде члана 13 Европске конвенције.[37]

Случајеви Каја против Турске[38] и Ајадин против Турске[39] су значајни за даље разумевање односа Европског суда према ова два члана Европске конвенције. Ови случајеви су се односили на убиство, односно тортуру у шта су били умешани турски државни органи. Турски јавни тужилац није спровео адекватну кривичну истрагу те сродници Каје и жртва Ајадин нису имали великих изгледа да успеју са грађанском тужбом за накнаду штете јер, због изостанка непристрасне кривичне истраге, нису располагали одговарајућим доказима. Имајући у виду ранији став Европског суда о односу чланова 6 и 13 Комисија за људска права је констатовала повреду става 1 члана 6 и није се упуштала у раз-

[35] До 1. новембра 1998. године, дакле до ступања на снагу Протокола 11 из 1994. године уз Европску конвенцију о људским правима о поднесцима је прво одлучивала Комисија за људска права али њене одлуке нису биле обавезујуће. О истој ствари је, под одређеним условима, могао да одлучује Европски суд за људска права. Протоколом 11 систем контроле је поједностављен тако да се захтев подноси непосредно Европском суду за људска права.

[36] Silver and others v. The United Kingdom, Judgment of 25 March 1983, para 110.

[37] Lithgow and Others v. The United Kingdom, Judgment of 8 July 1986, para 207

[38] Види белешку 27.

[39] Комисија за људска права је заузела став, како је то горе речено, да је серија пропуста у кривичној истрази резултирала у онемогућавању Ајадин да турски суд одлучи о њеном грађанском праву на обештећење, што је кршење члана 6 Европске конвенције. Имајући ово у виду Комисија није сматрала да је нужно да истражује захтев у погледу кршења члана 13. Европски суд се сложио да се члан 6, пара. 1 односи и на грађанску тужбу за обештећење због мучења које су наводно починили државни службеници. Међутим, Европски суд је констатовао да Ајадин није никада покренула поступак ради обештећења пред грађанским или управним судом у Турској. Она је то објашњавала тиме што је веровала да нема изгледа на обештећење у одсуству доказа да је била силована или малтретирана од стране државних службеника. Са друге стране, она је била спремна да сарађује у кривичној истрази, макар у иницијалној фази, како би кривици били изведени пред суд. Европски суд је сматрао да је суштина захтева који је Ајадин поднела на основу члана 6 (1) Европске конвенције пропуст јавног тужиоца да спроведе делотворну истрагу, која ако не би дала разлог за подизање оптужнице, свакако би обазбедила доказ да је она претрпела штету док је била лишена слободе и тако би појачала изгледе на успех њене тужбе за обештећење. Европски суд је, зато, сматрао да би било одговарајуће да испита њен захтев у односу на општу обавезу државе на основу члана 13 да обезбеди делотворно правно средство у погледу кршења Европске конвенције. Aydin v. Turkey, Judgment of 25 September 1997

матрање повреде члана 13. Европски суд је, међутим, имајући у виду да сродници жртве, односно жртва нису покушали са судским поступком за накнаду штете, сматрао да се у овим случајевима поставља првенствено питање повреде права на делотворан правни лек а не права на правично суђење.

Нови корак у развоју свог приступа односу два члана Европске конвенције Европски суд је учинио у случају Дорен против Ирске[40]. У овом случају Европски суд каже да у контексту кршења права на суђење у разумном времену, правни лек ће се сматрати делотворним у смислу члана 13 Европске конвенције ако се њиме може убрзати поступак суда или ако се обезбеђује накнада штете због одуговлачења које се догодило.[41] Убрзање поступка није довољно, потребно је да лек може да обухвати и накнада штете због претерано дугог поступка. Чешка је обезбедила правна средства за убразавање судског поступка али не и за накнаду штете те је зато проглашена одговорном за кршење члана 13 Европске конвенције у случају Хартман против Чешке[42] Овакав прис-

[40] Брачни пар Дорен је купио плац да би зидао кућу. Међутим, после обављене куповине, видели су да плац нема директну везу са путем те су морали да га продају. Тужили су, затим, свог правног заступника, продавца и правног заступника продавца због несавесно обављеног посла. Тужбу су поднели у јулу 1991. године а до коначне пресуде којом су добили накнаду штете од тужених су дошли у децембру 1999. године. Ирска влада је тврдила да је спор дуго трајао, између осталог, јер се у њему појавило потпуно ново правно питање: одговорност правног заступника продавца за штету коју претрпи купац. Европски суд је нашао, међутим, да постоји кршење члана 6(1) Европске конвенције. Doran v. Ireland, Judgment of 31 July 2003.

[41] Ирска влада није тврдила да постоји специфично правно средство конструисано као лек за неоправдано трајање судског поступка. Она је, међутим, тврдила да су на располагању делотворни уставни лекови, наводећи начело уставне правде и право на вођење парнице. Европски суд у вези са тим примећује да ни једна пресуда на коју се позвала ирска Влада да би доказала делотворност ова два правна лека не потврђује да она укључују право на жалбу због одуговлачења судских поступака који се могу приписати судским властима. Међутим, чак ако би се могло узети да је право на одлучивање да ли су поступци у границама разумног времена и ако би се могло узети да се оваква жалба може уложити било када, каже Европски суд, то још није довољно да се овај лек сматра „делотворним, адекватним и доступним" у смислу члана 13 Европске конвенције. Наиме, да би он испуњавао ове услове он мора да делује довољно брзо да би се њиме спречило даље одуговлачење судског поступка. Ако, дакле, сам поступак у вези примене правног лека ради убрзања основног поступка траје дуго, годину и по у случају који је ирска Влада презентирала Европском суду да би доказала постојање тог правног лека, тада овај не може да постигне свој циљ: убрзање основног поступка. Са друге стране, алтернативно дејство овог правног лека треба да буде пресуда о накнади штете узроковане одуговлачењем поступка. Ирска Влада је прихватила да правна средства која стоје на располагању у ирском праву нису таква да свакако могу да произведу ово дејство. Ирска Влада није објаснила шта би била основа накнаде штете и како би се одредила висина штете. Такође, поступак накнаде треба да буде брз. Пошто ирска Влада није доказала да у њеном праву и правној пракси постоје правна средства којим би се лечило одуговлачење поступка на описан начин, Европски суд је констатовао повреде члана 13 Европске конвенције. Ibid. пара. 59.

[42] Европски суд је истраживао делотворност чешких правних лекова у вези одуговлачења судских поступака. Чешка влада је указивала да чешки правни систем обезбеђује превентивне домаће лекове, наиме жалбе вишој власти и уставне жалбе, подупрте тужбом за компензацију. Жалбе вишој власти су жалбе које појединац може да упути председнику суда или министру правде упозоравајући судске власти на одуговлачење поступка. Власт којој је жалба упућена дужна је да је размотри у року од два месеца. Дејство жалбе може да буде поновно покретање успореног судског

туп Европски суд понавља и у случају Жич против Словачке.[43]

поступка. Пошто је искористио могућност да се жали вишој власти, појединац може да упути уставну жалбу. Уставни суд је надлежан да размотри да ли је учињена повреда права да се ствар реши у разумном року. Он може да укаже помоћ наређујући неактивном суду да прекине са кршењем овог права и да настави са случајем. Одлуке Уставног суда су, наравно, обавезујуће. У погледу могућности компензације, чешка Влада наводи да су Хартманови имали на располагању тужбу за накнаду штете против државе која је на основу Закона бр. 82/1998 одговорна за штету узроковану нерегуларностима поступака. Признајући да до тада, никаква компензација није досуђена путем такве тужбе, Влада је тврдила да то не значи да у конкретним случајевима такве тужбе не би биле делотворан и одговарајући правни лек. Европски суд је стао на становиште да жалбе вишој власти не може да сматра делотворним леком јер се њима не остварује лично право подносиоца да примора државу да врши своја надзорна овлашћења. Он је, даље, констатовао да када чешки Уставни суд нађе да се судски поступци одуговлаче због одговорности неког суда, Уставни суд може да нареди да тај суд престане са одуговлачењем и настави поступак. Прихватајући да наредба Уставног суда може да убрза судски поступак, Европски суд примећује да чешко право не обезбеђује никакву санкцију за случај да се поступајући суд не повинује овој наредби. Супротно швајцарском Савезном суду или шпанском Уставном суду, чешки Уставни суд није овлашћен да предузме практичне мере убрзавања поступка. Нити чешки Уставни суд може да досуди компензацију за одуговлачење које се већ догодило. Европски суд је сматрао да ефекти ове немогућности нису отклоњени чешким Законом бр. 82/1998. Влада, која је дужна то да докаже, није успела да докаже да се накнада нематеријалне штете може остварити по основу овог Закона. Имајући то у виду, Европски суд је констатовао да нема делотворног правног лека којим би неко могао да се супростави отезању судског поступка у Чешкој. Европски суд је, дакле, одбацио приговор чешке Владе на допуштеност тужбе због неискоришћених домаћих правних лекова налазећи да у чешком праву не постоје делотворни правни лекови против отезања судског поступка што истовремено чини и повреду члана 13 Европске конвенције. Hartman v. The Chech Republic, Judgment of 10 July 2003.

[43] Жич, подносилац захтева био је полицијски инспектор у Зиар над Хроном у Словачкој. Члан Парламента оптужио је Жича у изјави приватној ТВ компанији да прикрива злочин. Ова ТВ компанија је емитовала ту изјаву. Месец дана касније 29. новембра 1996. Жич је поднео тужбу против члана Парламента а 13. децембра исте године и приватне ТВ компаније окружном суду у Зиару над Хроном. Разочаран понашањем судова, Жич је повукао своје тужбе 12. марта 2001. године. Пошто је суд коме се обратио Жич тражио своје изузеће због пристрасности и пошто је то учинио суд у суседном округу, ствар је поверена Првом окружном суду у Братислави али је подносилац захтева приговорио на територијалну надлежност овог суда. Први окружни суд у Братислави није био ажуран у погледу решавања овог приговора. Иако је Европски суд нашао да је и сам Жич делимично одговоран због дугог поступка, свеједно он је нашао да постоји повреда члана 6 (1) Европске конвенције. Европски суд каже да члан 13 Европске конвенције гарантује делотворни правни лек пред националном влашћу за наводно кршење захтева из члана 6(1) Европске конвенције да се ствар реши у разумном времену. На основу члана 130 (3) Устава Словачке, који је на снази од 30 јуна 2001. године, појединац или корпорација могу да својим поднеском иницирају поступак пред Уставним судом ако сматрају да су њихова права повређена. На основу члана 48 (2) тог Устава свако лице има право са се његов случај реши без неоправданог одлагања. Међутим, пракса Уставног суда показује да се овај сматра не надлежним да пресуди о последицама кршења члана 48(2) Устава у смислу да досуди накнаду штете или да примени санкцију против власти одговорне за неоправдано одуговлачење. Право на гарантовање личног достојанства, части, угледа и доброг имена је гарантовано чланом 11 Грађанског закона Словачке. На основу члана 200 и (4) Закона о грађанском поступку суд је био дужан да у року од годину дана после подношења тужбе реши захтев у погледу повреде права на поштовање достојанства. Међутим, та одредба је била поништена од 1. јануара 2003. године налазом Уставног суда да је супротна члану 6 (1) Европске конвенције. Имајући у виду да Жич није располагао правним леком који би у пракси био делотворан да одстрани последице кршења члана 6(1) Европске конвенције, Европски суд је пресудио да постоји, такође, кршење члана 13 Европске конвенције. Zic v. Slovakia, Judgment of 14 October 2003, para. 74.

Комитет министара Савета Европе у горе поменутој Препоруци наглашава значај делотворних правних лекова у погледу неразумно дугих националних судских поступака како грађанских тако и кривичних. Занимљиво је да Комитет министара као лек за дуге кривичне поступке види блажу кривичну санкцију.

Ко и под којим условима може да тражи да Европски суд утврди да ли је држава прекршила члан 13 Европске конвенције

Сагласно самом члану 13 Европске конвенције то може да чини „свако коме су повређена права и слободе предвиђене у овој Конвенцији". Ову одредбу треба тумачити у вези са чланом 1 Европске конвенције према коме „високе стране уговорнице јемче свакоме у својој надлежности права и слободе одређене у Делу I ове Конвенције." Није потребно да лице има држављанство дотичне државе, нити да станује на њеној територији. Довољно је да се налази под њеном јурисдикцијом, дакле да се налази на њеној територији, броду или ваздухоплову који има држављанство те државе или у дипломатском или конзуларном представништву те државе када му је какво право или слобода гарантована Европском конвенцијом повређено.[44]

Постоје две врсте услова за подношење захтева Европском суду у погледу кршења члана 13 Европске конвенције. Постоји више процесних услова за допуштеност захтева за покретање поступка и постоји један материјални услов предвиђен самим чланом 13 а то је да су подносиоцу захтева повређена права и обавезе изложена Конвенцијом и протоколима. Овај материјални услов је близак процесном услову који је предвиђен чланом 34 Европске конвенције а према коме захтев за покретање поступка може да поднесе једино лице које је жртва повреде права прокламованих Конвенцијом и протоколима. Члан 13 Европске конвенције је, такође, уско повезан са захтевом да се исцрпе сви унутрашњи правни лекови као процесним условом допуштености захтева за покретање поступка.

[44] Vlastimir and Borka Bankovic, Zivana Stojanovic, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimovic and Dragan Sukovic v. Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom, Grand Chamber Decision as to the Admissibility of Application no. 52207/99, 12 December 2001.

Статус жртве – без услова да су повређена права и слободе ?

Сагласно члану 34 Европске конвенције Европски суд може да прими захтев за покретање поступка од сваке особе, невладине организације или групе који тврде да су жртве повреде права установљених Европском конвенцијом и протоколима. Европском конвенцијом није установљена могућност *actio popularis* у погледу индивидуалних захтева за покретање поступка. Уколико подносилац захтева није оштећен повредом, односно ако је у потпуности задовољен од стране државе његов захтев ће бити одбачен као недопуштен. Пошто је питање да ли су права или слободе појединца повређене или нису предмет спора између њега и државе који он износи пред Европски суд, овај ће одбацити захтев када је очигледно, сасвим неспорно да повреде није било или да се повреда не односи на права и слободе које су гарантоване Европском конвенцијом или протоколима. Са друге стране, у члану 13 Европске конвенције стоји да право на делотворан правни лек ужива онај коме су права и слободе изложене у Европској конвенцији и протоколима повређена. Читајући заједно ова два члана долазимо до закључка да свако ко има разлог за тврдњу да му је право или слобода изложено у Европској конвенцији или протоколима повређено има право на делотворан правни лек. Није нужно да националне власти потврде постојање повреде да би ово право могло да буде коришћено. Са друге стране, ако је сасвим очигледно да повреде нема не може се полагати и право на лек којим би се непостојећа повреда отклонила. Овде можемо да поновимо да Европска конвенција не познаје *actio popularis* у случају обраћања појединаца те да у том случају треба да постоји конкретан правни интерес.

Међутим, ставови Европског суда у тумачењу ових одредби су значајно еволуирали.

На питање да ли је постојање кршења права услов за примену члана 13 Конвенције, Европски суд за људска права одговорио је у случају Клас и други против Немачке.[45] Његов одговор је био одричан. Да би се правило о ефикасном правном леку применило довољно је да жалилац сматра да је његово право повређено. Члан 13 Конвенције каже да појединац чија су права и слободе, гарантоване Конвенцијом, „повређене" треба да има ефективно правно средство пред националном влашћу. Буквално читање овог прописа упућује, каже Ев-

[45] Клас и други подносиоца захтева Суду у Страсбуру су се жалили поводом немачког закона којим је уређена државно задирање у право на приватност, односно неповредивост комуникација, гарантовано чланом 8 Конвенције. Жалиоци су тражили од Европског суда за људска права да констатује повреду чланова 8 и 13 Конвенције. Како је пред Судом у Страсбуру разјашњено да није било повреде члана 8, дакле подносиоци захтева нису били жртве кршења њиховог права на приватност, тужена држава Немачка а са њом и Комисија за људска права су сматрали да нема места примени члана 13 Конвенције јер је услов за примену овог члана постојање кршења загарантованог права. Европски суд за људска права заузео је, међутим, другачију позицију. Klass and others v. Germany, Judgment of 6 September 1978.

ропски суд, да је лице овлашћено на национални правни лек једино ако се кршење догодило. Међутим, примећује Европски суд, лице не може да установи „кршење" пред националном влашћу ако претходно не може да користи правни лек како би надлежна власт констатовала постојање кршења. Према томе, Европски суд се слаже овде са мањинским мишљењем Комисије за људска права, да стварно кршење Конвенције не може бити услов за примену члана 13 Конвенције. Према мишљењу Суда, члан 13 тражи да када појединац сматра да је оштећен мером, којом се наводно крши Конвенција, он треба да има правно средство пред националним влашћу како би се о његовом захтеву у вези наводне повреде одлучило и, ако је одговарајуће, да добије компензацију. „Тако, члан 13 мора да буде тумачен да гарантује 'делотворни правни лек пред националном влашћу' сваком ко тврди да су његова права и слободе на основу Конвенције повређени."[46] У случају Силвер против Велике Британије, Европски суд каже да када појединац износи спорну тврдњу (захтев) да је жртва кршења права изложених у Европској конвенцији, он треба да има правно средство путем кога национална власт треба да одлучи о његовој тврдњи и, ако је то оправдано, обезбедити накнаду.[47]

Ово не значи да се Европски суд за људска права сматра обавезним да увек одлучи о томе да ли постоји повреда члана 13 Европске конвенције када подносилац захтева то тражи. Тако у случају Јанг, Џејмс и Вебстер против Велике Британије, Европски суд је нашао да је Велика Британија повредила своју обавезу из члана 11 Европске конвенције која се односи на слободу окупљања и ту је стао. Није сматрао да је дужан да одлучи о захтеву који се односио и на наводну повреду члана 13 Европске конвенције.[48]

Своју позицију о овом услову за примену члана 13 Европске конвенције Европски суд је даље развио у случају „лекари за живот" против Аустрије.[49] У овом случају Европски суд је даље показао на конкретном случају шта разуме

[46] Ibid.

[47] Silver and others v. The United Kingdom, Judgment of 25 March 1983, para 113. Такође u Lithgow and Others v. The United Kingdom, Judgment of 8 July 1986, para 205. Leander v. Sweden, Judgment of 26 March 1987, para 77. the case of Plattform „Ärzte für das Leben" Judgment of 21 June 1988

[48] Young, James and Webster v. The United Kingdom, Judgment of 13 August 1981, para. 67

[49] Покрет „лекари за живот" су јавним демонстрирањем изражавали своје противљење абортусу. Заговорници абортуса су, међутим, такође јавним демонстрирањем изражавали своје противљење забрани абортуса. У два случаја демонстранти су се међусобно сучелили и дошло је до кошкања. Покрет „лекари за живот" су сматрали да је у тим приликама Аустрија пропустила да им обезбеди неометано уживање слободе мирног окупљања које је гарантовано чланом 11 Европске конвенције. Поред тога, „лекари за живот" су сматрали, такође, да им аустријско право не обезбеђује правни лек којим би заштитили ову своју слободу. Комисија за људска права је стала на становиште да слобода гарантована чланом 11 Европске конвенције није повређена али да постоји повреда члана 13. У поступку пред Европским судом, Аустрија је тврдила да се члан 13 примењује једино ако је повређен материјални пропис Европске конвенције. Она се позвала на француски текст Европске конвенције који садржи речи „ont été violés" а које су јасније од енглеских речи „are violated". Европски суд није прихватио ову тврдњу. The case of Plattform „Ärzte für das Leben" Judgment of 21 June 1988

под „спорном", „оспоривом", односно „дискутабилном" (arguable) тврдњом, односно захтевом (claim). Указујући на своју праксу, Европски суд каже, у овом случају, да члан 13 Европске конвенције обезбеђује делотворни правни лек пред националном влашћу свакоме ко тврди на спорним основама да је жртва повреде његових права и слобода, како су заштићени Европском конвенцијом.[50] Европски суд није желео да дефинише „спорност" на апстрактан начин. Он се ограничио да одреди, у светлу чињеница случаја и природе постављених правних питања да ли је тврдња да Аустрија није удовољила захтевима из члана 11 била спорна без обзира што је Комисије за људска права одбацила ову тврдњу као очигледно неосновану. Ова одлука Комисије о недопуштености захтева у погледу члана 11 као очигледно неоснованог пружа корисне елементе, сматра Европски суд, за просуђивање о томе да ли је релевантне тврдња спорна.[51] Пошто је нашао да је потпуно неспорно да у овом случају Аустрија није повредила своју обавезу из чл. 11, Европски суд је закључио да нема места за примену члана 13.

Супротно овоме, у случају Јејлер против Турске, Европски суд је нашао да су агенти турске државе разорили кућу и имање Јејлера чиме је Турска прекршила своје обавезе из чланова 3 и 8 Европске конвенције као и члана 1(1) Протокола 1 уз Европску конвенцију те је зато закључио да су захтеви Јејлера у вези са тим доказиви („arguable") за сврхе члана 13 Европске конвенције.[52]

У случају Каја против Турске Европски суд каже да чињеница да се није могло закључити изван разумне сумње да је убиство заиста извршено неза-

[50] „Under its case-law, Article 13 (art. 13) secures an effective remedy before a national „authority" to anyone claiming on arguable grounds to be the victim of a violation of his rights and freedoms as protected in the Convention;...)" Ibid. para. 25

[51] Да би, дакле, утврдио може ли бити спорно да ли је Аустрија извршила своје обавезе из члана 11 Европске конвенције, Европски суд је кренуо од спора у вези тумачења овог члана. Он није прихватио тумачење Аустрије према коме слобода мирног окупљања намеће једино обавезу држави да се не меша. Свођење обавезе државе на пуко уздржавање није у складу са предметом и сврхом члана 11. Понекад овај члан захтева од државе да предузме позитивне мере чак у сфери односа међу појединцима, ако је потребно. Заиста, примећује Европски суд, и аустријско право налаже одређене позитивне обавезе у вези са тим. Тако, Кривични закон прописује да лице које растури, спречи или узнемирава окупљање које није забрањено чини кривично дело. Такође, Закон о окупљању овлашћује власти да у извесним случајевима забране, окончају или насилно растуре окупљање а ово се односи и на против-демонстрације. Дужност је државе уговорнице да предузме разумне и одговарајуће мере како би омогућила одржавање мирних демонстрација али она није у обавези да обезбеди апсолутно никакво неузнемиравање демонстраната. Европски суд тумачи члан 11 као обавезу средства а не као обавезу резултата. Њом се, дакле, од државе тражи да предузме разумне и одговарајуће мере а не да постигне неки унапред задат резултат. Пошто је размотрио понашање аустријске полиције и мере које су предузеле аустријске власти у вези спорних инцидената супротстављања демонстраната који су се супротстављали забрани абортуса и оних који су то тражили, Европски суд је закључио да аустријске власти нису пропустиле да предузму разумне и одговарајуће мере. Пошто је ово за Европски суд била потпуно јасна чињеница, он је закључио да не може бити тврдње да је члан 11 Европске конвенције повређен која би била спорна, односно доказива јер је очигледно да повреде није било те се, зато, члан 13 Европске конвенције овде не примењује. Ibid.

[52] Yöyler v. Turkey, Judgment of 24 October 2003, para. 89

конито и да наводи подносиоца захтева у вези са тим нису били поткрепљени у значајној мери није препрека за постојање спорног захтева у смислу члана 13 Европске конвенције.

У случају Шоћ против Хрватске[53] , Шоћ се жалио да му је предугом судским поступцима повређено право да се његова ствар реши у разумном року, што је једно од права на основу члана 6(1) Европске конвенције и, такође, да му није био на располагању ниједан делотворан правни лек против ове повреде. Европски суд је нашао да дужина поступака није прешла разумно време. Свеједно, каже Европски суд, чињеница да Шоћов захтев није био коначно потврђен не спречава да његов захтев буде споран (arguable) за сврхе члана 13 Европске конвенције.[54] Иако је нашао да нема повреде права гарантованог Европском конвенцијом, Европски суд не налази да је то препрека за разматрање захтева у погледу права на правни лек у вези те непостојеће повреде.

Професор Фровајн сматра да је постављање захтева за делотворним правним леком оправдано увек, без обзира да ли је национална власт нашла да постоји кршење права заштићеног Европском конвенцијом, чак и када Европски суд нађе да је захтев очигледно неоснован, изузев ако се не ради о злоупотреби[55]. Овакав став иде у прилог максималној ефикасности права гарантованог Европском конвенцијом али излази ван граница не само текста члана 13 већ и намера држава уговорница да обезбеде ефикасну правну заштиту појединцу када му је право повређено те се појединац приближава праву на *actio popularis*.

Право на делотворан правни лек и обавеза исцрпљивања националних правних лекова као процесни услов допуштености захтева

Сагласно ставу 1 члана 35 Европске конвенције, Европски суд може да узме предмет у мериторно разматрање тек када су исцрпени сви национални правни лекови, у складу са општеприхваћеним правилима међународног права. Ово је опште правило чији је смисао да се држави остави могућност да унутар свог правног система реши ствар пре но што она постане предмет међународне парнице. Правило о коришћењу националних правних лекова претпоставља

[53] Soc v. Croatia, Judgment of 9 May 2003

[54] Европски суд је нашао да секција 63 Уставног закона из 2002. није делотворни правни лек у погледу дужине грађанског поступка пошто је овај већ окончан. Он није нашао да постоји било који други делотворни правни лек на располагању Шоћу. Зато је Европски суд нашао да постоји кршење члана 13 Европске конвенције јер подносилац захтева није имао домаћи правни лек којим би могао да оствари да се његова ствар реши у разумном року, како захтева члан 6(1) Европске конвенције. Ibid.

[55] Frowein, *op. cit*. стр. 550

постојање одређених услова важних за примену овог правила: постојање националних правних лекова, њихова доступност, делотворност те постојање општих услова за нормално коришћење националних правних лекова.[56] Уколико нема националног правног лека или ако овај није делотворан, коришћења овог није услов допуштености захтева за покретање поступка пред Европским судом. Са друге стране, питање постојања правног лека и питање његове делотворности су суштинска питања права на делотворан правни лек, гарантованог чланом 13 Европске конвенције. Намеће се, дакле, питање односа става 1 члана 35 Европске конвенције, као процесне претпоставке допуштености захтева за покретање поступка и члана 13 Европске конвенције. О питању допуштености Европски суд одлучује, у начелу, прво својом одлуком.[57] Ако нађе да је захтев допуштен, о његовој основаности одлучује, затим, својом пресудом. Међутим, ако је питање допуштености захтева тесно везано са питањем основаности захтева, Европски суд може да споји одлучивање о оба питања те да о оба питања одлучи својом пресудом. Управо, он може тако да поступи када се питање правних лекова постави пред њим као приговор државе на допуштеност захтева, са једне стране, и као сам захтев који пред њега износи појединац, са друге стране.

Овај однос Европски суд разматра у случају Хартман против Чешке.[58] Хартманови су се жалили Европском суду, између осталог, због наводне повреде члана 6(1) Европске конвенције, односно зато што су судски поступци за повраћај њихове имовине одуговлачени а чешка Влада је приговорила да је овај захтев недопуштен пошто његови подносиоци нису претходно искористили правна средства која им је обезбедило чешко право. Правило из става 1 члана 35 Европске конвенције се заснива на претпоставци, рефлектованој у члану 13 Европске конвенције, са којим је оно веома блиско, каже Европски суд, да постоји делотворан правни лек за наводно кршење у домаћем систему. Постојање таквих правних лекова треба да буде довољно извесно не само у теорији, каже Европски суд, већ, такође, у пракси јер у противном њима недостаје потребна доступност и делотворност. У погледу доказивања постојања одговарајућих домаћих правних лекова, члан 35 Европске конвенције врши поделу терета доказивања. На влади, која тврди да домаћи правни лекови нису исцрпени, је да докаже да је постојао делотворан правни лек у праву и да је био делотво-

[56] Report of the International Law Commission, 55th Session, 2003, стр. 84

[57] Међутим, Протоколом 14 уз Европску конвенцију од 13. маја 2004. године, који ће ступити на снагу када га ратификују све државе уговорнице, Европски суд је подстакнут да, у случају индивидуалних захтева, спаја одлучивање о допуштености захтева и основаности захтева.

[58] Јиржи и Јан Хартман су покушали тужбама пред чешким судовима да поврате имовину која је одузета после Другог светског рата а на основу закона који су донети после промене политичког система у Чехословачкој. У томе нису успели. Поред тога, по њиховом мишљењу, судски поступци у вези са тим су трајали дуже но што је било разумно и они нису имали на располагање делотворни правни лек да се супротставе томе. Зато су се обратили Европском суду тражећи да овај установи повреде чланова 6(1) и 13 Европске конвенције као и члана 1(1) Протокола 1 уз Европску конвенцију. Hartman v. The Chech Republic, Judgment of 10 July 2003

ран пракси у релевантно време, тј. да је био доступан, погодан да обезбеди задовољење у погледу жалби и да је нудио разумне изгледе на успех. Када влада удовољи овом захтеву, подносилац захтева Европском суду треба да докаже да је лек, на који указује влада, искоришћен или да је због неког разлога неделотворан у конкретним околностима случаја или да постоје нарочите околности које га ослобађају од овог захтева. Европски суд сматра да правило о коришћењу домаћих правних лекова треба да се примењује са извесним ступњем флексибилности и без претераног формализма. Ово правило није апсолутно нити је подобно да се примењује аутоматски. Од суштинског је значаја да се разматрају околности сваког случаја. Европски суд мора, дакле, да води рачуна не само о постојању формалних правних лекова у правном систему државе уговорнице већ и о правном и политичком контексту у коме ови функционишу као и о личним околностима подносилаца захтева. У конкретном случају Хартман против Чешке, у вези Владине тврдње да су подносиоци захтева пропустили да користе расположива средства ради убрзања судских поступака, Европски суд је приметио да у односу на дужину судских поступака, питање средстава којима би подносиоци захтева могли да убрзају поступке спада у меритум њиховог захтева за покретање поступка пред Европским судом. Зато је Европски суд у овом случају спојио решавање питања допустивости захтева са решавањем меритума.

У неким случајевима Европски суд разматра обавезу појединца да искористи националне правне лекове у светлу његовог права на делотворни правни лек. Тако, у случају Егмез против Кипра Европски суд каже да се обраћање омбудсману не сматра правним средством чије је коришћење захтевано чланом 35(1) Европске конвенције али да његово коришћење може да има смисла у контексту члана 13.[59] Омбудсман је послао свој извештај о томе да је Егмез био изложен мучењу јавном тужиоцу али овај није предузео ништа. Зато је Европски суд нашао да је Егмез, обраћањем омбудсману, удовољио свој обавези из члана 35(1) Европске конвенције, иако није покренуо грађанску парницу за накнаду штете јер би његови изгледи на успех били мали без доказа до којих би се дошло у кривичном суђењу.

У неким случајевима када просуђује о делотворности правног лека на основу захтева по основу члана 13 Европске конвенције Европски суд се позива на критерије које је установио својим одлукама о допуштености у вези искоришћености националних правних лекова.

[59] Egmez v. Cyprus, Judgment of 21 December 2000, para 66

Национална власт, њена надлежност и делотворност правног лека

Према мишљењу Европског суда за људска права „власт" на коју упућује члан 13 не мора нужно да буде у свим случајевима судска власт. Без обзира на то, овлашћења и процедуралне гарантије које има власт су релевантне за одређивање да ли је конкретан правни лек делотворан.[60] У случају Кан против Велике Британије Европски суд је нашао да Власт за жалбе против полиције не удовољава овим захтевима јер министар унутрашњих послова именује, награђује и у извесним случајевима отпушта чланове ове Власти а она, Власт треба да контролише исправност аката полиције.[61]

Поред тога, национална власт треба да буде овлашћена да одлучи о чињеницама и стандардима релевантним за примену прописа Европске конвенције. Могуће је да постоји правно средство којим се питање кршење одредбе Европске конвенције може изнети пред национални суд. Али, ако овај није овлашћен да одлучи о питањима која су од кључног значаја за примену конкретне одредбе Европске конвенције, Европски суд констатује да нема делотворног правног лека у смислу члана 13 Европске конвенције.[62]

Да ли се члан 13 односи на законе државе чланице?

У случају Литгау против Велике Британије, Европски суд је заузео став да члан 13 не иде толико далеко да тражи од државе чланице Европске конвенције да обезбеди правни лек којим ће се оспоравати закон супротан Европској

[60] Klass and others v. Germany, Judgment of 6 September 1978, para. 67. Silver and others v. The United Kingdom, Judgment of 25 March 1983, para. 113. Leander v. Sweden, Judgment of 26 March 1987, para 77.

[61] Khan v. the United Kingdom, Judgment of 12 May 2000, para 46

[62] Илустративан је у вези са тим случај Смита и Гредија, двојице хомосексуалаца који су због таквог свог својства били отпуштени из британске армије. Смит и Греди су сматрали да је оваквом одлуком министар одбране повредио њихово право на приватност, гарантована чланом 8 Европске конвенције. Против одлуке министра одбране о отпуштању из војске они су имали право на судску ревизију ове управне одлуке које су искористили. Током поступка судске ревизије пред више енглеских судова (високи суд и жалбени суд), енглеске судије су се осврtале на члан 8 Европске конвенције којим се гарантује право на поштовање приватног живота, налазећи да је то аргумент на месту. Међутим, они су британским правом били овлашћени да пониште одлуку министра одбране једино ако установе да је ирационална, односно да је не би могао донети ни један рационални министар одбране. Они, дакле, нису били овлашћени да одлуку заснују на стандардима за које Европски суд сматра да су битни за примену члана 8 а то су да ли је интервенција државе у право на поштовање приватности подносилаца захтева одговарало неизбежној социјалној потреби и да ли је било пропорционално циљевима националне сигурности и јавног поретка. Зато је том случају Европски суд нашао да није постојао делотворан правни лек. Smith and Grady v. the United Kingdom, Judgment of 27 September 1999

конвенцији.[63] Европска конвенција није била тада део унутрашњег права Велике Британије и није постојала било каква уставна процедура која је омогућавала оспоравање ваљаности закона због непоштовања основних права. Тако, није постојало правно средство којим би Сер Литгау оспоравао да је закон о национализацији сагласан са захтевима Европске конвенције и Протокола I уз ову. Европски суд се сложио овде са Комисијом за људска права да члан 13 не иде толико далеко да гарантује правни лек којим би се закони државе уговорнице доводили у питање као такви пред националним властима зато што су супротни Европској конвенцији.

Позивом на овај случај као и на део члана 13 који гласи: „без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству" професор Фровајн долази до закључка да се члан 13 примењује једино на акте извршне власти.[64] Тада, педесетих година, каже Фровајн у малом броју европских држава је постојала процедура за оспоравање закона. Уставни судови су постојали у малом броју држава. Зато је Комисија за људска права сматрала да се члан 13 не односи на законе. После извесне уздржаности Европски суд је прихватио став Комисије и одлучио да члан 13 не намеће формалну обавезу државама да уведу уставну судску контролу закона. Ствари се током времена мењају. Оно што је сада извесно јесте да и акти судова а не само извршне власти подлежу члану 13.

Начин остваривања правила о делотворном правном средству – непосредна примена међународних уговора из области људских права

Члан 13 не иде тако далеко да тражи инкорпорацију Европске конвенције у унутрашње право, мада је она сада инкорпорирана у унутрашња права свих држава уговорница, нити он тражи нарочити облик правног лека. Он оставља држави уговорници простор слободне процене у извршавању њених обавеза на основу овог прописа.

Дакле, члан 13 као и Европска конвенција уопште не предвиђају конкретан начин на који су државе уговорнице дужне да обезбеде њихову примену у унутрашњем праву.[65] Свака држава уговорница је слободна да одабере одговарајући начин. Она је, међутим, дужна да тако одабраним начином постигне резултат – дејство лека - који се од ње тражи чланом 13 Европске конвенције.

---

[63] Lithgow and Others v. The United Kingdom, Judgment of 8 July 1986, para 206. Leander v. Sweden, Judgment of 26 March 1987, para 77.

[64] Frowein, *op.cit*. стр. 548

[65] Silver and others v. The United Kingdom, Judgment of 25 March 1983, para 113

При томе, она мора да води рачуна о пракси Европског суда, дакле о резултатима за које он сматра да су задати Европском конвенцијом.

Комитет министара Савета Европе у Додатку уз горе поменуту Препоруку указује на чињеницу да неке државе уговорнице поред посебних, специфичних правних лекова обезбеђују и општи правни лек, као што је нпр. уставна жалба, који је на располагању у случају недостатка неког посебног правног лека или који може да се користи када се искористе сви други специфични правни лекови или, чак упоредо са другим правним лековима, и констатује да Европски суд прима из ових држава релативно мањи број захтева за покретање поступака те на тај начин препоручује ово решење као добро.

Комитет министара указује на значај благовременог реаговања на „пилот" пресуду, дакле на прву пресуду којим Европски суд констатује неку систематску неусклађеност са Европском конвенцијом, дакле сукоб неког закона или устаљене административне праксе са Европском конвенцијом. Обезбеђивање одговарајућег правног лека за такве случајеве, учинило би захтеве за покретање поступка других лица која су жртве исте системске неусклађености недопуштеним пре но што се тај лек не искористи. Овај правни лек би требало да обезбеди да се налаз Европског суда примени и на друга лица погођена системском неусклађеношћу а која су исцрпила сва друга правна средства на националном нивоу пре доношење „пилот" пресуде. У овом контексту је значајно и како је одређено дејство пресуде Европског суда у националном правном систему. Било би сврсисходно да се њено дејство подигне на ниво дејства пресуде уставног суда.[66]

[66] E. Klein, *Should the binding effect of the judgments of the European court of Human Rights be extended*? Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in memory of Rolv Ryssdal, edited by P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber, Köln, 2000, str. 705

Rodoljub Etinski Ph.D., Full professor
Novi Sad School of Law

The Right to an Effective Remedy in Light of the Practice of the European Court of Humans Rights

Abstract

This paper analyses the right to an effective remedy, as guaranteed by Article 13 of the European Convention on Human Rights and as interpreted by the European Court of Human Rights. Each State Party to the European Convention establishes its system of remedies by its national, procedural and substantive law. Neither the European Convention, nor the European Court specifies which remedies the State Party should establish. However, both require that the established remedies provide for the enforcement of rights and freedoms set forth in Convention and Protocols thereto or compensation for their infringement. This is general effect to be achieved by remedies. Apart from the general one, settled practice of the European Court imposes a request for additional, specific effects of remedies, depending on the nature of the violated right and circumstances of the infringement. The highest requirements of the European Court are related to the right to life and prohibition of torture, should a State authority be involved in such a violation. The Court examines whether the existing national remedies can produce the required effect at all (or as the Court usually says „in theory") and whether the effect is produced by used remedies in a concrete case. The effectiveness of remedy may depend also on the national authority, which is competent to decide in the case. The authority does not have to be a judicial body, but it should provide certain procedural guarantees.

Furthermore, the paper explores the relationship between the right to a fair trail and the right to an effective remedy, as well as the relationship between the exhaustion of domestic remedies as an admissibility precondition and a claim that the right to an effective remedy has been breached.

УДК 342.7 : 341
343.61 : 341
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 461-483

Др Сања Ђајић, доцент
Правног факултета у Новом Саду

ПРАВО НА ЖИВОТ: ПИТАЊА И ОДГОВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Не дају правила значење животу,
већ живот правилима.

Пирандело, *Правила игре*
(Pirandello, Rules of the Game)

Сажетак: *Право на живот, као основно и неотуђиво право, нормирано је низом међународних инструмената. Аутор испитује различита нормативна решења и праксу међународних тела да би утврдила какве обавезе има држава у односу на ово право, као и у којим ситуацијама ће међународна тела применити предвиђене гаранције заштите права на живот.*

Кључне речи: *људска права, право на живот, лишење живота, употреба силе, дужност заштите живота, дужност спровођења истраге.*

У било којој класификацији људских права, право на живот ће увек имати посебно признати значај. То природно проистиче из његовог објекта заштите, тако да право на живот представља основно и фунадментално право прве генерације грађанских права које је претпоставка остварењу других права. Право на живот се често одређује као природно, урођено и неотуђиво право сваког појединца.

Циљ овог рада није испитивање настанка и порекла овог права, с обзиром да ако то већ и није довољно јасно само по себи, сигурно је већ довољно обрађено у литератури. Циљ је идентификација околности у којима може доћи до примене гаранција предвиђених овим правом. Наиме, развој система заштите људских права, правила о одговорности државе и промена околности савременог живота, на индивидуалном и глобалном плану, може у великој мери променити традиционалне претпоставке права на живот. Ми на овом месту желимо да преиспитамо већ признате околности у којима долази до примене гаранција овог права и облике одговорности држава, као и да их илуструјемо примерима из праксе међународних тела. Такође, циљ је да проверимо зашто у одређеним околностима не долази до примене ових гаранција, када је јасно да је и њима угрожено право на живот.

Управо из ових разлога рад ћемо започети прегледом основних извора којима се нормира и штити право на живот, затим ћемо понудити преглед врста одговорности државе, издвојити поједине околности и понудити оне које још нису нашле места у јуриспруденцији различитих судских и квазисудских тела.

Извори

Општа декларација о људским правима из 1948. године у чл. 3. дефинише право на живот на општи начин гарантујући сваком право на живот, слободу и безбедност личности.[1] Слично је формулисана и заштита права на живот у Америчкој декларацији о људским правима из 1948. године[2] и Афричкој повељи о правима човека и народа из 1980. године.[3] Осим што је људски живот посебан објект заштите, и што се захваљујући декларацијама може сматрати обичајним правним правилом, текстови ових одредаба не говоре много о

[1] „Свако има право на живот, слободу и безбедност личности" чл. 3. Опште декларације о људским правима из 1948. године (*Universal Declaraction of Human Rights*, усвојена 10. децембра 1948. године у форми резолуције Генералне скупштине Уједињених нација, G.A. Res. 217A (III), UN Doc. A/810, 71, 1948).

[2] „Свако људско биће има право на живот, слободу и безбедност личности." чл. 1. Америчке декларације о људским правима и дужностима из 1948. године. (*American Declaration of the Rights and Duties of Man*, потписана 2. маја 1948. године, Организација америчких држава, OEA/Сер.Л./В/11.71, 17.

[3] „Људско биће је неповредиво. Свако има право на поштовање живота и неповредивост личности. Нико не може бити арбитрерно лишен живота." чл. 4. Афричке повеље о правима човека и народа из 1981. године (*Charter on Human and Peoples' Rights*, усвојена 27. јуна 1981. године, ступила на снагу 21. октобра 1986. године унутар Организације афричког јединства, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 Rev. 5.

природи објекта заштите и обавезама државе у том погледу. Нешто је јаснија и прецизнија одредба Међународног пакта о грађанским и политичким правима и слободама из 1966. године[4] и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године.[5]

Међународни пакт о грађанским и политичким правима и слободама

Члан 6

1. Право на живот је неодвојиво од човекове личности. Ово право мора бити законом заштићено. Нико не може да буде произвољно лишен живота.
2. У земљама где смртна казна није укинута, смртна пресуда се може изрећи само за најтеже злочине, сходно законодавству на снази у часу када је дело почињено и не може да буде у супротности са одредбама овог пакта ни са Конвенцијом о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Ова казна се може применити само на осову правноснажне пресуде коју је донео надлежни суд.
3. Када лишење живота представља злочин геноцида, подразумева се да ниједна одредба овог члана не овлашћује државу чланицу овог пакта да одступи на било који начин од било које обавезе преузете на основу одредаба Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида.

* * *

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода

Члан 2

1. Право на живот сваке особе заштићено је законом. Нико не може бити намерно лишен живота, осим приликом извршења пресуде суда ко-

[4] *International Covenant on Civil and Political Rights*, усвојена 16. децембра 1966. године у форми резолуције Генералне скупштине UN (G.A. Res. 2200A (XXI), UN Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS 171), ступила на снагу 23. марта 1976. године. Тренутно има 144 држава чланица међу којима је и Државна заједница Србија и Црна Гора (Сл. лист СФРЈ, бр. 7/1971).
Уз Међународни пакт постоје и два додатна протокола, први којим се обезбеђује надлежност Комитета за људска права да расправља о индивидуалним представкама, и други, којим се забрањује смртна казна. Државна заједница Србија и Црна Гора је чланица оба протокола Закон о потврђивању Факултативног протокола уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Сл. лист СРЈ Међународни уговори, бр. 4/2001; Закон о потврђивању Другог факултативног протокола уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима који има за циљ укидање смртне казне, Сл. лист СРЈ Међународни уговори, бр. 4/2001.

[5] *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, потписана 4. новембра 1950. у оквиру Савета Европе, ступила на снагу 3. септембра 1953. (ETS no. 5, 213 UNTS 221). Државна заједница Србија и Црна Гора је чланица ове Конвенције (Сл. лист СЦГ Међународни уговори, бр. 13/2003).

јом је осуђен за кривично дело за које је ова казна предвиђена законом.
2. Лишење живота се не сматра противним овом члану ако проистекне из употребе силе која је апсолутно нужна:
   а) ради одбране неког лица од незаконитог насиља;
   б) да би се извршило законито хапшење или спречило бекство лица законито лишеног слободе;
   ц) приликом законитих мера које се предузимају у циљу сузбијања нереда или побуне.

Обавезе држава у погледу заштите права на живот

Заштита људских права подразумева прилично једноставну поделу права и обавеза: права, привилегије и овлашћења припадају појединцу, док је носилац обавезе држава или нека друга јавна власт. Класификација је нешто сложенија када је реч о врстама обавеза које државе могу имати. Овде можемо укључити различите класификације обавеза држава и, сходно томе, врста одговорности државе које из тога могу проистећи: обавезе циља и средства, обавезе негативног и позитивног карактера, обавезе апсолутног и релативног карактера, когентне и диспозитивне обавезе и сл.

1. Позитивне и негативне обавезе држава: право на живот

Обавезе негативног карактера означавају дужност државе да се уздржи од одређеног чињења или мешања и на тај начин, пасивним понашањем, остави слободу појединцу да поступа на одређени начин или да на тај начин очува заштићени објекат. Обавезе позитивног карактера означавају дужност државе да поступи на одређени начин, да предузме конкретне радње, чиме се држави нужно намеће много већи терет. У контексту заштите људских права ова класификација је видљива у стандардним терминима који се срећу у међународним уговорима о заштити људских права. То су термини „*respect*" (поштовати) и „*ensure*" (обезбедити), где се првим нормира обавеза негативног карактера док се другим означава обавеза позитивног карактера. Међународни пакт о грађанским и политичким правима тако у чл. 2. предвиђа да ће свака држава уговорница „поштовати и обезбедити сваком лицу на својој територији или под својом надлежношћу права предвиђена овим Пактом." Какав је садржај позитивних и негативних обавеза зависиће од конкретног права.

У случају права на живот потребно је имати на уму предмет заштите. Негативна обавеза државе означава дужност државе да спречи самовољно и арбитрерно лишење живота од стране државних органа. Позитивне мере означавају обавезу државе да инкриминише лишење живота, да предузме мере којима се спречава самовољно лишење живота од стране других лица, да спроведе истрагу и казни починиоце кривичног дела убиства, и слично. Поједини

аутори, попут Рамхарана (*Ramcharan*), сматрају да позитивне обавезе држава укључују и мере ради спречавања морталитета код деце, приступ материјалним ресурсима потребним за живот, заштиту животне средине, контролу заразних болести и предузимање мера за обезбеђење мира.[6] Очигледно је да овај аутор заступа много шири концепт позитивних обавеза него што је то случај у пракси.

2. Апсолутна и релативна права и слободе: право на живот

Права и слободе се деле на апсолутна и релативна на основу тога да ли је могуће вршити ограничења и стварати изузетке за њихово уживање. Ако то није допуштено, такво право ће бити апсолутно, јер апсолутно искључује било какву ограничавајућу интервенцију државе. Логична претпоставка била би да право на живот припада кругу најзаштићенијих права, дакле кругу апсолутних права попут забране мучења или забране ропства. Међутим, то није случај. Иако право на живот представља основно, фундаментално и природно право, ограничења ипак постоје. Та ограничења се огледају у нормираним изузецима који се имају рестриктивно тумачити. Такође, основна гаранција говори о забрани „арбитрерног" и „противправног" лишења живота што говори о могућности не-арбитрерног односно правног лишења живота.

Анализом међународних инструмената Бојл (*Boyle*) наводи изузетке у којима је лишење живота допуштено: смртна казна, самоодбрана, убиство приликом законитог хапшења или ради спречавања бекства, спречавање извршења кривичног дела, приликом спречавања нереда.[7] Тако се можда ствара парадокс, с обзиром да је допушено лишити неко лице живота ради спашавања другог живота, али није допуштено никог подвргнути тортури да би се други живот спасио.

Ипак, иако не припада категорији апсолутно заштићених права, друга ограничења, осим оних предвиђених у експлицитно нормираним изузецима, нису допуштена. Дакле, није могуће ограничити право на живот ради обезбеђења националне безбедности, јавног морала, здравља, општег интереса и слично.

3. Когентне и диспозитивне норме међународног права: право на живот

Норме међународног права, па самим тим и норме о заштити људских права, могу се поделити на когентне и диспозитивне. Когентне, или императивне, су оне које је целокупна међународна заједница прихватила као норме од

[6] B.G. Ramcharan, *„The Concept and Dimensions of the Right to Life"*, у: The Right to Life in International Law (ur. B.G. Ramcharan), Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1985, str. 17.

[7] C.K. Boyle, „The Concept of Arbitrery Deprivation of Life", у: *The Right to Life in International Law* (ur. B.G. Ramcharan), Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1985, str. 229.

којих нису допуштена никаква одступања,[8] док су диспозитивне норме оне које субјекти међународног права стварају и мењају у складу са својим интересима.

Пошто право на живот, како је то наведено у претходном одељку, не представља апсолутно право, питање је да ли је оно императивно правило међународног права? Могло би се тврдити да, захваљујући начину на који су конципирани изузеци,[9] право на живот представља део међународног когентног права и да од тако одређене садржине нису дозвољена одступања. Такође, поједини видови заштите права на живот су несумњиво део *jus cogens*-а, као што је то забрана геноцида.

4. Обавезе државе код заштите права на живот према њиховој садржини

а) Забрана арбитрерног и самовољног лишења живота

Реч је о негативној обавези државе. Њено кршење ће увек постојати у случајевима геноцида, егзекуција без претходно спроведеног судског поступка, смрти која је наступила као последица тортуре или нехуманог поступања, смрти која је последица непотребне или непропорционалне употребе силе од стране државних органа.

Реч је о основној забрани која се односи на директну умешаност државе у кршење права на живот. Државним органима је забрањено да било кога лише живота непосредном акцијом. Противправним лишењем живота употребом силе неће се сматрати оне ситуације које су рестриктивно предвиђене одговарајућим одредбама, попут самоодбране, законитог хапшења, спречавања бекства лица законито лишеног слободе и приликом примене законитих мера које се предузимају у циљу сузбијања нереда или побуна, или примене смртне казне у оним правним системима у којима је то дозвољено. Другим речима, уколико је смрт последица деловања државних органа, постојаће претпоставка одговорности државе која се може одбранити само уколико се њено деловање може подвести под неки од изузетака. Такви изузеци су додатно подвргнути испитивању, јер је потребно доказати законитост рада државних органа и пропорционалну и нужну употребу силе:

[8] Опште прихваћена дефиниција когентних норми међународног права је она предвиђена чл. 53. Бечке конвенције о праву уговора из 1969. године: „За сврхе ове конвенције императивна норма општег међународног права је норма коју је прихватила и признала целокупна међународна заједница држава као норму од које никакво одступање није допуштено и која се може изменити само новом нормом општег међународног права истог карактера." Сл. лист СФРЈ Међународни уговори и други споразуми, бр. 30/1972.

[9] Право на живот не може бити ограничено ни у време ванредних прилика, јер припада категорији права и слобода која не могу бити дерогирана (*non-derogable rights*). Тако, на пример, чл. 15. Европске конвенције о људским правима, који дозвољава државама чланицама да ограниче права и слободе у ванредним приликама, ту могућност искључује у погледу права на живот, забране тортуре, забране ропства и начела легалитета.

„У овом случају, у којем је седам лица изгубило живот услед намерно спроведене акције полиције, јасно је да је лишење живота последица намере. Шта више, полиција је отворила ватру без претходног упозорења жртвама, као што им није омогућила да се предају полицијској патроли, нити им је назначила зашто се ту налазе, какве су им намере, нити било какво слично објашњење. Не постоје докази који могу оправдати овакву акцију полиције. Не постоје докази који би показали да је било реч о хапшењу или спречавању бекства осумњиченог лица. Акција полиције која је за последицу имала убиство Марије Фани Суарекс де Гереро није била у складу са прописима о употреби силе у оваквим случајевима."[10]

Пресуда Европског суда у случају *McCann v. United Kingdom*[11] *је дефинисала стандарде, предвиђене чл. 2. Конвенције, за поступање полиције приликом употребе оружја и силе у оперативним акцијама.*[12] Припадници службе безбедности Велике Британије су ликвидирали чланове организације ИРА који су наводно намеравали да изврше напад бомбом-аутомобилом на Гибралтару. Суд је нашао да британске власти нису планирале и водиле антитерористичку операцију тако да прибегавање убитачној сили буде сведено на најмању могућу меру. Упутства која су добили војници су изнудила употребу силе, иако усмрћена лица нису била наоружана: упутство је било да су терористи вероватно наоружани, да ће највероватније детонирати бомбу ако буду били заустављени или ако наиђу на отпор. Претпоставке су биле погрешне и Суд је закључио да полиција није имала онај степен опрезности при употреби ватреног оружја која се у демократском друштву очекује од припадника полиције, чак и када се супротстављају опасним терористима. У том смислу је Суд утврдио одговорност Велике Британије за кршење чл. 2. Европске конвенције.

У случају Накова против Бугарске (*Nachova v. Bulgaria*)[13] Европски суд је установио одговорност Бугарске управо по истом овом основу. Двојицу млађих пунолетника убио је војни полицајац приликом хапшења, иако није било доказа да код себе имају оружје. Суд је нашао да у датим околностима није била оправдана употреба убојитог ватреног оружја ради хапшења лица за које се зна да не представљају претњу. Пошто употреба оружја није била „апсолутно неопходна", самим тим је забрањена чл. 2. Конвенције. Иако су касније власти спровеле истрагу, она није испунила стандарде кривичне истраге у случајевима лишења живота, тако да није могла отклонити одговорност тужене државе.

[10] *Guerrero v. Columbia*, Human Rights Committee, Report 1982, стр. 146.

[11] *McCann v. United Kingdom*, Европски суд за људска права, пресуда од 27. септембра 1995.

[12] М. Пауновић, „Право на живот праксa органа Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода", *Југословенска ревија за међународно право*, бр. 3/1998, стр. 67-76.

[13] *Nachova v. Bulgaria*, Европски суд за људска права, пресуда од 26. фебруара 2004. године.

б) Обавеза заштите живота

Реч је о двострукој обавези позитивног карактера. Прво, држава је дужна да живот заштити законом. Друго, дужна је да предузме мере ради физичке заштите потенцијално угрожених живота.

Одредбе о заштити права на живот експлицитно предвиђају да ће ово право бити заштићено законом. Иако је ово право нормирано међународним уговорима, државе су дужне да донесу посебне прописе којима ће операционализовати његову заштиту. Доношење таквих закона јесте позитивна обавеза средства сваке државе уговорнице без обзира на обележја националног система у погледу односа међународног и унутрашњег права, односно без обзира да ли међународни уговори имају непосредно дејство у унутрашњем правном поретку. Иако се у појединим земљама посебним законом инкорпорира међународни уговор у унутрашњи правни систем, није реч о истој врсти унутрашњих прописа. Међународни поредак се у овом случају супстанцијално ослања на унутрашњи од којег се очекује да додатним прописима имплементира међународну обавезу. Основ одговорности државе, дакле, може бити непостојање таквих прописа, или кршење сопствених прописа о заштити права на живот.

Унутрашњи прописи о заштити права на живот морају бити у складу са међународним стандардима. Према мишљењу Ределбаха (*Redelbach*), ти стандарди су следећи: 1) законом се могу предвидети ограничења права на живот која су као таква већ предиђена међународним инструментом; 2) јасно дефинисање стандарда и ограничења унутрашњим правним прописима; 3) јасно прописане одредбе о обавези спровођења истраге и кривичног гоњења; 4) унутрашња правна средства која стоје на располагању оштећеним лицима и породицама, у различитим врстама поступака и различитим правним областима.[14]

Обавеза заштите путем закона постоји и да би се на одговарајући начин остварила забрана „намерног" односно „арбитрерног" лишења живота. Претпоставља се да су арбитрерност, произвољност и самовоља искључени ако је ово право додатно заштићено прецизним законским одредбама.[15]

Други вид обавезе заштите живота је обезбеђење физичког интегритета појединаца, без обзира да ли је реч о поступању лица у приватном или службеном својству. Уколико околности указују да би лицу могао бити угрожен живот, држава је дужна да му пружи заштиту. Питање је какве су то околности које сасвим извесно упућују на угроженост физичког интегритета у мери која ствара обавезу, а самим тим и одговорност државе да заштити право на живот.

[14] A. Redelbach, „Protection of the Right to Life by Law an by Other Means", у: *The Right to Life in International Law* (ur. B.G. Ramcharan), Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1985, стр. 204.

[15] Можда је на овом месту потребно напоменути да се у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода „закон" помиње у различитим контекстима. Док се у чл. 2. закон помиње као додатно средство заштите права, у чл. 8-11 закон је средство којим се права могу ограничити под одређеним условима. Пошто се право на живот може пре сматрати апсолутним правом него релативним, самим тим измиче могућности ограничавања или искључивања овог права ван рестриктивно тумачених изузетака предвиђених самом Конвенцијом.

Анализирајући јуриспруденцију Европског суда за људска права, Моубрej (*Mowbray*) закључује да чл. 2. намеће обавезу државама да, између осталог, „предузме одговарајуће оперативне мере заштите када постоји 'стварна и непосредна' опасност по живот конкретног појединца услед извесности чињења кривичног дела од стране другог лица."[16]

Европски суд за људска права је у више наврата разматрао околности под којима тужену државу може прогласити одговорном за кршење члана 2. због пропуста да обезбеди физичку заштиту појединцу. Суд ће то учинити у изузетним случајевима тек уколико су околности екстремне и несумњиво упућују на грубе пропусте у раду државних органа. То је управо било у случају *Mahmut Kaya v. Turkey.*[17] Брат подносиоца представке, Хасан Каја, био је лекар који је радио у југоисточном делу Турске. Током божићних празника 1992. године Хасан је рекао да се плаши да је његов живот у опасности и да верује да је под тајним полицијским надзором. У фебруару 1993. године Хасан и његов пријатељ адвокат су позвани да би пружили медицинску помоћ рањеном представнику ПКК. Након тога се нико од њих двојице није вратио кући. Шест дана касније пронађена су њихова тела на 130 км од куће. Оба лица су била усмрћена хицем у главу док су им руке биле везане. Хасанов брат је тужио Турску због кршења чл. 2. услед пропуста да физички заштите његовог брата и пропуста да спроведу савесну истрагу. Суд је прогласио Турску одговорном због кршења права на живот јер је пропустила да заштити Хасана Кају, уз следеће образложење:

„У овом случају Суд не може са сигурношћу да утврди да ли је неко од државних службеника непосредно умешан у убиство. Ипак, чињенице несумњиво указују да починиоци овог убиства су били познати властима. Суд овде упућује на чињеницу да су Метина Кана и Хасана Кају киднапери одвезли 130 *km* од куће пролазећи том приликом кроз више службених контрола. У истражним списима постоји доказ да је један од осумњичених терориста виђен са жандармима у Петреку. (...) Питање пред Судом је да ли околности случаја указују на то да су власти пропустили да изврше позитивну обавезу заштите Хасана Каје од ризика који су претили његовом животу.

Према неким индицијама полиција је сумњала да помаже рањеним припадницима ПКК. Влада је тврдила да је Хасан Каја био изложен ризику као било које друго лице или лекар у југоисточној Турској. Ипак, у том периоду се десио велики број убистава код којих починиоци нису пронађени, али за које се сумња да су последица „контрагерилских елемената". (...)

Тужена држава оспорава могућност пружања било какве ефикасне заштите од напада на овом подручју. За Суд овај аргумент није уверљив. Читав низ превентивних мера је био на располагању снагама безбедности у односу на сопствене јединице али и јединице група која наводно делују под њиховом контролом. Тужена држава није поднела никакве доказе о мерама вођења истраге о

[16] A. Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, 2001, стр. 62.

[17] *Mahmut Kaya v. Turkey*, Пресуда Европског суда за људска права од 28. марта 2000.

контрагерилским групама и умешаности државних органа у политичка убиства у периоду пре објављивања *Susurluk* извештаја,[18] са доказима предузимања превентивних мера.

Суд стога налази да околности овог случаја показују да су власти пропустиле да предузму одговарајуће мере које су им биле на располагању како би спречиле и отклониле стварну и непосредну опасност по живот Хасана Каје. Стога, у овом случају постоји кршење чл. 2. Конвенције."[19]

Суд је, дакле, утврдио да су околности (постојање великог броја парамилитарних антигерилских група и велики број убистава) биле такве да су створиле обавезу за државне органе да конкретним лицима пруже заштиту. Сумња, коју је донекле изразио и сам Суд, односила се на много непосредније учешће државних органа. Суд није имао доказе којима би се овакви захтеви поткрепили.

Овакви случајеви су ретки у пракси Европског суда. Суд је чешће ослобађао државе од одговорности за пропусте у заштити физичког интегритета лица: Држава нема обавезу да обезбеди сваком телохранитеља[20] нити ова обавеза представља позитивну обавезу државе да искључи све могуће облике насиља.

У случају *Osman v. United Kingdom*,[21]подносиоци представке су били госпођа Осман и њен син Ахмет који су тврдили да су власти Велике Британије пропустиле да пруже заштиту г. Осману и тако спрече убиство које се могло, према наводима тужилаца, предвидети због претњи које је г. Осман добијао. Наиме, током 1986. године управа школе коју је похађао Ахмет Осман приметила је заинтересованост и везаност једног од наставника за четрнаестогодишњег ученика. Управа га је упутила да потражи психијатријску помоћ. Полиција је била о свему обавештена, али није реаговала нашавши да овај проблем треба да реши школа сама, нарочито зато што нема елемената кривичног дела. У априлу 1987. године наставник је променио име у Пол Ахмет Јилдирим Осман. Школска управа је обавестила полицију да је промена имена у вези са једним другим учеником којем је овај наставник предавао у другој школи. Школски лекар је предложио да наставник настави да предаје у истој школи, али да редовно иде на психотерапију. У међувремену десило се неколико напада на кућу и аутомобил подносилаца представке. У јуну 1987. године наставник је проглашен неподобним за даљу наставу и упућен је на боловање. Напади на имовину апликаната су се наставили годину дана. Почетком наредне године наставник је у кући Османових усмртио оца и озбиљно ранио малолетног Ахмета. Након тога је убио заменика директора школе и његовог сина у њиховом

[18] Независни извештај подпредседника Инспектората при кабинету премијера Турске о стању у југоисточној Турској и умешаности државних службеника у политичка убиства.

[19] Пресуда *Mahmut Kaya v. Turkey*, Европски суд за људска права, пресуда од 28. марта 2000. године, параграфи 87-89, 100-101.

[20] *W v. United Kingdom*, представка бр. 9348/81, одлука од 28. фебруара 1983. (наведено према: М. Пауновић, нав. дело, стр. 69).

[21] *Osman v. United Kingdom*, Европски суд за људска права, Пресуда од 28. октобра 1998. године.

дому. Убрзо је ухапшен и у судском поступку му је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења у установи.

Подносиоци представке су сматрали да је полиција пропустила да заштити Османове и тиме прекршила право на живот. Европски суд се није сложио:

„Опште је прихваћено правило да обавеза државе да заштити право на живот превазилази примарну обавезу заштите права на живот путем казнених прописа заједно са одговарајућом применом тих прописа о спречавању, откривању и кажњавању за кршење таквих прописа. У том смислу, опште је прихваћено да чл. 2. Конвенције значи, у тачно одређеним околностима, позитивну обавезу државе да предузме превентивне оперативне мере ради заштите појединца чији живот је у опасности због извесности кривичног дела.

Суд има у виду све тешкоће полицијског рада у савременом друштву, непредвидљивост људског понашања и приоритете оперативног рада. Због тога, ова се обавеза треба тумачити тако да не поставља немогуће захтеве државним властима. Зато није свака наведена и пријављена опасност по живот таква да, према Конвенцији, нужно намеће државним органима обавезу да предузму оперативне мере. (....). Када постоји тврдња да је до повреде права на живот дошло као у околностима овог случаја, у вези са обавезом државе да спречи кривична дела против личне безбедности, мора се утврдити да ли су власти знале или морале знати да је живот конкретног лица изложен стварној и непосредној опасности од могућег кривичног дела трећег лица, као и да су власти пропустиле да предузму мере у оквиру своје надлежности, за које се може претпоставити да су могле такву опасност отклонити. (...) Суд је мишљења да су тужиоци пропустили да докажу конкретан пропуст због којег је дошло до трагичног инцидента, односно догађај на основу којег је полиција знала или морала знати да су животи чланова породице Осман у стварној и непосредној опасности. (....). Суд зато закључује да у овом случају није дошло до кршења чл. 2. Конвенције."[22]

в) Обавеза спровођења истраге у случајевима убиства и другим околностима лишења живота

Обавеза спровођења истраге у случајевима убиства и сличним околностима лишења живота није експлицитно предвиђена текстовима међународних уговора. Реч је о обавези која је установљена праксом међународних тела и која посебно наглашава укљученост државе у заштиту људских права. Дакле, иако држава није непосредно одговорна за противправно лишење живота, таква одговорност ће постојати уколико се не спроведе одговарајућа истрага ради испитивања узрока и евентуалног кажњавања одговорних лица, без обзира да ли су они наступали у приватном или службеном својству.[23]

[22] *Osman v. United Kingdom*, Европски суд за људска права, Пресуда од 28. октобра 1998. године, пара. 115-116, 121.

[23] A. Mowbray, *„Duties of Investigation Under the European Convention on Human Rights"*, International and Comparative Law Yuarterly, 51/2002, стр. 438.

У односу на друге врсте обавеза држава, реч је о обавези релативно новијег датума, што ћемо потврдити праксом Европског суда за заштиту људских права. Ова изведена обавеза државе из права на живот је први пут дефинисана у случају *McCann v. United Kingdom*.[24] Суд је утврдио да власти Велике Британије, поред пропуста у извођењу антитерористичке акције, нису спровеле одговарајућу истрагу да би расветлиле чињенице случаја и утврдиле одговорна лица. Суд је нашао да „мора постојати ефикасна службена истрага у случајевима смрти која је последица употребе силе од стране, *inter alios*, државних службеника."[25] У случају *Ergi v. Turkey*[26]Суд је утврдио одговорност Турске за кршење права на живот због начина спровођења антитерористичке акције и пропуста спровођења истраге, али је мишљење Суда вредно помена:

„Ова обавеза се не односи само оне случајеве у којима је убиство учинило неко лице у службеном својству. Такође, ирелевантно је да ли су наследници и породица погинулог формално покренули поступак пред надлежним правосудним органима. У овом случају, само сазнање државних органа да је дошло до убиства *ipso facto* за њих ствара обавезу на основу чл. 2. Конвенције да спроведу ефикасну истрагу ради утврђивања чињеница које се односе на наступање смрти."[27]

Образложење и објашњење обавезе спровођења истраге Европски суд је дао у случају *Kelly and Others v. United Kingdom*[28]*:* „Основна сврха истраге је да се обезбеди примена домаћих прописа о заштити права на живот и, у оним случајевима када су државни органи и службеници непосредно укључени, да осигура утврђивање њихове одговорности за смрт која је наступила у оквиру њиховог вршења дужности."[29] Обавеза спровођења истраге се односи на приватна и службена лица.

Суд је временом утврдио и минималне стандарде које истрага мора задовољити да не би дошло до кршења права на живот. Истрага мора бити ефикасна, што значи да нису дозвољени пропусти у спровођењу истраге: „Природа и степен стандарда који се мора испунити у погледу ефикасности истраге зависи од околности конкретног случаја. То се мора утврдити на основу релевантних чињеница и у односу на практичне могућности истражног поступка. Није могуће само утврдити круг потребних радњи или се служити поједностављеним критеријумима."[30] У конкретном случају Суд је нашао низ пропуста, попут пропуста тужиоца да утврди тачан моменат смрти и да испита неколико кључних сведока. Суд је зато прогласио Бугарску одговорном за кршење чл. 2. Конвенције због недостатка ефикасне истраге.

[24] *McCann v. United Kingdom*, Европски суд за људска права, пресуда од 27. септембра 1995.

[25] Наведена пресуда, параграф 161.

[26] Пресуда Европског суда за људска права од 1998. године.

[27] Наведена пресуда, параграф 82.

[28] Пресуда Европског суда за људска права од 4. маја 2001. године.

[29] Наведена пресуда, параграф 94.

[30] *Velikova v. Bulgaria*, Пресуда Европског суда за људска права од 18. маја 2000.

Затим, истрага мора бити независна и непристрасна. У случају *Gulenj v. Turkey*,[31]спорно је било да ли је жандармерија прекорачила дозвољену употребу силе приликом угушивања демонстрација, што је довело до смрти сина подносиоца представке. Одбрана Турске је била да је истрага спроведена, али се Суд није задовољио начином спровођења истраге. Наиме, надлежне власти су упутиле двојицу жандарма, припадника истог одреда, да испитају случај, што по мишљењу Суда не представља независну и непристрасну истрагу.

Истражни поступак мора укључити обезбеђивање доказа,[32] тако што ће прибавити све важне доказе и савесно спровести доказни поступак. Овде се првенствено мисли на дужност испитивања сведока и обављања медицинског вештачења. У случајевима да су органи пропустили да обаве медицинско вештачење, односно да обезбеде очување тела као доказа, постојаће претпоставка кршења чл. 2. Конвенције.[33] У случају *Каља в. Туркељ*[34]*, подносилац представке је тврдио да су специјалне јединице намерно усмртиле његовог брата. Суд је утврдио да је тужилац пропустио да наложи балистичко вештачење (јер је влада Турске тврдила да је до инцидента дошло у антитерористичкој акцији у којој се погинуло лице бранило ватреним оружјем) и коришћење рукавице да би се утврдило да ли је погинули заиста имао оружје.*[35] Због оваквих пропуста Суд је прогласио Турску одговорном за кршење права на живот.

Истражни поступак мора бити обављен брзо и ефикасно, као што се и породица погинулог лица мора обавештавати о напредовању истраге и укључити у поступак.

У свим наведеним случајевима реч је о убиствима. Међутим, питање је да ли неке друге сличне околности могу атрахирати обавезу спровођења истраге у оквиру права на живот. Један од таквих случајева јесте проблем „несталих лица" (*disappearances*). Под овим термином се најчешће подразумева нестанак већег броја људи, најчешће у околностима политичке диктатуре, када је изгледно да је реч о обрачунавању државе са својим политичким противницима. Феномен и носи овај назив јер, иако је извесно да је реч о убиствима, недостатак тела и других доказа не могу несумњиво упутити на државу као одговорну за противправно лишење живота.

Са проблемом „несталих лица" се први сусрео Интерамерички суд за људска права. Реч је о појави која је првенствено типична за недемократске

[31] *Gulenj v. Turkey,* Пресуда Европског суда за људска права од 1998.

[32] „Морају се предузети сви разумни кораци да би се обезбедили докази о инциденту." *Kelly v. United Kingdom*, Пресуда Европског суда за људска права од 4. маја 2001. године, пара. 96.

[33] Држава не може оправдати делимичну аутопсију чињеницом да је конкретно подручје под нападом терориста *(Kaya v. Turkey)*. Шта више, Суд је замерио што тужилац није наложио премештање тела на сигурније место где би се могла обавити детаљна аутопсија. У неколико случајева Европски суд је оспорио квалитет медицинског вештачења због низа пропуста у извештајима, односно нагласио значај прописно изведеног вештачења. *(Mahmut Kaya v. Turkey; Gul v. Turkey; Tanli v. Turkey).*

[34] *Kaya v. Turkey*, Пресуда Европског суда за људска права од 1998.

[35] *Kaya v. Turkey*, наведена пресуда, пара. 89.

режиме држава Латинске Америке. Тако је овај Суд први развио јуриспруденцију којом је нестанак лица везао за кршење права на живот, упркос непостојању јасних доказа да је државни апарат непосредно умешан у противправно лишење живота. Суд је то успео управо преко обавезе спровођења савесне истраге, односно пропуста да се таква истрага спроведе када околности посредно указују да је дошло до лишења живота.

Европски суд за људска права се тек у новијој пракси почео бавити проблемом „несталих лица". У случају *Cyprus v. Turkey*[36] из 2001. године Суд је закључио да не може поуздано утврдити да ли је 1485 лица несталих током окупације северног дела Кипра 1974. године изгубило живот на противправан начин, као ни да ли је смрт наступила као последица деловања војске Турске. Ипак, обавеза спровођења ефикасне истраге постоји и у вези са овим околностима, нарочито када су нестала лица последњи пут виђена у власти тужене државе у околностима које се могу сматрати опасним по живот. Пропуст Турске да спроведе истрагу ради проналажења Кипрана грчког порекла је довела до одговорности Турске за кршење права на живот. Другим речима, када државни органи државе чланице имају сазнање да се десило убиство, без обзира да ли га је починило лице у службеном или приватном својству, односно када имају информацију да је притворено лице нестало у околностима опасним по живот, они су обавезни на основу Конвенције да савесно испитају узроке и околности смрти, односно нестанка.

Шта је предмет заштите: право на живот или људски живот?

Да ли ће обавеза заштите права на живот постојати и када није реч о убиству, односно несталом лицу? Другим речима, да ли ће постојати оваква обавеза и у случајевима рата, еутаназије, прекида трудноће, тровања становништва водом и храном, смрти наступелом као последица радијације и других облика загађивања средине, и слично. Одговор ће зависити од прихваћеног концепта права на живот.

Поједини аутори посебно наглашавају да се заштита односи на право на живот, али не и на сам живот: „Могло би се тврдити, на пример, да пропуст увођења ограничења брзине на путевима или прописивања заштите на раду може узроковати одговорност државе уговорнице на основу чл. 2. због случајне смрти на путу или у фабрици. Међутим, оваквим тврдњама би се занемарила чињеница да се штити право на живот али не и сам живот."[37] Поједини аутори посебно наглашавају да треба разликовати „право на живот" и „право на живљење", јер се прво односи на заштиту физичког интегритета док друго

[36] *Cyprus v. Turkey,* Европски суд за људска права, пресуда од 10. маја 2001. године.

[37] J. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights*, 1969, стр. 31.

припада категорији економских и социјалних права и представља много шири концепт који није обухваћен основним нормама о заштити људских права.[38]

Иако се овакво разликовање предмета заштите може оспоравати, оно може бити од значаја приликом дефинисања граница обавеза државе. Другим речима, на овај начин би се могао проширити концепт узрочно-последичне везе на начин који би у много већој мери активирао одговорност државе (заштита животне средине, одговорност за квалитет воде, производња и употреба оружја за масовно уништење, разлози повећаног морталитета становништва и сл.).

Ако је реч о концепту права на живот тиме се ограничавају обавезе државе на ситуације које традиционално припадају јуриспруденцији права на живот. Иако се и овде може поставити питање да ли је такво поступање оправдано, као и зашто се одговорност за нездраву животну средину не би могла подвести под право на живот, предност оваквог приступа је у слободи избора појединца да користи своје право. Тиме се битно може променити приступ питањима еутаназије, прекида трудноће и другим сличним питањима око чије примене у оквиру права на живот постоје подељена мишљења, често опредељена различитим моралним ставовима. Ми ћемо на овом месту анализирати околности чија је заштита овим правом контроверзна.

Остале околности у којима примена права на живот може бити актуелна

а) Прекид трудноће

Да ли је прекид трудноће у супротности са правом на живот зависиће од усвојеног става шта се сматра живим бићем. Уколико се зачето а нерођено дете сматра живим бићем, и ако се може подвести под термине „свако лице", „свако људско биће", прекид трудноће може се сматрати кршењем права на живот, незаконитим лишењем живота, уколико експлицитно није предвиђено као изузетак одговарајућим међународним инструментом. *Argumentum a contrario*, уколико се живим бићем које као правни субјекат може уживати права и обавезе сматра само рођено дете, тада је прекид трудноће ван правних оквира права на живот, односно целокупног корпуса људских права.

Сами међународни инструменти овом питању не посвећују пажњу непосредно. Изузетак је Америчка конвенција о људским правима која у чл. 4. експлицитно предвиђа: „Свако лице има право на поштовање живота. Ово право ће бити заштићено законом и, начелно, од момента зачећа. Нико неће бити арбитрерно лишен живота." Управо из овог разлога је сасвим разумљиво да се питање прекида трудноће јавило пред Америчком комисијом за заштиту људ-

[38] F. Przetacznik, „The Right to Life as a Basic Human Right", *IX Human Rights Journal,* 1976, стр. 585-609.

ских права. На овом месту ћемо укратко изложити познати случај *Baby Boy*.[39] Једна америчка невладина организација покренула је поступак против САД због изведеног прекида трудноће у болници у Бостону и пропуста да казни одговорног лекара за кривично дело убиства.[40] Америчка комисија је установила да Декларација не штити право на живот нерођеног детета, упркос чињеници да то Конвенција изричито прописује. Декларација и Конвенција, иако представљају акте сличне по садржају и обавезаним субјектима, тумаче се одвојено. Комисија се определила за рестриктивно тумачење поља примене права на живот.

Пошто остали међународни документи не одређују прецизно ко се сматра људским бићем, оспоравање допуштености прекида трудноће појављивало се и пред другим телима. Пред Европским судом за људска права се питање прекида трудноће јављало у два вида: да ли забрана прекида трудноће националним законодавством представља недозвољно мешање у право на приватност и породични живот (чл. 8. Европске конвенције), и да ли прекид трудноће представља кршење права на живот (чл. 2).[41] Начелни став Европског суда је да чл. 2. штити право на живот од момента рођења детета независно од тога како је ово питање нормирано националним прописима, тако да прекид трудноће није околност регулисана чл. 2. Конвенције. У случају *X. v. United Kingdom* Комисија је нашла да израз „свако" (*everyone*, *toute personne*) у контексту члана 2. Конвенције не укључује нерођено биће. Сличан став Европски суд излаже у последњем случају у вези са овим питањем, *Vo v. France*:

„Преглед праксе институција Конвенције потврђује да се нерођено дете не сматра „особом" директно заштићеном чл. 2. Конвенције, и чак и да неро-

[39] *Baby Boy*, Case 2141 (US), 6 March 1981, IACHR Annual Report 1980-1981.
Интерамерички систем за заштиту људских права се заснива на два основна документа, Америчкој декларацији о заштити људских права из 1948. године, која обавезује све чланице Организације америчких држава, и на Америчкој конвенцији о правима и дужностима човека из 1969, која важи само за чланице Организације америчких држава које су експлицитно прихватиле ову конвенцију као посебан међународни уговор. Америчка комисија је надлежна за примену Америчке декларације, док је Амерички суд надлежан за примену Америчке конвенције. Другим речима, све државе чланице Организације америчких држава се могу наћи пред Комисијом уколико дође до кршења Декларације, док ће за Амерички суд то бити случај тек за ограничени круг држава. САД није чланица Америчке конвенције, те се тако не може појавити као страна у поступку пред Америчким судом. Са друге стране, као чланица Организације америчких држава, она се може појавити као страна у поступку пред Комисијом. По том основу су се САД појавиле као тужена држава у поступку пред Комисијом.

[40] Околности под којима је изведен оперативни захват јесу биле необичне: мајка малолетне девојчице се сложила да се над њеном ћерком изведе хистеротомија у шестом месецу трудноће. Лекар је прво био оптужен и осуђен за кривично дело убиства пред првостепеним судом у Бостону. Врховни суд државе Масачусетс је преиначио пресуду у ослобађајућу јер није нашао довољно доказа за постојање намере која је потребна да би постојало ово кривично дело.

[41] Европска комисија за људска права је одбила да разматра *in abstracto* да ли су закони који допуштају прекид трудноће у складу са чл. 2. Конвенције, јер подносилац представке мора бити жртва кршења да би обезбедила правни интерес и страначку легитимацију у поступку. – *X v. Norway*, no. 867/60, Одлука Комисије од 29. маја 1961, *Collection of Decisions* 6, стр. 34; *X v. Austria*, no. 7045/75, Одлука Комисије од 10. децембра 1976).

ђено дете ужива право на живот, такво право је имплицитно ограничено правима и интересима мајке. Институције Конвенције нису искључиле могућност протезања заштите и на нерођено дете у одређеним околностима. То произилази из мишљења Комисије по којем 'чл. 8, став 1 се не може тумачити тако да трудноћа и прекид трудноће су, у начелу, искључиво питања мајке' (*Brűggeman and Scheuten v. Germany,* 12. јули 1977, пара. 61), као и из мишљења Суда у одлуци *Boso*. Такође је јасно да се о овом питању расправља испитивањем различитих и, понекад, сукобљених права и слобода жене, мајке или оца, било међусобно било *vis-à-vis* нерођеног детета."[42]

б) Еутаназија

Међународне институције су се у релативно скорије време сусреле са проблемом „убиства из милосрђа". Ако лишење живота не припада ни једном од предвиђених изузетака, питање је да ли је оно у супротности са основном гаранцијом права на живот, без обзира да ли држава експлицитно дозвољава убиство из милосрђа или то само прећутно толерише. Други приступ је да ли се право на живот може тумачити и као право на смрт? Такође, да ли пристанак жртве значи да није реч о „самовољном" или „арбитрерном" лишењу живота, што би искључило примену одредаба о заштити права на живот? Или, да ли је продужавање патње код болесника и ускраћивање могућности да она буде окончана у супротности са апсолутном забраном мучења и нечовечног поступања?

Већина ових питања јавила се у познатом случају *Pretty v. United Kingdom*.[43] Госпођа Прети је оболела од мултиплекс склерозе, неизлечиве болести која увек има смртни исход. Болест је прогресивна и окончава се престанком функција мишића дисајних путева или срчаног мишића. Последњи стадијуми болести су болни и понижавајући. Ова болест не утиче на когнитивне способности болесника, тако да је он свестан ситуације и може доносити разумне одлуке. Госпођа Прети је хтела да изврши самоубиство уз помоћ супруга, тзв. „самоубиство уз туђу помоћ" (*assisted suicide*), с обзиром да је била потпуно непокретна. Међутим, према законима Велике Британије, пружање помоћи приликом самоубиства је кривично дело. Господин Прети је зато тражио одобрење јавног тужиоца које му је било ускраћено. Поведен је поступак који је и окончан одлуком Дома лордова којом је потврђена одлука јавног тужиоца. Пред Европским судом брачни пар Прети је сматрао да је повређено право на живот, забрана мучења, право на приватност и породични живот госпође Прети. Европски суд се није сложио са тужиоцима да право на живот значи и право на смрт, тачније није утврдио одговорност Велике Британије због ускраћивања могућности асистираног самоубиства:

„Сви случајеви пред Судом указују на обавезу државе да заштити живот. Суд не може прихватити тумачење по којем би „право на живот", гарантовано

[42] *Vo v. France*, Европски суд за људска права, пресуда од 8. јула 2004. године, пара. 80.

[43] *Pretty v. United Kingdom*, Европски суд за људска права, пресуда од 29. априла 2002. године.

чл. 2. имало негативне аспекте. Док, на пример, у контексту чл. 11. Конвенције, слобода удруживања значи истовремено и слободу од присиле да се прихвати чланство неког удружења, Суд налази да појам слободе укључује извесну меру избора начина уживања те слободе. (..) Суд не улази у питање квалитета живота или шта је конкретна особа одлучила да учини са својим животом. Пошто је реч о фундаменталном праву које захтева заштиту од мешања државе, оно тако и мора бити изражено у слободама које гарантују одредбе Конвенције и други међународни инструменти. Члан 2. се не може тумачити тако да гарантује дијаметрално супротно право, тачније право на смрт; нити он може представљати право на основу којег би појединац могао сам одлучити да се определи за смрт пре него за живот."[44]

Суд је у овом случају искључио обавезу држава да дозволе еутаназију на основу чл. 2. Конвенције. Питање је да ли би држава могла бити одговорна у супротном случају, ако би дозволила еутаназију. Суд је одбио да пружи одговор пошто је реч о питању које није у непосредној вези са конкретним случајем.

в) Смртна казна

Упркос прилично успешној тенденцији да се смртна казна забрани међународним уговорима (Протокол II уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. и Протоколи 6. и 13. уз Европску конвенцију о људским правима), преузимање овакве забране је и даље у зони међународног уговорног права, што значи да ће оваква забрана важити само уколико је држава на њу изричито пристала. Чак и одредбе о заштити права на живот често предвиђају смртну казну као дозвољени изузетак. Дакле, и данас је прилично тешко тврдити да је забрана смртне казне постала обичајно правно правило. Са друге стране, то не значи да је изрицање и извршење смртне казне ван домашаја заштите коју пружа право на живот. Не само да су међународним инструментима изричито предвиђене процесне гаранције за заштиту права на живот (доступност свих правних лекова укључујући и право на амнестију и помиловање), већ ће се кршење ових гаранција сматрати пре кршењем права на живот него права на правично суђење.[45] Процесне гаранције ће се процењивати на основу међународних стандарда. Комитет УН за људска права, у свом Општем коментару, прихвата изрицање смртне казне само под рестриктивно одређеним условима и уз потпуно поштовање посебних процесних гаранција.[46]

Постоје додатни аспекти смртне казне. Као што је већ речено, смртна

[44] *Pretty v. United Kingdom*, Европски суд за људска права, пресуда од 29. априла 2002. године пара. 39.

[45] „Ако је држава предвидела смртну казну коју је изрекла кршећи процесне гаранције предвиђене међународним правом, тиме је прекршила међународно право и извршила арбитрерно лишење живота." С. Амос Вако, Специјални известилац Комисије УН за људска права (S. Amos Wako, *Summary or Arbitrary Executions*, E/CN.4/1983/16, пара. 55.)

[46] General Comment 6(16), Doc. A/37/40, para. 6, Doc. CCPR/C/21/Add.1, Комитет УН за људска права, 1982.

казна није забрањена општим обичајним правилом међународног права. Са друге стране, општим обичајним правилом међународног права је забрањена тортура, нехумано и понижавајуће поступање и кажњавање. Управо због тога се питању смртне казне често прилазило преко забране тортуре,[47] било због начина извршења казне,[48] било због тзв. феномена „ходника смрти".[49]

ѓ) Оружани сукоб

Правила хуманитарног права непосредно штите физички интегритет и живот угрожених категорија становништва, попут рањеника, болесника, бродоломника, ратних заробљеника и цивилног становништва. Заједнички чл. 3. Женевских конвенција, који се примењује у међународним и унутрашњим оружаним сукобима експлицитно забрањује убиство и егзекуције ових лица. Са друге стране, заштита живота лица која непосредно учествују у војним операцијама постоји само посредно, преко забране употребе одређених средстава ратовања.

Правила хуманитарног права су старија од општих норми међународне заштите људских права.[50] Зато је и сасвим разумљиво да постоје извесна поклапања и на подручју примене: док правила Женевских конвенција се односе само на оружане сукобе, правила о заштити права на живот која су предвиђена међународним инструментима се односе на редовне и ванредне прилике без изузетка. Однос хуманитарног права и општих правила о заштити људских права је недавно дефинисао Међународни суд правде: „У погледу односа међународног хуманитарног права и заштите људских права постоје три могуће ситуације: поједина права могу искључиво бити питања међународног хуманитарног права; друга питања су искључиво за заштиту људских права; док

[47] Предност овог приступа је у апсолутном и императивном карактеру забране тортуре која не познаје никакве изузетке. Вероватно најпознатији случај је *Soering v. United Kingdom* (пресуда од 7. јула 1989) где је Европски суд установио да ће Велика Британија бити одговорна за кршење забране мучења уколико изручи Зоринга САД где му је запрећена смртна казна. Занимљивост случаја је у томе што Суд не налази одговорност по основу потенцијалног кршења права на живот извршењем смртне казне, већ због тога што је извесно да ће осуђени провести око седам година у ишчекивању извршења смртне казне. Боравак у тзв. „ходнику смрти" представља, према мишљењу Суда, нечовечно поступање забрањено чл. 3. Конвенције.

[48] *Charles Chitat v. Canada,* Комитет УН за људска права, представка бр. 469/1991, Препорука од 5. новембра 1993. Тужилац је сматрао да извршење смртне казне у гасној комори представља кршење забране мучења и нехуманог поступања. Комитет је одбио захтев услед недостатка доказа да је овај начин извршења смртне казне таквог карактера. Тужилац је покренуо поступак против Канаде која га је изручила САД.

[49] *Soering v. United Kingdom,* Европски суд за људска права, пресуда од 7. јула 1989 (Суд је нашао кршење по овом основу). У случају *Joseph Kindler v. Canada (*Комитет УН за људска права, представка бр. 470/1991) тужилац се такође позивао на „ходник смрти" као препреку изручењу услед кршења забране тортуре. За разлику од Европског суда, Комитет УН није ово прихватио као аргумент.

[50] Шире: К. Обрадовић, „О утицају права људских права на уобличавање савременог права оружаних сукоба", *Југословенска ревија за међународно право*, бр. 3/1998, стр. 56-66.

остала могу истовремено бити питања и једне и друге гране међународног права. Да би се могло одговорити на постављено питање, Суд мора узети у обзир обе гране међународног права, тачније правила о заштити људских права и, као *lex specialis*, међународно хуманитарно право."[51] Јасно је да право на живот припада трећој ситуацији, која означава примену општих правила о заштити људских права и током оружаног сукоба.

Ипак, јуриспруденција сведочи о опрезности међународних тела да расправљају о праву на живот у оружаном сукобу у светлу стандарда која су створена у пракси. Поред случаја Банковић (*Banković et al. v. Belgium* et al.)[52] вреди поменути и случај Марковић против Италије (*Markovic et autres contre l'Italie*)[53] пред Европским судом за заштиту људских права.

Повод за оба случаја било је бомбардовање телевизијске станице РТС-а у Београду. Подносиоци представке су били сродници настрадалих који су, као правни основ свог захтева навели неколико одредби Европске конвенције, укључујући и право на живот. У случају Банковић Суд се огласио ненадлежним јер је нашао да тужене државе не могу одговарати за оспоравано чињење, с обзиром да се оно није десило у оквиру њихове надлежности, што је, према чл. 1. Конвенције, услов за њихову одговорност. У случају Марковић, као тужена држава се јавила Италија код које је овај услов *prima facie* био мање споран. Подносиоци представке су навели неколико правних основа, између осталог и кршење права на живот. За разлику од случаја Банковић, подносиоци представке су 31. маја 2000. године покренули поступак пред судовима Италије ради накнаде штете настале противправним актом. Касациони суд Италије се огласио ненадлежним нашавши да акти егзекутиве предузети у оквиру оружаних сукоба не могу бити предмет расправе пред судском инстанцом. Но, и поред тога, Касациони суд је потврдио да је у конкретном случају меродавно међународно право: Додатни протокол уз Женевску конвенцију и чл. 2. и 15. Европске конвенције, али да ове одредбе „не омогућавају појединцима да пред домаћим судовима захтевају накнаду штете која произилази из ових одредаба." Суд је нашао да, пошто се ради о нормама међународног права, међународни уговори регулишу само међудржавне односе.

Европски суд је прихватио као допуштен само онај део захтева који се односи на право на правично суђење (чл. 6) и ефикасну правну заштиту (чл. 13), јер је Италија дужна да обезбеди надлежност судова за захтеве који се односе на кршење људских права, у складу са чл. 1. Конвенције. Остале захтеве, укључујући и захтев заснован на кршењу права на живот, Суд је прогласио инкомпатибилним са одредбама Конвенције на основу ст. 3 и 4 чл. 35. Конвенције.

[51] *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,* Саветодавно мишљење Међународног суда правде од 9. јула 2004. године, ICJ Reports 2004, пара. 106.

[52] *Bankovic et al. v. Belgium et al*, Европски суд за људска права, Одлука о допуштености представке од 12. децембра 2001. године.

[53] *Markovic et autres contre l'Italie*, Европски суд за људска права, Одлука о допуштености представке од 6. децембра 2002. године.

Није сасвим јасно зашто је захтев заснован на чл. 2. Конвенције инкомпатибилан са одредбама Конвенције, када су и судови Италије овај међународни уговор одредили као меродаван. Случај Марковић можда управо показује опрезност Европског суда да право на живот доведе у директну везу са оружаним сукобом и правилима о објективној одговорности држава.[54]

д) Право на опстанак и право на живот

Ако се право на живот постави у шири контекст, очигледно је да постоји велики број ситуација које посредно или непосредно угрожавају живот појединца или чак целокупне заједнице. Како је претходно излагање показало, рестриктивни приступ појму живота и праву на живот је одредио и границе одговорности држава када је реч о лишењу живота. Иако постоји велики број позитивних и негативних обавеза државе, оне ће бити актуелне у јасно одређеним случајевима. Међутим, питање је зашто се нека друга права не би могла операционализовати преко права на живот, ако на њега имају непосредан утицај, попут права на здраву животну средину, забрану оружја за масовно уништење, права на исхрану и сл.

Јасно је да је у овим случајевима веза између узрока и последице смрти таква да тек посредно и у ограниченој мери атрахира учешће државе. Ипак, последице које могу наступити су такве да могу погодити постојање људског живота. Поједини аутори сматрају да се свим овим питањима може приступити управо са аспекта права на живот:

„Држава не испуњава своје обавезе и онда када се не стара довољно о заштити живота својих грађана тиме што не обезбеђује адекватне стандарде хигијене, заштите средине и минимум јавне безбедности. Наравно, ако се сматра да је неки живот изгубљен због ових пропуста, тешко је замислити да ће због тога моћи успешно да се покрене поступак пред судом или међународним телом за заштиту људских права, али то не значи да држава није одговорна."[55]

„Значење права на живот у смислу члана 6, става 1 Међународног пакта о грађанским и политичким правима се тумачи сувише рестриктивно. Свакога дана умире велики број људи управо због грубог немара својих држава, због злоупотребе ресурса који су потребни за опстанак. Хиљаде људи умире свакога дана јер немају приступ средствима која омогућавају опстанак, тако да око милијарду становника пати због хроничног сиромаштва, неисхрањености, основ-

[54] Чиме се, нажалост, не остварује тенденција спајања међународног хуманитарног права и опште међународне заштите људских права, како је то било очекивано: „Данас се, дакле, право оружаних сукоба сасвим основано назива хуманитарним, прожимање тог права с правом људских права је очигледан, као и утицај последње споменутог скупа норми на раније 'ратно право' и чини се да се с доста сигурности може тврдити да, ако се ова тенденција настави, можемо очекивати да ће се чак и у не тако далекој будућности ове две гране међународног права стопити у јединствен нормативни систем." К. Обрадовић, нав. дело, стр. 66.

[55] М. Пауновић, нав. дело, стр. 68; у истом смислу, В. Димитријевић, М. Пауновић, *Људска права*, Београд, 1997, стр. 228.

не здравствене заштите и других средстава неопходних за одржање живота. Став је да државе не крше своје међународне обавезе ако не обезбеђују основно право на опстанак (....) јер међународне норме више представљају аспирацију него конкретне правне обавезе. (...) Међутим, потпуно је бесмислено разликовати лишење живота од стране државних органа од изгладњивања становништва, јер су оба облика понашања најгори облици суровости." [56]

Међународни суд правде се делимично осврнуо на утицај нуклеарног оружја на право на живот и животну средину у саветодавном мишљењу *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*.[57] Суд налази да не постоји посебна норма која би забранила употребу нуклеарног наоружања у вези са правом на живот, већ се имају применити постојећа правила хуманитарног права:

„Да ли је дошло до арбитрерног лишења живота ће се одредити уз помоћ правила *lex specialis*, тачније правила меродавних за оружани сукоб која су и створена ради регулисања непријатељства. Према томе, да ли је одређени губитак живота, који је последица коришћења одређене врсте наоружања, у супротности са чл. 6. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, има се одредити на основу правила хуманитарног права, али не и на основу самог Пакта."[58]

Закључак

Међународно право признаје право на живот као основно, фундаментално право императивног карактера. Дозвољени изузеци, који се тумаче рестриктивно, експлицитно су предвиђени самим међународним инструментима и њихов круг се не може проширити. Изузеци се односе на лишење живота које је оправдана последица законитог хапшења, дозвољене смртне казне, самоодбране и пропорционалне употребе силе приликом спровођења полицијских акција и сузбијања нереда. Право на живот установљава низ негативних и позитивних обавеза за државе: забрана арбитрерног лишења живота, обавеза заштите живота законом, пружање физичке заштите лицима када за то постоје оправдани разлози, обавеза спровођења истраге у случајевима убиства и другим околностима лишења живота. Међутим, постоји и низ других околности и ситуација којима, иако се налазе у блиској вези са правом на живот, међународне институције прилазе са опрезом. Реч је о низу контроверзних питања која су у вези са прекидом трудноће, еутаназијом, смртном казном, оружаним сукобом, правом на опстанак и другим сличним питањима. У контексту заштите путем постојећих гаранција чини се да судска пракса прихвата рестриктивно одређење основне гаранције права на живот.

[56] F. Menghistu, „The Satisfaction of Survival Requirements", у: *The Right to Life in International Law* (ur. B. G. Ramcharan), Martinus Nijhoff Publishers, Hague, 1985, стр. 78, 63.

[57] Саветодавно мишљење од 8. јула 1996. године, ICJ Reports 1996.

[58] Наведено мишљење, параграф 25.

Sanja Đajić Ph.D., Docent
Novi Sad School of Law

Right to life: questions and answers of the international law

Abstract

International law recognizes the right to life as a fundamental right having an imperative character. International documents prescribe exceptions to the rule. Thereby, the rules must be interpreted restrictively and they may not be extended to other events. The exceptions are applicable in case of deprivation of life as a justifiable consequence of a lawful arrest, capital punishment provided by law, self-defense or a proportionate application of force during police actions and quelling a riot or insurrection. The right to life imposes a list of both negative and positive obligations on the states: prevention of unlawful deprivation of life, obligation to protect one's life by the law, providing security of person to individuals under justifiable circumstances, obligation to conduct an investigation in cases of murder, and other cases leading to deprivation of life. However, there are several issues which the international bodies regulate cautiously, although they are closely connected to the right of life. The issues are related to termination of pregnancy, euthanasia, capital punishment, armed clashes, right of survival and other similar topics. The courts seem to embrace a restrictive definition of general guarantee of the right to life, since they apply the existing guarantees.

УДК 347.63 : 341.9
316.356.2-055.52
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 485-507

Др Бернадет Бордаш, ванредни професор
Правног факултета у Новом Саду

НОВЕ ПОЈАВЕ И ИЗАЗОВИ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ – СУКОБ ЗАКОНА У ПОГЛЕДУ СУРОГАТ МАТЕРИНСТВА

Сажетак: *Рад је посвећен питањима решавања сукоба закона у погледу оних појава које су везане за савремено друштво и за савремену породицу. Нетрадиционални односи попут истополних заједница и сурогат материнства својом новином стављају пред изазове појмове брака и материнства не само у супстанцијалном праву, већ се и у међународном приватном праву морају пронаћи решења уколико ти односи садрже страни елемент. Сурогат материнство поставља питање да ли се мајком детета сматра генетска или гестациона мајка, а различито правно регулисање у правним порецима различитих држава намеће потребу да се одреди меродавно право. Ни домаће, ни упоредно међународно приватно право не познају колизионе норме за ову правну категорију. Одговор на ово отворено питање може да се потражи у правилима националних међународних приватних права користећи се аналогијом и екстензивним тумачењем, али исто тако и стварањем нове, специјалне колизионе норме за нови однос.*

Кључне речи: *сурогат материнство, генетска мајка, гестациона мајка, порекло детета, родитељско право, меродавно право, асистирана репродукција*

1. Увод
– супстанцијално право које даје повода сукобу закона

Околности које утичу на формирање савременог живота не заобилазе ни породицу и њен појам. Почев од друге половине XX века уобличио се појам тзв. „нуклеарне породице", под којом се подразумева она коју чине само родитељи и њихово дете, односно њихова деца (која нису бројна). Околности су, такође, довеле до тога да у бројним случајевима дете/децу подиже само један од родитеља који дају појам самохраног родитеља и породице самохраног родитеља (*single parent family*). У тесној вези с овим појмом и овом појавом стоји један од највећих проблема родитељског права и односа родитеља и деце: коме од родитеља припада право на старање, односно право на чување и васпитање детета/деце и која су права и обавезе другог родитеља. Из овог проблема проистиче одвођење, односно отмица детета/деце која, такође, није ретка појава.

С друге стране, промена, лабављење моралних, друштвених и – делимично – правних норми доводи, такође, до нових појава. Све је више жена које одлучују о рађању и подизању детета иако нису у браку, све је више заједница живота чији основ није брак (партнерска веза), уговора о кохабитацији који су засновани на закону и породица које прате овакве форме и које се разликују од традиционалног појма породице. У оваквим и сличним, неконвецниоланим породицама своје место налази и усвојење: ко може да буде усвојилац? Брачни партнери заједнички, само један од брачних партнера самостално, партнер или партнери који живе у заједници која није брак?

Највећи изазов представља, међутим, могућност законског уређења заједнице живота особа истог пола (истополне заједнице): која је форма тих заједница, које су њихове правне последице и, посебно, где је место детета у оваквим односима, без обзира да ли је то рођено дете једног од партнера или дете кога усвоји један од партнера или га усвоје заједнички.

Развој, проналасци и пракса у медицини задиру последњих деценија и у суштину традиционалних концепција које дефинишу однос родитеља и деце. Потпомогнуто рађање (асистирана репродукција), тј. медицинске интервенције којима се потпомаже зачеће намећу разликовање генетског, гестационог и социјалног (друштвеног), правног родитеља, као и потребу правног регулисања различитих облика асистиране репродукције како у погледу њене допуштености, тако и правних последица.

Све ове, мање-више нове појаве су већ и саме по себи довољно сложене и представљају озбиљан изазов у области њиховог регулисања на нивоу супстанцијалног права. Уколико по природи ствари ту додамо и неизбежан међународно-приватноправни аспект, онда би се могло рећи да међународно приватно право стоји у области породичног права пред већим изазовима него у правном регулисању питања и проблема које намећу промене настале установљењем информатичког друштва.

На почетку XXI века најизазовнији задаци међународног приватног права јесу одређивање меродавног права у погледу истополних заједница и у погледу статуса родитеља који намеће асистирана репродукција с једне стране, и признање оваквих односа креираних на основу иностраног права од стране домаћег форума.

Који разлози оправдавају да ова питања означимо као најинтригантнија? У овом тренутку није распрострањено ни њихово правно регулисање у домену супстанцијалног права, а колизионоправно уређење, колико је познато, скоро да не постоји. Упоредноправна истраживања показују да је правно уређење истополних заједница започело. Најпре путем правног регулисања регистрованог партнерства у скандинавским земљама и Холандији[1], а у овој последњој је пре три године, први пут у свету, озакоњен брак између лица истог пола. У Холандији је 1. априла 2001. године ступио на снагу Закон о доступности установе брака лицима истог пола који у параграфу 1:30 прописује да две особе истог пола могу да закључе брак[2]. Овај закон не прави никакву разлику у погледу личних и имовинских односа брачних партнера (презиме, издржавање, заједница имовине, право на пензију, међусобни уговорни односи, наслеђивање, сродство) у случају бракова особа истог пола и бракова жене и мушкарца. Најзначајније разлике постоје у погледу деце. У овом склопу међународно приватно право се суочава са следећим питањима: да ли је у државама у којима је регистровано партнерство правна установа, оно доступно само домаћим држављанима или може да буде закључено без обзира на то чији су држављани његови субјекти? Уколико је овакав правни однос доступан и странцима, које је право меродавно? Да ли би инострани суд применио прописе који омогућују регистровано партнерство или брак између лица истог пола уколико право његове државе не познаје ове установе? Да ли би суд државе чије право не познаје ове установе признао правна дејства оваквих односа који су пуноважно настали у иностранству?

С аспекта уређења правног положаја родитеља (и деце) асистирана репродукција намеће различита питања у зависности од тога који су медицински методи коришћени да би се потпомогло зачеће и да би дете дошло на свет. Вештачко оплођивање (било *in vivo*, било *in vitro*[3]) обично проблематизује пи-

[1] Установу регистрованог партнерства познају права Данске, Шведске, Финске, Норвешке, Холандије, у Шпанији Каталонија и Арагонија, видети код H.U. Jessurun d'Oliveira, *Freedom of Movement of Spouses and Registered Partners in the European Union*, in: J. Basedow et al., eds., Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr, 2000, 527 – 543; као и Б. Бордаш, Породичноправни односи у међународном приватном праву, Нови Сад 2000, 150.

[2] Прва четири оваква брака закључена су у Амстердаму, 2. априла 2001. године, неколико минута после 00:00 часова, а до краја те календарске године закључено је укупно 2.387 бракова, видети код M. Antokolskaia, K. Boele-Woelki, *Dutch Family Law in the 21st Century: Trend Setting and Straggling Behind at the Same Time*, Electronic Journal of Comparative Law, као и N.G. Maxwell, Opening Civil Marriages to Same-Gender Couples: *A Netherlands – United States Comparison, Electronic Journal of Comparative Law,* http://law.kub.nl/ejcl/43/art-1.html

[3] Овај облик вештачког оплођења је најстарији: прва беба из епрувете, Louise Brown рођена је 25. јула 1978. године.

тање правног очинства, пошто осим случајева у којима су брачни партнери генетски родитељи, до зачећа може да дође и семеном даваоца (донора). Ко је, дакле, отац детета: муж мајке или давалац? С аспекта права – то је први, а генетике – други. Генерално посматрано, упоредно супстанцијално право је на страни правног оца, али је дозвољено оспоравање очинства било по специјалним[4], било по општим правилима. Медицина, међутим, у данашње време омогућује и проблематизовање материнства и ово је с правног аспекта како изазовније, тако и компликованије питање. *Mater semper certa est* више не важи безрезервно и у сваком случају. Ко је с аспекта права – мајка? Жена, у чију је материцу усађено донирано јајашце (или ембрион) које је вештачки оплођено оплодним ћелијама њеног мужа или даваоца и која ће га носити и плод донети на свет (сурогат мајка, гестациона мајка) или жена чије је јајашце вештачки оплођено (генетска мајка, жена донор) и усађено у материцу сурогат мајке? Варијанта овог случаја јесте ситуација у којој *in vitro* оплођено јајашце генетске мајке (супруге) буде усађено у материцу друге жене која ће плод носити и родити, или случај када супруга није ни генетска мајка, ни гестациона мајка а ова последња као сурогат мајка донесе на свет плод који настане вештачким оплођивањем ћелијама мужа – која жена је дететова биолошка и/или правна мајка?

Пошто је у овим случајевима циљ асистиране репродукције управо тај да дете добије жена код које су зачеће и гестација из биолошких разлога онемогућени, поставља се питање да ли се у праву мајком детета може сматрати генетска, а не гестациона мајка. Ово питање је у компаративном праву или нерегулисано, или се сурогат материнство сматра недозвољеним у сваком облику, или су недозвољени комерцијални уговори о сурогат материнству[5], или се, пак, изричито каже да жена која је носила и родила плод не мора безусловно да буде и правна мајка тог детета, већ се под одређеним условима правним родитељима сматрају они брачни партнери чије је генетско дете родила сурогат мајка[6]. Ово сложено, осетљиво питање, које даје повода етичким и правним дилемама, на терену међународног приватног права постаје само још компликованије.

У првом реду из разлога што је супстанцијално право појединих држава у овој материји јако различито и има доста празнина, и то неизоставно намеће сложено питање квалификације: по ком праву треба обавити исту ради избора одговарајуће колизионе норме. На другом месту је питање како одредити ме-

[4] Закон о браку и породичним односима Републике Србије у члану 101 прописује: „Није допуштено истраживање очинства детета које је зачето вештачком оплодњом мајке.", а у члану 110: „Муж може оспорити очинство детета које је родила његова жена у току брака или пре истека 300 дана од престанка брака, ако је дете без његове сагласности зачето вечтачком оплодњом мајке оплодним ћелијама другог мушкарца.
Тужбу ради оспоравања очинства може поднети у року од шест месеци од сазнања за чињеницу да је дете зачето вештачким путем оплодним ћелијама другог мушкарца, а најкасније у року од десет година од рођења детета."

[5] F. Granet, *red., L'établissement de la filiation maternelle et les maternité de substitution dans les Etats de la CIEC*, 20.02.2003, www.ciec1.org

[6] Видети § 30(1) – 30(7) *Human Fertilization and Embryology Act*, 1990.

родавно право када међународно приватно право још нема специјалне колизионе норме за ово питање. Уколико би се путем квалификације и тумачења и дошло до одређене, тзв. „*hard and fast*" колизионе норме, преостаје питање правичности и интереса учесника (правног) односа, а такође и питање заштите детета и афирмисање најбољег интереса рођеног детета. Следе и питања усвојења које може да уследи после испуњења задатка сурогат мајке.

Ове две проблематике су на самом почетку XXI века скоро потпуно нерешене у међународном приватном праву, иако је последња деценија XX века донела већ довољно чињеничног материјала за то да би се могло почети са уобличавањем решења. У овом раду ће се, овом приликом обрађивати само питање одређивања меродавног права у погледу сурогат материнства.

2. Асистирана репродукција и статус родитеља

С обзиром на методе асистиране репродукције поставља се питање у којој мери су на почетку XXI века одрживе претпоставке *Pater est iste, quem nuptiae demonstrant* и *Mater semper certa est*. Уколико би у овом тренутку занемарили питање даљег задржавања и спровођења разлике у погледу правног статуса брачне и ванбрачне деце због свеопште забране дискриминације, а посматрали могућности које отвара *in vivo* или *in vitro* оплодња, онда се намеће став да претпоставка *pater est iste, quem nuptiae demonstrant* имплицира много мање дилема у погледу правног регулисања него што је то случај са претпоставком *mater (semper) certa est*, за коју се све донедавно могло рећи да је вечитог важења.

In vivo и *in vitro* оплодња је дозвољена и правно регулисана у складу са следећим начелима:

- уколико се оплодња врши оплодном ћелијом донора уз сагласност мужа мајке, важи *pater est iste*, *quem nuptiae demonstrant* и муж мајке не може да оспорава очинство;
- уколико се оплодња врши оплодном ћелијом донора без сагласности мужа мајке, муж мајке може покренути патернитетски спор;
- уколико жена није у браку, донор најчешће остаје (или може да остане) непознат.

Према новијим тенденцијама развоја, као и према члану 7 Конвенције УН о правима детета, дете има право да зна сопствено порекло у смислу права да му се открије идентитет родитеља. Ово право обухвата како право да дете зна идентитет лица које га је зачело, тако и идентитет даваоца (донора) оплодне ћелије[7].

[7] Видети, на пример, холандско право које још увек гарантује анонимност донора, али нацрт који се односи на чување и откривање података о донорима предвиђа другачије решење. Према нацрту, подаци се могу открити чак и у случају да се донор оплодне ћелије или ембриона не сагласи о откривању података у будућности, када дете наврши 16 година живота и пошто се обави евалуација интереса како детета, такои и донора. Према ставу холандске владе претпоставља се да је интерес детета јачи, пошто дете не може да утиче на начин на који је зачето, а донор и родитељи су слободном вољом одлучили о таквом начину оплодње.

2.1. Mater (semper) certa est

Према овом принципу, мајка је (увек) сигурна – мајка детета је жена која га је родила. Биолошка чињеница одређује и правни статус мајке, односно биолошка мајка је уједно и правна мајка. Осим тога, правна мајка може да буде и жена која је усвојила дете.

Различити облици асистиране репродуктивне технологије доводе у сумњу саму срж овог правила. Откако оплодњу и зачеће помажу не само даваоци мушких оплодних ћелија већ и донори женских оплодних ћелија и донори ембриона, раздваја се појам, али и улога генетске мајке, биолошке/гестационе мајке, као и социјалне мајке. Ови изрази нису спорни: генетска мајка је жена која даје оплодну ћелију ради оплодње (донор) и која на овај начин одређује генетске особине детета које ће се родити. Биолошка, гестациона мајка је жена у чију материцу се усађује оплођена јајна ћелија, пре-ембрион (зигот почев од оплодње до 14. дана) или ембрион (живи људски ембрион после окончане оплодње до 12., или по другим мишљењима до 8. недеље трудноће), која ће плод носити и родити. Социјална мајка је жена која се о детету брине, која га чува и подиже, васпитава, која га сматра својим и коју и други сматрају мајком детета. Овакво или слично одређење социјалне мајке већ није општеприхваћено, нарочито уколико би се уз њега додала и изричита намера социјалне мајке да она буде сматрана мајком детета (кога није она родила). Таква намера већ свесно упућује на проблематику сурогат материнства. Донација женске оплодне ћелије има исти циљ као и донација мушке: омогућавање лицима којима је прокреација из биолошких или физиолошких разлога ускраћена да имају своје дете. Поред донора мора, дакле, да постоји и жена која намерава да подигне дете као своје, али пре свега жена која ће будући плод носити и донети на свет – та жена је сурогат мајка. Ове две последње улоге се могу стећи у једној особи, али могу бити и раздвојене. У зависности од тога ко носи и рађа дете могу се разликовати облици сурогат материнства, једно је, међутим, сигурно: у случају донације женске оплодне ћелије или ембриона, генетска мајка и гестациона мајка су увек две различите жене.

У овом смислу је, на пример, Врховни суд Калифорније у чувеном случају *Johnson v. Calvert*[8], у складу са владајућим схватањима у САД навео најмање три ситуације у којима је сурогат материнство неизбежно: (1) после ин витро оплодње женске оплодне ћелије која потиче од донора, оплођена ћелија се усађује у материцу друге жене која намерава да дете које ће родити подиже као своје; (2) жена која је донор оплодне ћелије намерава сама да подиже дете које ће носити и донети на свет гестациона мајка, тј. сурогат мајка; (3) пар који жели дете унајми сурогат мајку да би она за њих изнела женску оплодну ћелију донора која је оплођена мушком оплодном ћелијом даваоца и донела на свет дете које ће дотични пар подизати као своје. Случај под (1) је тзв. *традиционално* сурогат материнство, док су случајеви под (2) и (3) гестациона сурогат

[8] 1993 5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr. 2d 494.

материнства[9]. У сва три случаја су гестационе и генетске мајке различите жене, али два последња случаја (гестационо сурогат материнство) су та која максиму *mater (semper) certa est* уистину стављају на кушњу. Коју жену право сматра мајком детета?

Да ли је то жена која је донор оплодне ћелије, или жена која изнесе и роди дете или, као у трећем случају жена која намерава да подигне дете, тј. социјална мајка? Са правног аспекта гестационо сурогат материнство је још компликованије због тога што је са потенцијалном гестационом мајком пре спровођења *in vitro* оплодње неопходно постићи споразум, сачинити *уговор* о томе да пристаје на то да се у њену материцу усади оплођена јајна ћелија, да ће ембрион/плод носити и донети на свет као и да ће дете које ће родити да преда пару или лицу које се појављује као „наручилац". С друге стране, пар који је наручилац преузима обавезу да надокнади трошкове гестационе мајке и да за њену услугу пружи новчано или другачије противдавање. Да ли су овакви уговори пуноважни и да ли се могу извршити с обзиром на њихов предмет и природу услуге?

2.2. Упоредно супстанцијално право

Упоредно супстанцијално право углавном игнорише питање утврђивања материнства у наведеним специфичним случајевима. С друге стране, у државама у којима је пракса асиситиране репродукције распрострањенија, правна регулатива је већином на страни гестационе мајке; уговори о гестационом материнству су обично забрањени, или су забрањени бар они који имају комерцијални карактер. Навешћемо неколико примера, илустрације ради.

Немачки *Embryonenschutzgesetz* из 1990. године забрањује донацију женских оплодних ћелија (пар. 1 I Nr. 1) и спровођење вештачког оплођивања и усађивање ембриона у случајевима у којима се жена обавезује путем уговора о сурогат материнству да ће после порођаја предати дете родитељима – наручиоцима (пар. 7 I Nr. 1)[10]. Грађански законик Холандије (члан 1:198) прописује да је мајка жена која је родила дете, као и жена која је дете усвојила. У случају донације женске оплодне ћелије и сурогат материнства мајка је, такође, гестациона мајка. Жена не може да се одрекне овог материнства, као што ни генетска мајка не може да призна дете. У праву Шпаније, Француске, Швајцарске уговори о сурогат материнству су ништави, а супротни су и јавном моралу и јавном поретку[11].

[9] Goodwin, *Determination of Legal Parentage in Egg Donation*, Embryo Transplantation and Gestational Surrogacy Arrangements, 1992, 26 Family Law Quarterly 275; видети, такође, B.L. Wilder, *Assisted Reproduction Technology: Trends and Suggestions for the Developing Law*, 18 Journal of American Academy of Matrimonial Lawyers, 2002, 177.

[10] V. Keppler, M. Bokelmann, *Surrogate Motherhood – The Legal Situation in Germany*, http://www.surrogacy.com/legals/article/germany.html

[11] Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), L'Etablissement de la Filiation Maternelle et les Maternités de Substitution dans le Etats de la CIEC, Note de Synthése, rédigée par Madame Frédérique Granet, 20 février 2003, www.ciec1.org

Савет Европе у Нацрту бр. 1 о статусу деце (02/08/2001), у документу под називом "Draft Report on Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage" потврђује начело садржано у извештају „Human Artificial Procreation (1989)" ad hoc експертског комитета при Савету (Committee of experts on progress in the biomedical sciences – CAHBI) према којем „Мајком детета се сматра жена која је дете родила."[12]. Тачке 2. и 4. начела 15 овог Извештаја одређују:

„2. Непуноважан је сваки уговор или споразум који закључи сурогат мајка и лице или брачни, или други пар за које је сурогат мајка изнела дете."[13]

„4. Међутим, државе чланице могу у изузетним случајевима одређеним њиховим националним правима предвидети да лекар или медицинска установа може, уз поштовање одредаба параграфа 2 овог начела, извршити вештачку оплодњу сурогат мајке, под условом:

а) да сурогат мајка у вези са поступком не остварује никакву материјалну корист,
б) да сурогат мајка по рођењу детета може да се изјасни о његовом задржавању."[14]

У Израелу је 1996. године донесен Закон о споразумима о сурогат материнству (Surrogate Motherhood Agreements Law) који уређује комерцијалне споразуме о сурогат материнству. Закон дозвољава само гестационо сурогат материнство, с тим да донор мушке оплодне ћелије може да буде само тзв. намеравани отац. Законом се не обезбеђује никакав правни статус за гестациону мајку после рођења детета. Намеравани родитељи (генетски родитељи) такорећи одмах после рођења детета постају правни родитељи: „Дете се смешта почев од рођења код намераваних родитеља и ови родитељи имају све оне обавезе које су карактеристичне за породичноправни однос између родитеља и деце." Мајка која је родила дете предаје га, у присуству државног службеника, намераваним родитељима ради смештања детета код њих, и то одмах након што је то после порођаја могуће обавити. У року од 7 дана од дана рођења детета намеравани родитељи подносе захтев за издавање родитељске наредбе. Наредбу о правном статусу родитеља суд издаје намераваним родитељима аутоматски, осим ако на основу извештаја државног службеника процени да би она довела у опасност добробит детета. Намеравани родитељи су претпостављени родитељи и уколико се не појаве изванредне околности, дете ће бити после рођења смештено под њихов надзор, а убрзо после тога ће добити и пуно родитељско право. Правни положај намераваних родитеља се види и из чињенице да сурогат мајка

[12] „The woman who gives birth to the child shall be considered as the mother."

[13] „2. Any contract or agreement between the surrogate mother and the person or couple for whom she carried the child shall be unenforceable."

[14] "4. However, States may, in exceptional cases fixed by their national law, provide, while duly respecting paragraph 2 of this principle, that a physician or an establishment may proceed to the fertilisation of a surrogate mother by artificial procreation techniques, provided that:

a. the surrogate mother obtains no material benefit from the operation,

b. the surrogate mother has the choice at birth of keeping the child."

нема право да одустане од споразума[15]. Супротно овом, јеврејско право се залаже за то да је сурогат мајка правна мајка[16] и одбацује споразуме о сурогат материнству као непуноважне.

Параграф 30(1) – 30(7) „Human Fertilization and Embriology Act" Уједињеног Краљевства из 1990. године одређује: „Мајком детета се сматра искључиво она жена која је, као резултат усађивања ембриона, или сперматозоида и јајашца у њену материцу, дете изнела."[17] Ова одредба трпи модификацију у корист генетске мајке: „(1) Суд може да изда наредбу којом ће се прописати да се дете правно има сматрати дететом брачних партнера, у овом одељку наведених као „супруг" и „супруга", под условом: (а) да је дете изнела друга жена а не супруга као резултат усађивања у њену материцу ембриона или сперматозоида и јајашца или њеног вештачког оплођивања; (б) да су ради стварања ембриона коришћене гамете супруга или супруге, или њих обоје."[18] Што се тиче споразума о сурогат материнству непуноважни су како комерцијални, тако и некомерцијални споразуми и противни су грађанском праву (правна политика делом има за циљ застрашивање, а делом жели да се спречи третман детета као робе или имовинског предмета пошто је то у супротности са начелом да људско тело не може да буде имовински предмет).

Једном одлуком грчког суда из 1999. године[19] одобрено је једном брачном пару да усвоји дете које је зачето *in vitro* оплодњом користећи оплодње ћелије тог брачног пара, а кога је изнела и донела на свет сурогат мајка. После овог случаја грчко право је дозволило сурогат материнство и то на основу уговора који, уз судско одобрење, закључи жена која није у стању да изнесе пре-ембрион зачет оплођивањем оплодних ћелија пара-наручилаца са гестационом мајком. Дете се од рођења смешта код генетске мајке и у матичну књигу рођених се уписује име генетске мајке као правне мајке.

Белгијска доктрина, ослањајући се на право, заузима став да је уговор о сурогат материнству у супротности са јавним моралом и јавним поретком (параграф 6 Грађанског законика), а такође и са параграфом 1128, који прописује да предмет уговора може да буде само ствар која има прометну вредност – а ту не спада ни пре-ембрион, ни репродуктивна функција жене. Упркос овоме, за-

[15] Pamela Laufer-Ukeles, *Gestation: Work for Hire or the Essence of Motherhood?* A comparative Legal Analysis, www.law.duke.edu/journals/djglp/articles/#H1N1

[16] Genetic Mother vs. Surrogate Mother: *Which Mother does the Law Recognize?* A Comparison of Jewish Law, American Law and England's Law http://www.tourolaw.edu/404.asp?404

[17] „The woman who has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman is to be treated as the mother of the child."

[18] „(1) The court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the parties to a marriage, referred to in this section as the "husband" and the "wife" if,
(a) the child has been carried by a woman other than the wife as the result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination;
(b) the gametes of the husband or the wife, or both, were used to bring about the creation of the embryo."

[19] Tribunal de grande instance d'Héraklion, l. Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), L'Etablissement de la Filiation Maternelle et les Maternités de Substitution dans le Etats de la CIEC, Note de Synthése, rédigée par Madame Frédérique Granet, 20 février 2003, www.ciec1.org

бележене су чак две судске одлуке[20] које су омогућиле усвојење детета зачетог оплодним ћелијама родитеља-усвојилаца и кога је изнела и донела на свет сестра једног од њих. Судови су се у оба случаја позвали на заштиту интереса детета.

САД су несумњиво држава у којој је пракса сурогат материнства најраширенија. Федерални законодавац се све до 2000. године није изјашњавао о овим питањима, а ни Врховни суд није имао ниједан случај у овој материји, тако да државе чланице регулишу ова питања у складу са сопственом законодавном политиком. Значајан број савезних држава чланица не регулише сурогат материнство, а у државама чланицама у којима постоје одговарајући прописи – сурогат материнство се уређује различито. Примера ради, судска пракса Калифорније сматра споразуме о сурогат материнству пуноважним и сва права и овлашћења која у односу на дете припадају правним родитељима признаје генетским родитељима; у Вирџинији су дозвољени некомерцијални споразуми о сурогат материнству и уколико је намеравана мајка генетска мајка – она ће бити и правна мајка. Право савезне државе Флориде дозвољава комерцијалне споразуме о сурогат материнству и ускраћује гестационој мајци статус правне мајке. Преко двадесет савезних држава САД има регулативу о сурогат материнству[21], а у државама Калифорнија[22], Масачусетс[23], Њу Џерси[24], Охајо[25] став је формиран кроз судску праксу. Члан 8 Uniform Parentage Act 2000 регулише споразуме о сурогат материнству, тј. о гестацији, али препушта савезним државама чланицама да одлуче о томе да ли ће овај текст усвојити заједно са одредбом члана 8, или без те одредбе. Према одредбама овог члана споразуми о гестацији морају да буду одобрени од стране суда, иначе су непуноважни. Ипак, лицу које одбије да усвоји дете које је дошло на свет на основу споразума који нема судско одобрење, може да буде наметнута обавеза да издржава дотично

[20] Tribunal de premiére instance de Turnhout, 4 octobre 2000, Tribunal de la jeunesse de Turnhout, 4. octobre 2001, R.W. 2001, no. 6, 6. oct. 2001, Trubunal de la jeunesse de Bruxelles, 4 juin 1996, J.L.M.B. 1996, p. 1182, Revue du Droit de la santé 1997, p. 124: l. Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), L'Etablissement de la Filiation Maternelle et les Maternités de Substitution dans le Etats de la CIEC, Note de Synthése, rédigée par Madame Frédérique Granet, 20 février 2003, www.ciec1.org

[21] Прописе о споразумима о сурогат материнству имају Alabama – Code of Alabama, § 26-10A-34 (1997), Arizona – Ari. Rev. Stat. Ann. § 25-218 (1996), Arkansas – Ark. Code Ann. § 9-10-20 et sey. (Michie 1995), District of Columbia – D.C. Code Ann. §§ 16ü401, 402 (1996), Флорида – Fla. Stat. Ann. §§ 63.212., 742.15 (West 1997), Indiana – Ind. Code. Ann. § 31-8-2.1 et sey. (Burns Cum. Supp. 1994), Illinois – S.H.A. ch. 40&2506, Iowa – Iowa Code Ann. § 710.11 (West 1997), Kentucky – Ky. Rev. Stat. Ann. § 199.590 (Michie/ Bobbs-Merrill), Louisiana – La.Rev.Stat.Ann. § 2713 (West 1991), Michigan – Mich. Comp. Laws Ann. §722.853 et sey. (West 1997), Nebraska – Neb. Rev. Stat. § 25-21, 200 (1989), Nevada – Nev. Rev. Stat. Ann. §§ 126.045, 126.051 (Michie 1995), New Hampshire – N.H.Rev. Stat. Ann. § 168-B:16 et sey (1996), New Mexico, New York – N.Y. Dom. Rel. Law § 121 et sey. (McKinney 1997), North Dakota – N.D.Cen. Code § 14-18-05 (1991), Tennessee – Tenn. Code Ann. 36-1-102 (1996), Utah – Utah Code Ann. § 76-7-204 (1997), Virginia – Va. Code Ann. § 20-160 (Michie 1997), Washington – Wash. Code Rev. Ann. §26.26.210 (West 1997), West Virginia – W.Va. Code § 48-4-16 (1997), Wisconsin – Wis. Stat. Ann. § 69.14 (West 1997).

[22] Marriage of Balduzzi, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (1998).

[23] RR v. MH.

[24] Baby M, 537 A.2d 1227.

[25] Balsito v. Clark, 644 N.E. 2d 760.

дете. Члан 8 такође прописује да су правни родитељи она лица која желе да постану родитељи; ова лица морају да буду у браку и обоје су уговорне стране гестационог споразума; сам споразум може да има комерцијални карактер и за његову пуноважност је неопходно судско одобрење. Један од услова судског одобрења јесте и тај да мајка или намеравани родитељи буду резиденти дотичне државе најмање 90 дана.[26]

3. Сукоб закона у погледу сурогат материнства и уговора о сурогат материнству у међународном приватном праву

Различито регулисање сурогат материнства и уговора о сурогат материнству у различитим државама је већ само по себи довољно за међународни сукоб закона. Имајући у виду, међутим, да неке државе (још) ни немају супстанцијалну правну регулативу по овим питањима, ова околност само повећава вероватноћу појављивања сурогат материнства са страним елементом, пошто се може претпоставити да ће ради постизања циља доћи до миграције потенцијалних генетских родитеља и потенцијалних сурогат мајки. Може се, дакле, поставити питање које је право меродавно да одреди ко је мајка детета кога је родила сурогат мајка, односно ко су родитељи тог детета; које је право меродавно за пуноважност уговора о сурогат материнству, по чијим одредбама је сурогат мајка обавезна да одмах по доношењу детета на свет њега преда родитељима-наручиоцима, који ће са своје стране за ову услугу исплатити сурогат мајци значајну суму новца заједно са накнадом трошкова изазваних трудноћом и насталих за време трудноће. Одговори на ова питања и правно стање које буде створено применом супстанцијалног права отвара и питање признања одлука, односно питање признавања дејства иностраних исправа о грађанском стању. Овај део рада ће бити посвећен само питању одређивања меродавног права у погледу сурогат материнства.

3.1. Меродавно право за одређивање материнства у погледу детета кога је родила сурогат мајка

Одређивање материнства детета кога је родила сурогат мајка несумњиво спада у статусна питања. Статус треба да одреди правни положај детета у односу на родитеља – мајку и њеног мужа или партнера – и у односу на породицу сваког од родитеља. Када се утврди ко је мајка, односно ко су родитељи, успоставља се однос – крвно сродство – између мајке (родитеља) и детета, а као *дејство* тако успостављеног односа настају бројне правне последице. Најваж-

[26] О стању у Јужној Америци, видети *C.L. Marques*, *Assisted Reproductive Technology (ART) in South America and the Effect on Adoption*, 35 Tex. Int'l L.J. 65 (2002).

нија последица успостављеног односа мајка (родитељи) – дете јесте родитељско право, које обухвата, како се то уобичајено одређује, старање о личности и имовини детета, са читавим низом конкретних овлашћења, права и дужности[27]. Утврђено крвно сродство производи дејства и у наследном и брачном праву.

За сврхе одређивања меродавног права за деликатне односе који се појављују поводом сурогат материнства у обзир долазе категорије статуса детета, статуса мајке и односа родитеља и детета. Пошто су допуштеност сурогат материнства и односи који настану поводом њега недовољно регулисани у националним правима, тешко би било очекивати да национална међународна приватна права нуде специфична колизиона решења за ова питања. Последица оваквог стања јесте да би се у случају спора око утврђивања материнства између генетске и гестационе (биолошке) мајке морало користити колизионим нормама које одређују меродавно право за статус детета, или, евентуално за односе између мајке (родитеља) и детета. Сврха овог разматрања јесте да се обави анализа могућих колизионих решења, на основу постојећих позитивноправних норми у упоредном праву, као и да се дође до закључка о решењу *de lege ferenda*, с обзиром на специфичности дате ситуације.

3.1.1. Колизиона норма за статус (порекло) детета као колизионо решење за одређивање меродавног права за сурогат материнство

Упоредноправна колизиона решења као инспирација за меродавно право у погледу одређивања материнства детета кога је родила сурогат мајка, с једне су стране недовољно прикладна, с друге стране превише различита а да би се могле установити правилности или извршити генерализација. Та решења су неприкладна пошто се већином односе на ванбрачно порекло детета; одређени број националних закона садржи и посебне одредбе о меродавном праву за брачно порекло, тј. за брачност детета[28]. Одређивање меродавног права за ванбрачно порекло обухвата признање, утврђивање, оспоравање очинства или материнства, а закони неких држава прописују и посебне колизионе норме за питања *материнства* ванбрачног детета[29]. Постоје, међутим, решења у законима о међународном приватном праву скорашњих датума која одражавају начело недискриминације између деце чији би основ био у рођењу, те у духу начела изједначавања статуса брачне и ванбрачне деце у овом домену говоре уопште о пореклу, тј. о утврђивању порекла. Последица оваквог става је и је-

[27] Видети, на пример, чланове 113 – 122. Закона о браку и породичним односима Србије.

[28] На пример, члан 17 Грађанског законика Грчке из 1940. године, са изменама из 1983., члан 19. Закона о међународном приватном праву Немачке из 1986.; чл. 25 Закона о регулисању односа међународног приватног права Румуније из 1992., параграф 21 Закона о међународном приватном праву Аустрије из 1978. године; видети Б. Бордаш, *Породичноправни односи у међународном приватном праву*, Нови Сад, 2000., 163 – 172.

[29] Видети, Б. Бордаш, *op. cit*., 176 – 186.

динствена колизиона норма[30]. Све ове правне категорије су одређиване у време када проблематика сурогат материнства није постојала, или је била у зачетку. Правне норме, па тако и колизионе норме требало би да буду довољно опште да би оставиле простора за то да се тумачењем могу подвести под њих и нова чињенична стања и односи, чак и ако имају особености које се у време стварања норме нису могле у потпуности предвидети. Сурогат материнство је такво једно чињенично стање, а суштина његова се састоји у утврђивању која ће од две жене бити мајка детета у чијем долажењу на свет обе имају једнако важну улогу. Ни без генетске, ни без гестационе мајке одређено дете не би дошло на свет.

Да ли се порекло таквог детета може подвести под традиционалне појмове брачног и ванбрачног детета? Одговор на ово питање би могао да зависи од брачног статуса гестационе мајке, под претпоставком да се прихвати дефиниција да је мајка детета жена која га је родила – дете би било брачно по другој претпоставци – *pater est iste, quem nuptiae demonstrant*. Иста би била ситуација да се прихвати дефиниција да је мајка жена која је дала генетски материјал, тј. женску оплодну ћелију уколико би она била у браку. Све ово под даљим претпоставкама које важе у погледу даваоца мушке оплодне ћелије. *Mutatis mutandis* би важио силогизам и у случају ванбрачног порекла детета кога би донела на свет сурогат мајка. Све ово указује, међутим, да би проблем био прекомпликован и као такав неоперативан за циљеве које сурогат материнство служи.

Следећи појам који се користи у колизионим нормама неких држава је признање, утврђивање и оспоравање материнства. У контексту сурогат материнства ови појмови, такође, нису од користи. Биолошке чињенице у овом случају нису спорне, спорно је којој од њих дати предност да би се материнство (и крвно сродство) правно успоставило са свим последицама које оно носи са собом. Да ли ће се предност дати генетској или гестационој мајци неће зависити од биолошких чињеница већ од циља који се жели постићи и који има одговарајуће друштвено вредновање попут најбољег интереса детета или намере (брачних) партнера да постану родитељи, макар и уз цену асистиране репродуктивне технологије.

Најзад, употреба речи *порекло,* без обзира да ли је реч о брачном или ванбрачном, односно пореклу према оцу и мајци, јесте последица начела забране дискриминације деце по основу рођења (забране дискриминације брачне и ванбрачне деце), али је она довољно широка да би могла да обухвати и порекло детета кога је родила сурогат мајка.

[30] На пример, члан 135 Породичног законика Бугарске из 1985.г.: „За порекло је меродавно национално право детета у време рођења."; члан 33 Италијанског закона о реформи италијанског система међународног приватног права из 1995.г.: „1. Статус детета се одређује према његовом националном праву у време рођења. 3. Национално право детета у време рођења меродавно је за услове и дејства пријаве и оспоравања његовог статуса." Члан 311-4 *Code civil* Француске: „За порекло је меродавно персонално право мајке на дан рођења детета; уколико мајка није позната, персонално право детета."; члан 68 швајцарског Закона о међународном приватном праву: „1. За утврђивање, установљење и оспоравање порекла меродавно је право државе редовног боравишта детета. 2. Међутим, уколико ниједан од родитеља нема пребивалиште у држави редовног боравишта детета и уколико су родитељи детета држављани исте државе, меродавно је право те дражве."

С друге стране, упоредноправни преглед колизионих решења показује да су повезнице које се користе следеће: држављанство детета, држављанство оца за случајеве очинства, држављанство мајке – како за случај патернитетских, тако и за случај матернитетских спорова, најчешће у време рођења детета; редовно боравиште детета[31]; домицил детета[32]. Може да се уочи и тренд ка фаворизацији интереса детета тако да се постављају алтернативна колизиона решења, као и супсидијарна, све у циљу да би се успоставила правна веза између одређеног родитеља и детета[33]. За циљеве одређивања материнства у погледу детета кога је родила сурогат мајка ни право држављанства детета, ни право држављанства мајке (да ли генетске мајке или гестационе (биолошке) мајке?), ни право домицила детета, ни право уобичајеног боравишта детета не би представљали сретно решење.

Држављанство детета могло би да буде решење само уколико у држави места рођења детета важи систем *ius soli*. Тада би, на пример, колизиона норма „За порекло детета меродавно је право његовог држављанства у време рођења" могла да обухвати и случај статуса детета кога је у САД родила жена италијанског држављанства пошто је у њену материцу усађена оплођена јајна ћелија жене која има немачко држављанство; да ли би дете припало Италијанки или Немици, одредиле би чињенице релевантне за одређивање меродавног права унутар САД и од права и праксе тако утврђене савезне државе. Стицање држављанства по систему *ius sanguinis* са аспекта држављанства као тачке везивања не доводи до утврђивања меродавног права, или би утврђивање држављанства детета било веома компликовано. Заједничко држављанство родитеља одређује држављанство детета, али ко је мајка – Италијанка као сурогат, тј. биолошка мајка која у Швајцарској роди дете чији су гени одређени полном ћелијом Немице и њеног партнера Француза?

Држављанство мајке као тачка везивања доводи до зачараног круга: најпре би требало одредити која жена је мајка, да би се по праву њеног држављанства решило питање да ли ће као мајка бити уписана гестациона или генетска мајка. Управо је држављанство мајке детета она одлучујућа чињеница која одговара на питање порекла детета по мајци.

Домицил, односно редовно боравиште детета као тачке везивања у контексту сурогат материнства трпе исти приговор. С обзиром да питање материнства, односно статуса детета мора да се реши у врло кратком року после долажења детета на свет, ни домицил, ни редовно боравиште није могуће одредити. Новорођенче, а и дете уопште има домицил/редовно боравиште у месту у коме га име лице (или институција) које остварује родитељско право, које обухвата и право да се одреди домицил, односно редовно боравиште детета. Природно је да родитељско право припада родитељу, односно родитељима – а личност мајке је управо та која је спорна и меродавно право је позвано да реши тај спор.

[31] На пример, Закон о међународном приватном праву Немачке у чл. 19; Закон о међународном приватном праву Швајцарске у члану 68.

[32] На пример, Грађански законик Перуа у члановима 2084-2085.

[33] Видети, на пример, одредбу члана 20 Закона о међународном приватном праву Немачке.

Статус мајке као правне категорије у контексту сурогат материнства не може да буде посебно издвојен пошто је он и појмовно и биолошком чињеницом везан за статус детета, као и уопште у случају одређивања меродавног права за порекло детета. Одређивањем порекла детета истовремено и неодвојиво се установљава и статус мајке.

Из овога што је речено следи да су *колизионе норме у погледу порекла детета*, онакве какве су постављене у националним законима о међународном приватном праву неадекватне за одређивање материнства у погледу детета кога је родила сурогат мајка.

3.1.2. Колизиона норма за односе родитеља и деце (родитељско право/одговорност) као колизионо решење за одређивање меродавног права за сурогат материнство

Установљено порекло детета, без обзира на то да ли је реч о брачном или ванбрачном пореклу, као и без обзира на то да ли је оно у односу на оца или мајку, производи дејства која се огледају у правном односу родитеља и детета. Тај правни однос се у савременим условима назива родитељским правом или родитељском одговорношћу и под њим се подразумева скуп права и дужности у односу на дете, прецизније речено у односу на личност и на имовину детета.

Установљење, утврђивање порекла детета је, дакле, предуслов за успостављање односа између родитеља и детета а базира се на нераскидивој генетској, биолошкој, крвној вези. У том склопу порекло је услов, а однос између родитеља и детета се појављује као његова последица, тј. дејство.[34] Обрнути редослед није могућ, пошто се из односа између родитеља и детета не може закључити о пореклу, тј. о очинству и материнству детета.[35] Ово се може видети у случајевима када се порекло (очинство, али и материнство) појављује у виду претходног питања за остваривање неког права, као што је право на издржавање, право наслеђивања или као брачна сметња.[36] Овакво стање је важило безрезервно све до тренутка када је почела да се примењује асистирана репродуктивна технологија. Питање очинства је прво довело до диспаритета између

[34] Слично је, на пример, код брака: пуноважан брак је услов за настанак брачног односа, односно настанак пуноважног брака има за последицу личне и имовинске односе, лична и имовинска дејства брака. Са аспекта сукоба закона настанак пуноважног брака и дејства брака имају различит колизиони третман, тј, различите колизионе норме одређују меродавно право када је нека релевантна чињеница везана за страну државу.

[35] Ова тврдња свакако вреди, ако правно стање одговара фактичком стању, односно чињеницама генетске, биолошке, крвне везе, али у погледу очинства се подвргава сумњи, ако имамо у виду претпоставку брачности, односно брачног очинства.

[36] Неки аутори посебно наглашавају у контексту међународног приватног права да се питање очинства или материнства превасходно појављује као претходно питање у овом смислу, видети код: A. Grammaticaki-Alexiou, *Artficial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: an Initial Approach, 60 Louisiana Law Review* (La. L.Rev.) 1113 (2000); K. McK. Norrie, Reproductive Technology, *Transsexualism and Homosexuality: New problems for International Private Law*, 43 ICLQ 757 (1994).

генетског и правног оца, али право се изборило с овим уз помоћ постојећих, како супстанцијалних, тако и колизионих норми. Сурогат материнство је, међутим, раздвајањем генетске и гестационе, биолошке улоге – а да се при томе и за једну и за другу везу може рећи да су крвне – уздрмало след услов–последица, те се мора извршити преиспитивање постојећих правних норми не само у сфери супстанцијалног, већ и колизионог права.

Контекст сурогат материнства у сусрету са природним, традиционалним правним појмом мајке би могао да се посматра са аспекта његовог циља, који је успостављање односа родитељ – дете, а да при том није у потпуности искључена генетска, такође, биолошка, веза. Ако је неспорно да се сурогат материнству прибегава тада, када генетска мајка из здравтсвених разлога није у стању да затрудни, изнесе трудноћу и донесе на свет дете, а жели јој се омогућити да добије дете које ће подизати, чувати, васпитавати, правни нагласак би се могао померити у настанку односа родитељ – дете, са услова (порекло), на последицу (дејство, тј. однос родитељ – дете, односно успостављање родитељског права или одговорности). Чувени калифорнијски случај, Johnson v. Calvert[37], одлучен је аргументима који нису дали предност ни генетском, ни гестационом материнству, већ управо онима који су ишли у прилог успостављању односа родитељ (у овом случају генетска мајка) и дете (кога је родила гестациона мајка). Наиме, већинско мишљење је засновано на постојању *намере* генетске мајке да има дете које иначе не би могла да има, а и издвојено мишљење које је засновано на уважавању *најбољег интереса детета* као стандарда за доношење одлуке, надовезује се на однос између родитеља и детета, а не на порекло.[38]

Са аспекта међународног приватног права овакво размишљање би могло да оправда подвођење проблема одређивања порекла детета кога је родила сурогат мајка под правну категорију односа родитеља и детета, тј. родитељског права/родитељске одговорности. Тада би, истина, питање морало да буде постављено не као „ко је мајка детета", већ да ли ће генетска мајка или гестациона мајка добити статус родитеља у односу родитељ – дете. У овом последњем случају задатак је да се утврди коме припада статус, положај, у једном постојећем односу или односу у настајању.[39] Нека сличност би се могла пронаћи са потпуним усвојењем детета, код које установе, по њеном пуноважном заснивању усвојилац добија статус родитеља, усвојеник статус рођеног детета и успоставља се однос родитељ – дете.

Уколико се горњи став прихвати као полазна основа за одређивање меродавног права за порекло детета кога је родила сурогат мајка, тј. ако овакво порекло подведемо под правну категорију „односи родитеља и деце", стоје нам на располагању колизионе норме упоредног међународног приватног права које треба размотрити с обзиром на то да ли су коришћене тачке везивања подобне да доведу до резултата.

[37] 1993 5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rptr. 2d 494.

[38] Видети, такође, *Human Fertilization and Embryiology Act* 1990 Уједињеног Краљевства.

[39] Упоредити са K. McK. Norrie, *Reproductive Technology*, Transsexualism and Homosexuality: New Problems for International Private Law, 43 ICLQ 757 (1994).

Колизиона решења националних законодавстава крећу се од *lex fori*[40], редовног боравишта[41], домицила[42] или држављанства детета[43], супсидијарно постављених тачака везивања ради обезбеђивања примене права са којим су субјекти односа заједнички повезани (заједничко држављанство родитеља, заједничко држављанство родитеља и деце, заједничко пребивалиште родитеља и деце, заједничко редовно боравиште родитеља или родитеља и деце)[44], до алтернативно постављених решења ради остварења принципа најбољег интереса детета (на пример, *lex nationalis* детета, или *lex fori*, ако дете има држављанство и пребивалиште државе форума а домаће право је повољније за њега)[45].[46] Користи се још увек и право држављанства оца као тачка везивања[47].

Од свих ових тачака везивања меродавно право би се могло одредити само по оној која предвиђа примену права суда и по оној која се односи на држављанство оца, уколико је отац познат. Ни једна, ни друга чињеница у односима са страним елементом није најсретније решење. Држављанство оца не би можда морало да трпи критике уколико је отац муж генетске мајке; међутим, већ у случају да је оплодња извршена оплодном ћелијом познатог донора меродавно право би лако могло да буде случајно, али исто тако и предмет манипулације тако што би се бирао донор из државе чије супстанцијално право предност даје генетској мајци. *Lex fori* јесте у међународном приватном праву повољно решење ако је међународна надлежност суда заснована на одговарајућим чињеницама, али његова највећа слабост је управо у томе што се чињенице на којима се може засновати надлежност лако могу мењати и тако дају широке могућности изигравањима и манипулацијама.

Од алтернативних и супсидијарних повезивања једино је колизионо решење Јапана оно које као последњу могућност за одређивање меродавног права предвиђа примену права државе са којом су субјекти односа у *најближој вези* (члан 20-21 Хореи из 1990. године).

Не може се, дакле, рећи да избором колизионе норме за односе родитеља и деце уместо колизионе норме за порекло детета, не постоји ниједна конструкција која би могла да буде оперативна за одређивање меродавног права за порекло детета кога је родила сурогат мајка. *Lex fori* јесте прихватљиво решење, с тим што носи са собом проблем признања пресуда у иностранству, а надлежност суда који је донео пресуду као један од најважнијих услова у поступку егзекватуре не гарантује лако признање баш због могућег *forum shopping*-а.

[40] УК, Канада, Аустралија, САД.

[41] Закон о међународном приватном праву Швајцарске, чл. 82.

[42] Грађански законик Квебека, став 3 чл. 3091.

[43] Закон о реформи италијанског система међународног приватног права, чл. 36; Закон о међународном приватном праву Пољске, став 1 чл. 19.

[44] Грађански законик Грчке – Закон о примени уставног принципа једнакости мушкарца и жене, чл. 18; Закон о међународном приватном праву Јапана, Хореи, чл. 20-21.

[45] Закон о међународном приватном и процесном праву Чешке, став 1 чл. 24; Уредба са законском снагом о међународном приватном праву Мађарске, пар. 46; Породични законик Бугарске, чл. 137.

[46] Видети детаљно Б. Бордаш, *op. cit*., 193 – 196.

[47] Грађански законик Шпаније, став 4 чл. 9.

Остаје као могућност меродавност права оне државе са којом су субјекти, односно чињенични склоп датог односа у *најближој вези*.

3.2. Колизиона норма за одређивање меродавног права за сурогат материнство

Домашај колизионе норме. – Сурогат материнство настаје на основу сагласности воља генетске мајке и њеног (брачног) партнера, с једне стране, и гестационе мајке, с друге стране. Предмет споразума чини обавеза гестационе мајке да се подвргне медицинској интервенцији да би се у њену материцу усадила оплођена јајна ћелија генетске мајке, да тако насталу трудноћу изнесе, да донесе на свет плод и да новорођенче преда генетској мајци (и њеном партнеру). Са своје стране генетска мајка и њен партнер се обавезују да сносе трошкове наведених интервенција, трошкове везане за трудноћу и трошкове порођаја. Формалноправно посматрајући, сагласност воља двеју страна конституише правни посао чији је предмет у овом случају услуга крајње деликатне природе. Такав правни посао може да буде доброчин, што се у реалном свету дешава уколико се као гестациона мајка појављује рођака или, можда, блиска пријатељица генетске мајке. Уколико гестациона мајка није у таквом односу са генетском мајком, алтруистичке побуде је тешко претпоставити, што значи да генетска мајка (и њен партнер) дугују одређену цену за услугу гестационе мајке. Поводом оваквог аранжмана о сурогат материнству постављају се два основна питања: да ли је он допуштен с обзиром на предмет и да ли може да има комерцијални карактер.[48] Са аспекта међународног приватног права је изузетно важно питање правне природе аранжмана о сурогат материнству, односно да ли имају карактер облигационог уговора или је то уговор *sui generis* који регулишу правила породичног права. Уколико би био оквалификован као облигациони уговор, меродаван би био уговорни статут, у противном породични, тј. у погле-

[48] Видети о овим питањима супстанцијалног права S. F. Seavello, *Are you my mother? A judge's decision in in vitro fertilization surrogacy*, 3 Hastings Women's Law Journal 211 (1992); E. Hirschman, *Babies for sale: Market ethics and the new reproductive technologies,* 25 Journal of Consumer Affairs 358 (1991); R. Hyams, *Who gets to choose? Responses to the foetal/maternal conflict,* 2 Feminist Jurisprudence (1995), www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v2n3/hyams23.html; M.M. Schultz, *Reproductive technology and intent-based parenthood: an opportunity for gender neutrality,* 1990 Wisconsin Law Review 297; P.Laufer-Ukeles, Gestation: *Work for Hire or the Essence of Motherhood? A Comparative Legal Analysis*, www.law.duke.edu/journals/djglp/articles/#H1N1; J.C. Sheldon, *Surrogate mothers, gestational carriers and a pragmatic adaptation of the Uniform Parentage Act of* 2000, 53 Maine Law Review 523 (2001); A.N. Hatzis, *„Just the Oven" – A Law&Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts*, www.ssrn.com/lsn/index.html; J.R. Combs, *Stopping the Baby-trade: Affirming the Value of Human Life through the Invalidation of Surrogacy Contracts:* A Blueprint for New Mexico, 29 New Mexico Law Review 407 (1999); M. Garrison, *Law Making for Baby Making: An Interpretative Approach to the Determination of Legal Parentage*, 113 Harvard Law Review 845 (2000); L.B. Andrews; *Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood*, 81 Virginia Law Review 2343 (1995); J.M. Place, *Gestational Surrogacy and the Meaning of Mother*: Johnson v. Calvert, 17 Harvard Journal of Law and Public Policy 907 (1994); A. Stuhmcke, *For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate Motherhood,* 2 Murdoch University Electronic Journal of Law (1995), www.murdoch.edu.au/elaw/indices/issue/v2n3.html ; G. Binion, Baby M, *Surrogate Parenting and Public Policy*, 11 Policy Studies Review, 1 (1992).

ду пуноважности би било меродавно исто оно право које би било меродавно и у погледу порекла детета кога је родила сурогат мајка. Питање природе уговора о сурогат материнству решава се путем првостепене квалификације.

Поред одговора на питање која жена је мајка и којој припада родитељско право, меродавно право у погледу одређивања порекла детета кога је родила сурогат мајка мора да пружи одговоре и на друга питања, попут следећих: уколико сурогат мајка одбије да преда новорођенче генетској мајци и њеном партнеру, да ли они могу одузети дете, односно да ли могу да траже извршење које се састоји у предаји детета; уколико генетска мајка и њен партнер одбију да преузму дете, да ли гестациона мајка може да тражи принудно извршење; да ли генетска мајка и њен партнер постају родитељи на основу самог уговора о сурогат материнству или је поптребно да усвоје дете; да ли је гестациона мајка обавезна да издржава дете које је родила.[49]

Специјална колизиона норма за одређивање меродавног права за сурогат материнство. – Проблем сурогат материнства је нов и у упоредном супстанцијалном праву, и како је горе наведено, није довољно регулисан. Законодавства неких држава су га уредила, негде је пракса та која доприноси решавању правних проблема везаних за њега, а у бројним државама ни појава, па тако ни проблем сурогат материнства још није актуелан.[50] Случајева сурогат материнства ће развојем медицине реално бити све више и они се не могу географски локализовати, нити се могу стављати ограничења потенцијалним учесницима с обзиром на њихову припадност некој држави. Задатак међународног приватног права је, стога, било проналажење места проблему сурогат материнства у постојећим нормама, било предлог решења проблема кроз креирање новог правила отвореног свим критикама.

Горњи преглед упоредних колизионих решења за категорију порекла (статуса) детета и категорију односа родитеља и деце (родитељског права) и анализа елемената мултиларелних колизионих норми ради испитивања могућности њихове примене на проблем сурогат материнства са страним елементом показују незадовољавајући резултат. Разлози су следећи: најпре, колизионе норме које би уопште могле да дођу у обзир за примену, ни у ком случају нису биле дизајниране тако да би евентуално могле да обухвате правне последице сурогат материнства, пошто је оно временски релативно, а по својој суштини апсолутно нова појава. Покушај подвођења под одређену постојећу норму је само испитивање и провера области примене позитивноправних норми, односно покушај елиминисања правне празнине применом метода аналогије и екстензивног тумачења. Суштина проблематике сурогат материнства је одређивање мајке детета у ситуацији која је у овом тренутку нерешива: дете не би било донесено на свет ни без генетске, ни без гестационе мајке. Право дефинише мајку као жену која је родила дете, а медицина указује да исто дете не мора да има само једну биолошку мајку, у смислу крвне повезаности. У овом тренутку, дакле, ма-

[49] Видети, такође, A. Grammaticaki-Alexiou, *op. cit*. 1113.

[50] Видети први део овог рада.

теринство детета кога је родила сурогат мајка тешко може да се подведе под постојеће категорије којима се користи међународно приватно право. Други разлог се везује за чињенице које се уобичајено користе као тачке везивања у статусним и породичним односима. Осим у ретким околностима, држављанство, домицил и уобичајено боравиште детета или мајке нису одговарајући контакти: ако се везују за дете, одређивање тих чињеница зависи од дететове мајке, ако се везују за мајку, питање је управо то – која је жена дететова мајка.

Уколико „*hard and fast rules*", односно колизионе норме које кроз тачку везивања омогућују да се меродавно право одреди брзо и сигурно, нису подобне за примену, мора да се прибегне другом инструменту колизионог метода. Овај други инструмент спада у „мека правила (*soft rules*)"[51] који је изражен кроз принцип најближе везе. Свака колизиона норма, без обзира на то да ли поставља „брзо и чврсто правило" или „меко правило" за одређивање меродавног права, израз је *начела најближе везе* као једног од основних начела међународног приватног права. Разлика је у томе, што „брзо и чврсто правило" не допушта одступање, док „меко правило" омогућује да се меродавно право одреди с обзиром на околности конкретног случаја. Први инструмент оличава правну сигурност и предвидљивост, други уноси флексибилност, тј. даје могућност да се меродавно право прилагоди сваком конкретном спорном питању у оквиру правне категорије колизионе норме. Имајући све ово у виду, можемо се питати, која колизиона решења преостају за сурогат материнство са страним елементом?

Једно решење је *lex fori*. У овом случају одлучујући значај добијају правила о међународној надлежности, пошто ће сваки суд који у статусним и/или породичним стварима може да заснује међународну надлежност, применити на конкретно спорно питање домаће супстанцијално право. У овом склопу сурогат материнство са страним елеметом коначан епилог добија у поступку егзекватуре у страној држави у којој донесена судска одлука треба да произведе дејство.

Друго решење је отворена колизиона норма, тј. примена права оне државе са којом конкретан однос сурогат материнства има *најближу везу*. С обзиром на начине и тешкоће око утврђивања најближе везе у случају уговорних односа са страним елементом, где је ова тачка везивања у најширој употреби, следи да ни у овом домену именовање меродавног права не може да буде лак задатак. Заједничко држављанство генетске мајке и њеног партнера, заједнички домицил или заједничко редовно боравиште ових лица, заједничко редовно боравиште генетске и гестационе мајке, место медицинске интервенције, место рођења детета могу да буду чињенице које ће утицати на одређивање меродавног права. Уз све ове чињенице карактеристичне за колизиони метод, а које би ипак могле да буду недовољно убедљиве, не би требало искључити ни могућност употребе елемената из сфере супстанцијалног права, као што је циљ сурогат материнства, начело најбољег интереса детета и начело заштите детета. Таква комбинација би са методолошког аспекта била неуобичајена,

[51] Видети F. K. Juenger, *The Problem with Private International Law*, in: J. Basedow et al., eds., Private Law in the International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr, 2000, 289, The Hague

али би била оправдана с обзиром на предмет спорног питања. Дете кога је родила сурогат мајка је људско биће које има право на живот, на породицу и на складан развој без обзира на околности у којима је дошло на свет и на то да право нема једносмислени одговор на чињенице живота и изазове развоја медицине.

Премошћивање проблема меродавног права за сурогат материнство. – Проблем одређивања меродавног права за контроверзно питање порекла, односно материнства детета кога је родила сурогат мајка могао би да буде елиминисан и на један сасвим други начин. Пошто према стању науке у датом тренутку није могуће одредити да ли је допринос генетске или гестационе мајке преовлађујући за настанак и долажење на свет новог људског бића, право се користи и познатим и признатим установама које, такође, изазивају дилеме и потребу прилагођавања постојећих норми, али у много мањој мери. Решење супстанцијалног породичног права стоји надохват руке.

Уколико је сурогат материнство прихватљиво за људско друштво уопште, полазна тачка за одлуку по питању која жена је мајка детета не мора да буде различита од оне која се користи откад је ово питање постало не само чињенично, већ и правно. *Mater semper certa est* – максима која се базира на чињеници доношења на свет детета признаће за правну мајку жену која је дете родила, тј. гестациону мајку. Да би се постигла сврха сурогат материнства, која јесте успостављање односа родитељ – дете са генетском мајком, стоји на располагању установа потпуног усвојења. Услови и поступак његовог заснивања би могли да буду прилагођени с обзиром на специфичне околности које прате сурогат материнство. Супстанцијално решење и поступак који предвиђа *Human Fertilization and Embryology Act* 1990 Уједињеног Краљевства могли би да послуже као модел.

При једној таквој шеми у решавању сукоба закона за сурогат материнство са страним елементом меродавно право би најпре било оно које је предвиђено за установљење порекла детета према мајци, а после тога би према колизионој норми за заснивање усвојења порекло било утврђено према генетској мајци као усвојитељу, и коначно би према колизионој норми за дејства усвојења могао да буде успостављен однос родитељ – дете, тј. успостављено родитељско право.

Закључак

Сурогат материнство је реална опција, упркос противречностима које га прате како у биологији и медицини, тако и у праву. Дилеме око питања ко је мајка детета кога је родила сурогат мајка, тј. да ли је то жена с којом је дете повезано генетски преко јајне ћелије или је то жена с којом је дете повезано кроз гестацију, ношењем и рађањем, а које ни биологија, ни медицина нису у стању на данашњем степену развоја да разреше, требало би да разреши право. Оно је, међутим, конзервативно и држи се максиме старе као оно само – *mater* (*semper*) *certa est*. Европска законодавства, уколико уопште уређују питање сурогат материнства, не допуштају га, а уговор о сурогат материнству сматрају

противним јавном поретку. Ипак, постоје изузеци, попут оних у пракси белгијских и грчких судова и законодавству Уједињеног Краљевства и Северне Ирске. Законодавство и пракса САД, односно савезних држава САД, попустљивији су у третману ове појаве, што подразумева да поред поштовања начела *mater* (*semper*) *certa est*, одређени број држава стоји на становишту да је мајка детета – генетска мајка, а не она која је дете носила и родила. У том контексту су допуштени и уговори о сурогат материнству.

Позитивно законодавство у Србији не регулише ову проблематику. Нацрт Породичног закона Републике Србије из јуна 2003. године, у трећем делу који је посвећен Односима детета и родитеља под насловом „Материнство и очинство у случају зачећа уз биомедицинску помоћ" посвећује један члан материнству[52], који обухвата и сурогат материнство. Уз потврду максиме *mater semper certa est,* мајком се сматра жена која је дете родила, чак и ако је дете зачето неким од метода асистиране репродуктивне технологије. Ако је за зачеће коришћена дарована јајна ћелија, материнство генетске мајке се не може утврђивати. Из овога би се могло закључити да је недопуштено сурогат материнство у форми рађања за другу жену чија би последица била предаја детета генетској мајци, те су недопуштени и сами споразуми о сурогат материнству, али је тзв. традиционално сурогат материнство могуће – гестациона мајка је и правна мајка и родитељско право се успоставља између ње и детета кога је она родила.

Упоредно међународно приватно право, као ни домаће не садрже колизионе норме за питања сурогат материнства са страним елементом. Постојеће норме путем којих се одређује меродавно право у погледу порекла детета или у погледу односа између родитеља и детета нису адекватне за овај специфичан случај. Карактеристике односа поводом сурогат материнства и начини који међународном приватном праву стоје на располагању за одређивање меродавног права, дају основа за неколико решења. Прво је меродавност права места суда, које носи у себи искушења изигравања закона; друго је комбинација принципа најтешње повезаности са стандардима супстанцијалног права, односно начелима најбољег интереса детета и заштите детета, које омогућава фаворизовање генетске мајке и, треће, које представља повезивање једне нове, још недовољно јасне и недовољно регулисане животне чињенице са познатим установама и уобичејиним одговорима, попут *mater semper certa est* и усвојења.

[52] Члан 59: „(1) Мајка детета зачетог уз биомедицинску помоћ јесте жена која га је родила. (2) Ако је мајка дала писмени пристанак на поступак биомедицински потпомогнутог оплођења, њено материнство не може се оспоравати. (3) Ако је дете зачето уз биомедицинску помоћ дарованом јајном ћелијом, материнство жене која је даровала јајну ћелију не може се утврђивати."

Bernadet Bordaš Ph. D., Associate professor
Novi Sad School of Law

New issues and challenges in private international law – Conflict of laws with respect to surrogate motherhood

Abstract

Surrogate motherhood is a reality, despite the controversies related to it in both biology and medicine on one hand and law on the other. Law should resolve the dilemma on who is the mother to the child born by a surrogate mother, which neither contemporary biology, nor medicine may resolve i.e. is it the woman to whom the child is related through the ovarian egg, or is it the woman to whom the child is related through gestation, pregnancy and birth. However, law sticks to the principle *mater (semper) certa est*. European legislations do not permit surrogate motherhood; if there are any provisions on it provided in the first place, whereas the contracts on surrogate motherhood are declared contrary to public order. There are, however, some exceptions, like those contained in the case law of Belgian and Greek courts, as well as in the legislation of the United Kingdom and Northern Ireland. Legislature and judicial practice in the United States are more favorable towards the issue, which means that apart from obeying the rule mater (semper) certa est, certain states adopt the view that mother of the child is its genetic mother and not the one who carried the child and who gave birth to it. The contracts on surrogate motherhood are allowed in the same manner.

Neither comparative Private international law, nor national law contain conflict rules for the issue of surrogate motherhood with a foreign element. The existing norms that determine applicable law with respect to origin of the child and relations between parents and children are not adequate for such a specific case. Specifics of the relations arising from surrogate motherhood and instruments available to Private international law for determination of the applicable law give way to several solutions. First of them calls for application of the law of the acting court and it bears with it the jeopardy of forum shopping. The second one is a combination of the principle of the closest connection and the standards of substantial law, or the principles of the best interest and protection of the child, which puts the genetic mother into a better position. The third solution connects a new, unclear and insufficiently regulated factual state with the recognized institutes and solutions, such as mater semper certa est and adoption.

УДК 339.923 : 061.1ЕС] : 366.5
366.5 : 341.9
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 509-530

Др Маја Станивуковић, ванредни професор
Правни факултет у Новом Саду

ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА У ГРАЂАНСКОМ И МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ ЕВРОПСКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Сажетак: *Рад говори о једној од значајних области законодавства Европске заједнице. У уводном делу разматрају се мотиви за пружање посебне правне заштите потрошачима, карактеристике ове нове гране права и основе за њено формирање. У другом делу је реч о развоју права заштите потрошача у Европској заједници. Данас постоји изричити основ за законодавну делатност Заједнице, али то није био случај од почетка. Наведена су основна права потрошача према Прелиминарном програму ЕЕЗ о политици заштите и информисања потрошача од 1975. године и мере које су у овој области донете. Након што су дате основне карактеристике ових мера и њихова класификација, прелази се на тему грађанског права ЕЗ, и улоге мера за заштиту потрошача у његовом развоју. У оквиру ове теме посебно се разматрају упутства за заштиту потрошача у области уговорног права и упутства у области одштетног права. Истиче се значај одређивања појмова потрошача и потрошачког уговора. Унутар следећег одељка, посвећеног међународном приватном праву, говори се о колизионим нормама о заштити потрошача из Римске конвенције (1980) и из предлога Уредбе о меродавном праву за вануговорне обавезе (2003). Такође, разматрају се норме о надлежности за спорове из потрошачких уговора које су садржане у Бриселској уредби (2000).*

Кључне речи: *заштита потрошача, право ЕУ, уговорно право, одштетно право, меродавно право, међународна надлежност*

1. Увод

Заштита потрошача је грана права која почиње да се интензивно развија током шездесетих година двадесетог века у државама развијене тржишне привреде. Њена колеква је у САД, где у то време добија замах политички покрет потрошача – консумеризам. Реч консумеризам је први пут употребљена 1960. година од стране противника потрошачког покрета, који су желели да га повежу са другим у Америци прокаженим „измима", као што су то били комунизам и фашизам. У литератури се дају различите дефиниције овог покрета: „Консумеризам обухвата различите делатности државе, пословних људи, независних организација и самих потрошача које се предузимају да би се заштитила и побољшала права потрошача." [1] „Консумеризам је разнолик и еволутиван друштвени покрет који ради у корист добробити и јачања политичке моћи потрошача."[2] „Консумеристи су самозване националне дадиље које желе да наметну своје вредности другима."[3]

У западним земљама, консумеризам је допринео да се држава активно ангажује на доношењу прописа намењених заштити потрошача.

Издвајање и систематизација правила којима се штите потрошачи у посебну правну дисциплину релативна су новост, али корени правне заштите потрошача иду много даље у прошлост. Забране усмерене против додавања страних супстанци у храну и фалсификовања мера налазе се већ у Старом Завету и у Хамурабијевом законику. У римском праву настале су одредбе о заштити купца од скривених мана продате ствари, а *Magna Carta Libertatum* поред оних познатијих одредаба о ограничавању апсолутне власти владара, садржи и одредбе о једнообразним мерама за вино, пиво, кукуруз и платно.

Сам назив ове грана права упућује на закључак да у друштву постоји потреба да се потрошач заштити. Главни аргумент за доношење правила којима се штите потрошачи у уговорном праву је заштита слабије стране у правном послу. Та слабост је економска и правна. Економска слабост постоји, јер са једне стране у уговорном односу имамо појединца, а са друге, често, моћну компанију. Корен правне инфериорности потрошача је у неравнотежи информација и знања између предузећа које поклања дужну пажњу правним аспектима уговорног односа и има на располагању правне савете с једне стране и потрошача с друге стране, који о томе не брине и обично није довољно информисан. Друго, потрошачу се обично не даје прилика да преговара о условима уговора, јер му се нуди адхезиони уговор. Коначно, потрошач је такође у инфериорном положају уколико касније жели да оствари своја права – трошак покретања суд-

[1] Aaker, D. A. i Daz, G. S., *Consumerism: Search for the Consumer Interest*, 3. издање, 1978., стр. 2.

[2] Robert N. Mayer, *The Consumer Movement, Guardians of the Marketplace*, *Boston*, 1989.

[3] Winter, Ralph K., *The Consumer Advocate versus the Consumer*, Washington D.C. American Enteprise Institute for Public Policy Research, 1972.

ског поступка обично је у несразмери са износом његовог тужбеног захтева. Потрошач, као слабија страна треба да се заштити од несавесног поступања друге, јаче стране у правном послу, која се уобичајено назива професионалац или професионални трговац. Ту заштиту треба да обезбеде држава и удружења потрошача.

Данас нико не оспорава да постоји потреба за установљавањем заштите, али питање је на који начин, којим средствима, по којој цени? Уколико је циљ да се успостави равотежа у односу који није уравнотежен, у коме стране нису једнаке, стоје нам на располагању два средства – установљавање административне и судске заштите на основу законских одредаба или подстицање удруживања потрошача у организације које ће представљати противтежу индустрији и моћи да учествују у колективном преговарању ради остваривања колективних интереса. Проблематика је слична оној која постоји у радном праву.[4]

Карактеристика права заштите потрошача је немогућност сврставања унутар познатих грана права и правних области, доследном применом неког од уобичајених критеријума као што су природа норми, основна начела и метод регулисања, учесници у правном односу и њихов међусобни однос и слично. То је због тога што је груписање норми у ову грану права извршено превасходно према критеријуму предмета и циља регулисања. Несумњиво, заштита потрошача представља вид државне интервенције у приватно-правне односе, који се испољава у правним нормама која по својој природи припадају облигационом праву (уговорном и одштетном праву), али један њихов део спада и у оквире управног права, а заштита права која се њима гарантују у великој мери зависи од прекршајних и кривично-правних санкција. Саставни део ове гране права такође представљају посебна правила грађанског процесног права, којима се за потрошаче обезбеђују повољнији услови за остваривање правног захтева (нпр. институт колективне тужбе, привремене мере, могућност вансудског решавања спорова и сл.). То значи да значајан део ове гране права чине норме јавноправног карактера. Премда се те норме још увек претежно доносе у облику националних закона, фундамент ове гране права можемо наћи у начелима донетим од стране међународних тела,[5] а у Европској унији оне све више имају наднационално, комунитарно порекло. Развојем трговине, посебно путем Интернета, правна заштита потрошача све више поприма међународне димензије. У једном свом сегменту право заштите потрошача уско је повезано са још

[4] De Leyssac, C. L., Parleani, G. *Droit de marché*, Paris, 2002, стр. 80.

[5] Смернице Уједињених нација о заштити потрошача – Резолуција Генералне Скупштине Уједињених нација бр. 39/248 од 1985. године, допуњена 1999. године. Смернице за заштиту потрошача прокламују одређена права као основна права потрошача. То су, према првобитној верзији (1985): право на задовољење основних потреба, право на безбедност, право на информисаност, право избора, право да се чује глас потрошача, право на правну заштиту (обештећење), право на образовање потрошача и право на здраву животну средину. Од ових права, четири је формулисао амерички председик Џон Кенеди у својој изјави од марта 1962. године. Касније, Међународна организација савеза потрошача (*International Organization of Consumer Unions*) додаје још четири права. В. Ј. Вилус, Правна заштита потрошача I, Београд, Сремска Митровица, 1996. стр. 3.

једном новом граном права која се интензивно развија – са правом заштите животне средине. У новијим изворима права, истиче се да потрошачи поред права имају и одговорност за избор производа који не утичу негативно на околину.[6]

Без обзира на све ове примесе, чини нам се да заштита потрошача по својим доминантним карактеристикама ипак спада у оквире грађанског права. Стога се она на нашим факултетима може проучавати као једна од грана које спадају у ту породицу права. Интересантна је идеја неких француских аутора, који предлажу да се право заштите потрошача заједно са правом конкуренције проучава у оквиру нове гране права која би се звала Право тржишта.[7]

Основу заштите потрошача у многим државама чини посебан оквирни законодавни акт намењен искључиво заштити потрошача. Колико нам је познато, први закон о заштити потрошача донет је под тим називом у Великој Британији 1961. године. Током шездесетих година двадесетог века, сличне законе добија и већина савезних држава САД и канадских провинција, а од 1990. године на овамо и велики број јужноамеричких држава.[8] Индија је Закон о заштити потрошача донела 1986. а Кина 1993. године. Законе о заштити потрошача имају данас готово све европске земље – на пример, Аустрија (1979) Велика Британија (1987), Словенија (1998), Чешка (1992), Словачка (1992), Француска (1993), Руска федерација (1992), Шведска (1986. и 1991). У нашем региону законе са таквим називом имају све државе: Румунија (1992), Албанија (1997), Бугарска (1999) Македонија (2000),[9] Србија и Црна Гора (2002), Босна и Херцеговина, Хрватска (2003), итд. Међутим, треба напоменути да поред наведених прописа, посебне одредбе о заштити потрошача налазимо и у низу других закона и подзаконских аката на националном нивоу, као што су прописи о трговини, туризму, оглашавању, безбедности хране, стандардизацији, потрошачким кредитима итд. У неким савременим грађанским законицима такође наилазимо на читав низ одредаба о заштити потрошача.[10] За сада нема међународних уговора који би се бавили унификацијом грађанско-правних норми намењених заштити потрошача, али је активност Европске заједнице на том пољу била веома интензивна, тако да је створен један корпус прописа који се сматрају зачетком „европског приватног права."

Важан мотив за доношење прописа о заштити потрошача је економски развој и регулисање тржишта. Правни послови које потрошачи закључују су појединачно мале вредности, али у збиру представљају значајну вредност за друш-

[6] На пример, проширена верзија претходно поменутих Смерница УН која је усвојена 1999. године посебно је мотивисана све већим значајем појма „еколошки одрживе потрошње" и потребом да се допринесе променама у навикама потрошача. У њој се инсистира на афирмацији образаца одрживе потрошње, који неће негативно утицати на животну средину.

[7] De Leyssac, C. L., Parleani, G. *op.cit*. стр. 80.

[8] Види, Jaffe, D. B. и Vaughn, *R. G., South American Consumer Protection Laws*, 1996.

[9] У Македонији је 2004. године усвојен нацрт новог Закона о заштити потрошача.

[10] На пример немачки Грађански законик након модернизације облигационог права извршене 2002. године, садржи и норме о заштити потрошача унете на основу обавеза према ЕЗ.

тво. Осим тога, сами трговци имају користи од прописа којима се уводи ред у трговини, а конкуренти одвраћају од кривотворења робе, преварног рекламирања и других несавесних поступака. Коначно, заштита појединаца у њиховој улози потрошача представља један од важних видова заштите здравља и безбедности становништва, јер је сваки човек током целог свог живота и потрошач.[11]

С обзиром на национални карактер прописа о заштити потрошача, важна улога у одређивању њиховог домашаја у правним пословима са иностраним елементом припада међународном приватном праву. Значај правила међународног приватног права у овом домену проистиче из чињенице да глобализација и Интернет доносе једну нову појаву – директно уговарање између потрошача из једне и професионалног трговца из друге земље. У таквој ситуацији, када не постоји међународно судство за спорове између потрошача и трговаца нити унификовано међународно право заштите потрошача, питање који национални суд је надлежан и који закон о заштити потрошача се примењује добија на значају. Поједини национални закони о међународном приватом праву стога садрже посебне колизионе норме и норме о међународној надлежности намењене заштити потрошача.[12] У уговорима са потрошачима уобичајена правила за одређивање меродавног права и надлежности за уговоре нису погодна. Уместо примене права аутономије воље и права продавца, предност се даје примени права државе у којој потрошач има редовно боравиште. Надлежност се такође одређује према пребивалишту, односно редовном боравишту потрошача. Такво регулисање меродавног права и надлежности обезбеђује да се остваре циљеви државе ради којих су донети императивни прописи о заштити потрошача. Када је у питању одштетно право, посебан значај за заштиту потрошача има одређивање меродавног права и надлежности у споровима који настају из одговорности произвођача за штету изазвану производима који имају недостатке.

2. Заштита потрошача у праву Европске заједнице

а. Уопште о заштити потрошача у праву Европске заједнице

Право заштите потрошача у Европској заједници развило се као нуспродукт формирања унутрашњег тржишта.[13] Уклањањем препрека трговини између држава чланица подстиче се конкуренција и проширује дијапазон различитих роба и услуга које стоје на располагању потрошачу, и тиме потврђује и јача ње-

[11] V. J. Vilus, *op.cit*., , Београд 1996., стр. 3.

[12] На пример, швајцарски Закон о међународном приватном праву (1987), чланови 114, 120 и 149. и словеначки Закон о међународном приватном праву и поступку (1999) чл. 22. и 52.

[13] Т. Ћапета, „Заштита потрошача – правни аспекти", Прилагодбе политикама унутарњег тржишта ЕЗ, очекивани учинци, Загреб 2002,, стр. 234.

гово право избора. Велико и јединствено тржиште је већ само по себи један вид заштите интереса потрошача.[14]

Национални закони и други прописи о заштити потрошача која су се, као што смо видели, постепено развили након Другог светског рата, представљају једну од препрека за трговину унутар Европе, јер се разликују од државе до државе.[15] Трговац који жели да послује на територији више држава чланица мора да се прилагоди различитим режимима рекламирања, информисања, пословне праксе, забране одређених уговорних одредаба и одговорности који важе на тим различитим територијама. У Европског заједници важи правило да су национална правна правила којима се ограничава слобода кретања роба или услуга у начелу супротна члановима 28. и 49. (раније чланови 30. и 59.) Уговора о оснивању ЕЗ, осим ако се не могу оправдати неким легитимним разлозима, односно јавним интересом. Међутим, кроз судску праксу Европског суда, заштита потрошача је призната као један од оправданих и легитимних интереса за доношење ограничавајућих прописа. Национални пропис усмерен на заштиту потрошача који отежава трговину производом (или услугом) пореклом из друге државе чланице биће у складу са овим члановима, под условом да је пропорционалан (тј. да не ограничава промет страним производом у већој мери него што је то нужно да се постигне жељени циљ).[16] Током претходних деценија, многе националне мере усмерене на заштиту потрошача које нису могле да испуне тај услов биле су укинуте од стране Европског суда;[17] међутим, већина је опстала[18] и својом различитошћу ометала и успоравала слободан проток робе и услуга. То нам показује да су, парадоксално, трговци били ти који су имали највише интереса да се развије право заштите потрошача на комунитарном нивоу.[19] У таквој ситуацији, решење је нађено у хармонизацији правила на европском нивоу. Она је представљала најбољи начин да се осигура слободно кретање роба и услуга на целом подручју унутрашњег тржишта, правилима која ће штитити потрошаче, али на једнак начин у свим чланицама ЕЗ-а.[20] Тако су у Европској заједници, претежно помоћу упутстава, створене норме које уједначавају националне прописе у области заштите потрошача (тзв. мере позитивне интеграције).

[14] Weatherill, S., *EC Consumer Law and Policy*, London and New York, 1997, стр. 36.

[15] Herre, J., Hondius, E., Alpa,G., *The Notions of Consumer and Professional and Some Related Questions*, стр. 3. http://www.sgecc.net/media/download/consumers_and_professionals.pdf

[16] Ћапета, Т., *op.cit*. стр. 234.

[17] Види на пример случајеве Cassis de Dijon ECJ C-120/78 и Yves Rocher ECJ C-126/91.

[18] Види на пример случајеве Aragonesa de Publicidad Exterior, ECJ Joined Cases C-1/90 и 176/90 и Keck, ECJ Joined Cases C-267/91 и 268/91.

[19] Сличан процес одвијао се на територији САД крајем деветнаестог века. Доношењу савезног закона о храни и лековима (1906) претходио је политички покрет за чисту храну на чијем челу су стајали представници индустрије хране, којима је сметао расцепкан правни режим трговине по државама чланицама САД. По речима једног представника индустрије паковања „Сада ствари стоје тако да морамо различито да производимо за сваку државу."

[20] Ћапета, Т., *op.cit*. стр. 234 .

Садашњи Уговор о оснивању Европске заједнице садржи правни основ за такве мере на унутрашњем тржишту: то је члан 153 (раније 129а). Међутим, у првобитној верзији Уговора о оснивању од 1957. године није уопште било изричите одредбе о надлежности Заједнице за доношење прописа у области заштите потрошача. Политика заштите потрошача први пут се помиње као питање које треба регулисати тек средином 70-тих, после одлуке донете на Самиту шефова држава и влада држава чланица одржаном у Паризу 1972. године, којом је дат мандат органима Заједнице да у овој области предузму одређене мере. На основу одлука донетих на Париском самиту, Резолуцијом савета од 14. априла 1975. године, усвојен је Прелиминарни програм Европске економске заједнице о политици заштите и информисања потрошача[21]. Прелиминарни програм је изложио стратегију везану за питање заштите интереса потрошача, кроз пет основних права, која су касније постала основа за утврђивање законодавства ЕЗ и за укупну политику у овој области. Радило се о следећим правима:

– праву на заштиту здравља и сигурности потрошача;

– праву на заштиту економских интереса потрошача;

– праву на правну заштиту;

– праву на информисаност и образовање; и

– праву на представљање;

Прве мере за заштиту потрошача донете су на основу члана 100, који је давао надлежност Заједници да доноси мере за уједначавање законодавства држава чланица којим се директно утиче на успостављање или функционисање заједничког тржишта. Одлуке на основу тог члана морале су се доносити једногласно.[22] Након ступања на снагу Јединственог европског акта (1987), као основа за доношење мера послужио је нови члан 100А који је омогућавао доношење одлука квалификованом већином.[23] Донет је низ парцијалних мера које су имале за циљ да се отклоне различитости у националним прописима о заштити потрошача по појединим питањима која су се показала нарочито битна за развијање унутрашњег тржишта. Уговором из Мастрихта, који је ступио на снагу 1993. године уведена је нова глава XI о заштити потрошача (члан 129а), а убрзо, 1995. године, у оквиру Комисије је основана генерална дирекција за политку заштите потрошача. Створени су услови да се заштита потрошача почне развијати као засебна политика Европске заједнице. Од тог момента, доношење правно обавезујућих мера на подручју заштите потрошача више не мора бити везано за остварење унутрашњег тржишта. Уговор из Амстердама који је ступио на

[21] O. J. C 92, 25.04.1975.

[22] Тако су нпр. донети Упутство бр. 84/450 о заваравајућем оглашавању, Упутство бр. 85/374 о одговорности за производе са недостатком, Упутство бр. 85/577 о уговорима склопљеним ван пословних просторија и Упутство бр. 87/102 о потрошачким кредитима.

[23] На основу овог члана су донети нпр. Упутство бр. 90/314 о пакет аранжманима, Упутство бр. 92/59 о општој сигурности производа, Упутство бр. 92/13 о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима, Упутство бр. 94/47 о тајм-шерингу, Упутство бр. 97/7 о заштити потрошача у дистанционим уговорима, Упутство бр. 98/27 о привременим мерама за заштиту потрошачких интереса, те Упутство бр. 1999/44 о неким аспектима продаје потрошачке робе и гаранцијама за робу.

снагу маја 1999. године, унео је одређене измене у члан 129а (сада члан 153),[24] којима се даје надлежност Заједници да усваја мере које помажу и допуњавају политику заштите потрошача коју спроводе државе чланице. Надлежност за регулисање материје заштите потрошача подељена је између ЕЗ-а и њених држава чланица. Доношење прописа на нивоу Заједнице у подручјима подељене надлежности условљено је применом начела супсидијарности и пропорционалности, која захтевају доношење правно-обавезујућих норми на што је могуће нижем нивоу, те уз најмања могућа ограничења, која ипак омогућавају да се постигне жељени циљ регулисања.[25]

Због релативно касног успостављања законодавне надлежности у овој области, већина прописа ЕЗ који се односе на заштиту потрошача су новијег датума. Поједине одредбе се налазе и у актима, који немају као непосредан циљ заштиту потрошача (као добар пример можемо узети Упутство о електронској трговини које обухвата одређене аспекте рекламирања и маркетинга од стране даваоца услуга у информационом друштву који су од значаја за потрошаче, као и одредбе о закључивању уговора са потрошачем електронским средствима комуникације, али регулише и друга питања која се не тичу заштите потрошача).[26] Текстови прописа о заштити потрошача могу се наћи у бази података EUR-LEX[27] у рубрици Заштита околине и потрошача (*Environment and Consumer protection*), где су подељени на четири поднаслова: Општи прописи (*General*), Информисање, образовање и представљање потрошача (*Consumer Information, Education And Representation*), Заштита здравља и сигурности (*Protection of Health and Safety*), Заштита економских интереса (*Protection of Economics Interests*).

Према Зеленој књизи о заштити потрошача у Европској унији коју је Комисија усвојила 2. октобра 2001. године,[28] упутства у области заштите потрошача спадају у две основне категорије:

---

[24] Члан 153. у преводу на српски гласи:
„НАСЛОВ XIV (бивши НАСЛОВ XI)
ЗАШТИТА ПОТРОШАЧА
Члан 153 (бивши члан 129А)
1. У циљу унапређења интереса потрошача и ради обезбеђења високог степена заштите потрошача, Заједница учествује у заштити здравља, безбедности и економских интереса потрошача као и у унапређивању њиховог права на информисање, образовање и организовање ради одбране својих интереса.
2. Одредбе у погледу заштите потрошача се узимају у обзир у оквиру припреме и примене осталих политика и активности Заједнице.
3. Заједница учествује у реализацији циљева предвиђених тачком 1. путем:
а) мера које усваја на основу члана 95. у оквиру реализације унутрашњег тржишта;
б) мера подршке, комплетирања и надгледања политика које воде државе чланице.
4. Савет, одлучујући према процедури из члана 251. и након консултовања Економског и социјалног комитета, усваја мере на које се односи тачка 3, под б).
5. Мере предвиђене у складу са тачком 4. не могу да спрече државу чланицу да задржи или утврди строжије мере заштите. Ове мере треба да буду у складу са овим Уговором. Оне се саопштавају Комисији."

[25] Т. Ћапета, *op.cit*. стр. 235.

[26] Упутство бр. 2000/31/ЕС од 8. јуна 2000. године о неким правним аспектима услуга информационог друштва, а нарочито о електронској трговини на унутрашњем тржишту, O.J. L 178/1.

[27] http://europa.eu.int/eur-lex/en/

[28] *Green Paper on European Union Consumer Protection* (COM(2001)531 final), од 2. октобра 2001. године стр. 4.

1. Упутства која садрже општа правила која се примењују на све потрошачке уговоре, као што су на пример:

– Упутство о заваравајућем оглашавању (1984, 1997),
– Упутство о истицању цене на производима намењеним потрошачима (1998),
– Упутство о одредбама потрошачких уговора које су противне савесности и поштењу (1993) итд.

2. Упутства која се односе на поједине производе (секторе) и на посебне методе продаје, као што су:

– Упутство о прехрамбеним додацима (2002),
– Упутство о козметици (1976) – са више амандмана,
– Упутство о називима текстила (1996) – са више амандмана,
– Упутство о рекламирању медицинских производа за људску употребу (1992),
– Упутство о безбедности играчака (1988) итд.

3. Томе треба додати и трећу категорију која је тек у настајању – прописи који се односе на судско и вансудско остваривање правне заштите. У тој групи, Комисија наводи само Упуство о привременим мерама из 1998. године, а у међувремену је донета и Уредба о надлежности и извршењу пресуда из 2001. која садржи одредбе о надлежности у споровима који проистичу из потрошачких трансакција.

Мада су прописи ЕЗ о заштити потрошача многобројни, а неки од њих представљају веома обимне акте, који имају и по стотину страница, они „ипак не чине заокружени систем заштите потрошача".[29] То значи да још увек нема оквирног Закона о заштити потрошача на нивоу ЕЗ. Осим тога, упутства која су донета у овој области, по правилу, представљају тзв. минималне мере хармонизације, којима се државама чланицама даје право да усвоје или задрже правила која су строжа од оних садржаних у упутству или су повољнија за потрошаче, под условом да се тиме не спречава слободно кретање роба и услуга на унутрашњем тржишту. Управо због тога „европско" право заштите потрошача није заокружена целина, већ функционише само у садејству са националним правима заштите потрошача. Из свега тога проистиче одређена сложеност правног режима заштите потрошача у ЕЗ који, може се слободно рећи, не разумеју у потпуности ни професионалци, ни сами потрошачи. Као што смо рекли, Комисија је 2001. године усвојила Зелену књигу о заштити потрошача у Европској унији, којом је покренула јавну расправу о томе да ли право потрошача у ЕЗ-у треба и даље развијати као скуп појединачних мера по посебним питањима (тзв. *specific approach)* или би било боље усвојити једно оквирно упутство у којем би се установило опште начело о забрани непоштене пословне праксе,

[29] Ћапета, Т., *op.cit*. стр. 236.

које би било допуњено посебним решењима за поједине ситуације (тзв. *mixed approach*).[30]

Даља карактеристика прописа о заштити потрошача на нивоу ЕЗ, која се истиче и у поменутој Зеленој књизи, јесте одређена неспособност европског законодавца да прати развој тржишне праксе.[31] Овај недостатак је последица великог временског размака који постоји између предлагања једне законодавне мере на нивоу Европске заједнице и њене имплементације у националном законодавству. Пример за то су упутства о заштити потрошача у уговорима о дистанционој продаји чија су решења делом већ превазиђена због даљег развоја технологије (на пример, захтев да се потрошачу пруже потпуне информације у трајном облику који постоји на основу првог упутства, може се лако задовољити ако је реч о продаји путем обичне или електронске поште, али он кочи развој дистанционе продаје путем мобилних телефона, који сада постаје актуелан). Слично се може рећи и за упутство о тајмшерингу – продавци тајм-шеринга су у међувремену, од доношења овог упутства, пронашли начине да заобиђу његову примену, на пример, тако што у уговорима предвиђају рок важења краћи од три године, или као временску јединицу која се купује уговарају период краћи од 7 дана. Наиме, упутство се на основу својих одредаба о пољу примене не примењује на уговоре који су закључени на рок краћи од три године и којима се уговара закуп временских јединица краћих од 7 дана.

Све то значи да једноставно уношење европских норми у наше законодавство не може довести до доброг и кохерентног решења. Потрошачи се не могу на задовољавајући начин заштитити ослањањем искључиво на до сада усвојене норме на нивоу Заједнице, већ треба градити сопствени национални систем заштите потрошача, при чему се можемо угледати на неку од држава чланица која има правни систем близак нашем или усваја модерна решења (на пример, Словенија, Аустрија, Чешка, Шведска). Све ове државе су у своје право уградиле решења из европских прописа. Наравно, и наша држава ће, када буде потписала са Европском заједницом Споразум о придруживању и стабилизацији, бити обавезна да постепено прихвати све норме усвојене на том подручју на нивоу Европске заједнице како би испунила своју обавезу усклађивања права.[32]

б. Стварање грађанског права Европске заједнице кроз заштиту потрошача

Грађанско право ЕЗ још не постоји као систем, оно је тек у повоју. Као што смо видели, први прописи донети у овој области на нивоу ЕЗ тичу се

[30] *Green paper on European Union Consumer Protection*. В. такође, Antoniolli, L., *Consumer Protection, Fair Dealing in Marketing Contracts and European Contract Law – A Uniform Law? The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices, Contract, Consumer and Competition Law Implications*, ed. Collins, H., Kluwer Law International, 2004.

[31] Green paper, *on European Union Consumer Protection,* стр. 5.

[32] Ћапета, Т., *op.cit*. стр. 236.

управо заштите потрошача. Поделићемо их на две категорије – прописе донете у области уговорног права и прописе у области одштетног права.[33]

Уговорно право – У уговорно право Евопске заједнице спадају следећа упуства:

- Упутство о дистанционој продаји финансијских услуга потрошачима бр. 02/65,
- Упутство о електронској трговини, бр. 2000/31/ЕС,
- Упутство о неким аспектима продаје потрошачке робе и гаранцијама за робу, бр. 1999/44/ЕС,
- Упутство о заштити потрошача истицањем цена на производима који се нуде потрошачима, бр. 98/6/ЕС,
- Упутство о заваравајућем оглашавању које обухвата и упоредно оглашавање, бр. 97/55/ЕС,
- Упутство о заштити потрошача у погледу дистанционих уговора, бр. 97/7/ЕС,
- Упутство о заштити купаца од одређених одредаба уговора који се односе на куповину временски ограниченог права коришћења некретнина – тајмшеринг, бр. 94/47/ЕС,
- Упутство о пакет аранжманима за путовања, одмор и туристички обилазак, бр. 93/314/*ЕЕС*, 1990,
- Упутство о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима, бр. 93/13/ЕЕС,
- Упутство о оглашавању медицинских производа за људску употребу, бр. 92/28/ЕЕС,
- Упутство о уједначавању норми које се односе на потрошачки кредит, бр. 87/102/ЕЕС,
- Упутство о заштити потрошача у уговорима закљученим ван пословних просторија, бр. 85/577/ЕЕС,

Општа је карактеристика ових упутстава да су инспирисана тежњом да се заштити потрошач као слабија уговорна страна. Највећи број одредаба посвећен је обавези професионалца, односно професионалног трговца, као јаче стране у уговору да подробно обавести другу уговорну страну о њеним правима, о условима уговора и карактеристикама робе или услуге. Такође, често се у овим упутствима сусрећу одредбе које потрошачу дају право да опозове уговор у одређеном кратком року након закључења уговора, а да истовремено не буде одговоран за накнаду штете. То право предвиђено је, на пример, код уговора који су закључени на специфичан начин – између физички удаљених лица путем средстава комуникације (уговори закључени „на даљину" или „дистанциони уговори") или ван пословних просторија продавца, као и код одређених врста уговора код којих потрошач може лако да буде обманут од стране продавца, као што су уговори о тајм-шерингу. Поједина упутства баве се и

[33] В. такође Magnus, U., *European Law of Obligations*: *regulations and directives*, München, 2002.

садржином конкретног уговора – на пример, Упутство о непоштеним одредбама у уговорима са потрошачима, те Упутство о гаранцијама за робу код потрошачке купопродаје. У даљем тексту ћемо се укратко осврнути на садржину ова два, свакако најважнија упуства у домену уговорног права.

Сва упутства на почетку садрже низ клаузула којима ограничавају своје поље примене и, по правилу, предвиђају минималну хармонизацију права. То значи да Заједница прописује минималне стандарде, а национални законодавци приликом имплементације упутства у сопственом законодавству, могу да уведу и строже одредбе, којима се пружа већа заштита потрошачима од оне прописане у упутству.

Упутство о непоштеним одредбама у уговорима са потрошачима[34] примењује се на оне одредбе уговора закљученог између потрошача и продавца, односно даваоца услуге, које нису биле предмет посебних преговора. Посебно се мисли на одредбе које су саставни део претходно припремљених формуларних уговора. Одредба је непоштена уколико, противно начелу савесности и поштења, успоставља значајну неравнотежу у правима и обавезама уговорних страна, на штету потрошача.[35] У прилогу Упуства дат је оријентациони списак одредаба које би се могле сматрати непоштеним. Уговорне одредбе за које се тврди да су непоштене оцењују се узимајући у обзир природу робе, односно, услуга које су предмет уговора, околности у којима је уговор састављен и остале одредбе тог уговора или другог уговора од којег тај уговор зависи. Међутим, не може се оцењивати са овог становишта ни одређивање главног предмета уговора, нити адекватност цене робе, односно накнаде за извршене услуге, под условом да су одредбе о томе састављене на јасном и разумљивом језику.[36]

Опште је правило, да одредбе уговора са потрошачем који се закључује у писменој форми морају бити састављене на јасном и разумљивом језику. Ако се појави сумња у погледу значења одређене одредбе, превагу има тумачење које је најповољније за потрошача.[37]

Државе чланице имају обавезу да у свом националном праву предвиде да одредбе уговора које су оцењене као непоштене, не обавезују потрошача, а да сам уговор остаје на снази и без тих одредаба, уколико је то могуће.[38]

Додатни начин елиминисања непоштених клаузула предвиђен је чланом 7. који обавезује државе чланице да предвиде ефикасна средства којима ће се спречити континуирано коришење непоштених услова у уговорима између професионалних трговаца и потрошача, а у та средства посебно се убраја право лица и организација које се баве заштитом потрошача да покрену поступак пред надлежним судом или управним органом који може да донесе одлуку о

[34] Упутство Савета о непоштеним одредбама у уговорима са потрошачима бр. 93/13/ЕЕС од 5. априла 1993. године, О. J. L. 095 од 23. априла 1993. године стр. 29.

[35] Члан 3. Упутства.

[36] Члан 4. став 2. Упутства.

[37] Члан 5. Упутства.

[38] Члан 6. став 1. Упутства.

томе да су општи услови уговора намењени за општу употребу, непоштени. Такав поступак може се покренути против једног или више продаваца, односно давалаца услуга из истог привредног сектора или против њихових удружења, уколико препоручују или користе исте опште услове пословања или формуларне уговоре.

Списак непоштених уговорних одредаба који је садржан у прилогу упутства треба да послужи националним судовима као помоћно средство за тумачење, а не као обавезујућа норма. У њему је набројано седамнаест одредаба које суд, у зависности од околности случаја, може огласити непоштеним, и сходно томе, ништавим. Оне се могу грубо поделити у три групе – одредбе које су једностране, јер предвиђају неко право само за продавца или даваоца услуге (нпр. право продавца да раскине уговор по својој вољи, ако потрошач исто право нема; право даваоца услуга, да у случају када сам раскине уговор, задржи износе уплаћене за извршење услуга које није пружио; право продавца да једнострано измени одредбе уговора без оправданог разлога наведеног у уговору), одредбе које предвиђају несразмерне обавезе за уговорне стране (нпр. обавеза потрошача који не испуни своју обавезу да плати несразмерно висок износ надокнаде штете), и оне које ускраћују потрошачу неопходне информације (нпр. стварање обавезе за потрошача на основу одредаба са којима није имао могућности да се упозна пре закључења уговора).

Упутство о гаранцијама за робу код потрошачке купопродаје[39] садржи низ одредаба о дужностима професионалног продавца и правима потрошача као купца, којима се суштински утиче на унутрашња облигациона права држава чланица.[40] Потрошачка роба коју испоручује продавац мора бити саобразна уговору о продаји.[41] Упуством се одређује појам потрошачке робе – то је свака телесна покретна ствар, изузев робе која се продаје у извршном поступку или на основу законских овлашћења и изузев воде и гаса уколико нису понуђени на продају у ограниченој количини или запремини (чл. 1. став. 2, тачка б).[42] Сматра се да је потрошачка роба саобразна уговору а) ако одговара опису који је дао продавац и има квалитет робе коју је продавац показао потрошачу као узорак, или б) ако одговара некој посебној намени за коју потрошач жели да је користи, са којом је потрошач упознао продавца у време закључења уговора и коју је продавац прихватио, или ц) ако одговара намени за коју се роба те врсте уобичајено користи; или д) ако показује квалитет и перформансе који су уобичајени код робе исте врсте и које потрошач може разумно да очекује, имајући у виду природу робе и евентуалне јавне изјаве продавца, произвођача или

[39] Упутство Европског парламента и Савета бр. 1999/44/ЕС од 25. маја 1999. године о одређеним аспектима продаје потрошачке робе и гаранцијама за робу. OJ L 171 од 7. јула 1999. године, стр. 12

[40] M. Bianca, S. Grundmann, S. Stijns, *La Directive communautaire sur la vente, Commentaire*, Bruxelles, 2004. предговор.

[41] Члан 2. став 1. Упуства.

[42] Упутство такође садржи дефиниције појмова потрошач, продавац, произвођач, гаранција и поправка (члан 1.).

његовог представника о појединим карактеристикама робе дате приликом рекламирања или стављања етикете на робу.[43] Предвиђени су одређени изузеци, када претходно дате изјаве не обавезују продавца.[44] Недостатак саобразности до којег дође услед неправилне инсталације (уградње) потрошачке робе третира се исто као и сваки други недостатак несаобразности, под условом да је инсталација саставни део уговора о продаји и да ју је извршио продавац или лице за које он одговара.

Продавац одговара за сваки недостатак саобразности који постоји у моменту када је роба предата потрошачу, ако се тај недостатак саобразности покаже у року од две године.[45] Изузетно, продавац не одговара у случају када је у моменту закључења купопродајног уговора потрошач знао или је морао знати за недостатак саобразности.[46] Постоји претпоставка да је сваки недостатак који се покаже у року од шест месеци од испоруке постојао и у моменту испоруке, осим ако странка поднесе доказ о супротном или ако ова претпоставка није сагласна са природом робе или са природом недостатка саобразности.[47] Када је у питању половна роба државе уговорнице могу предвидети могућност да се продавац и потрошач споразумеју о краћем року у којем продавац одговара за несаобразност робе, али тај рок не може бити краћи од годину дана.[48]

Упутство даље уређује права потрошача у случају куповине производа са недостатком и услове под којима потрошач може вршити та права. Државе уговорнице могу да предвиде да потрошач уколико жели да користи своја права, мора обавестити продавца о недостатку саобразности у року од два месеца од датума када је открио тај недостатак. Након што обавести продавца о несаобразности, потрошач има право да захтева да се роба поправи или бесплатно замени у разумном року и без посебних непогодности за њега.[49] Ако није могуће извршити поправку или замену или ако би то било несразмерно скупо, или ако је продавац пропустио да исправи недостатак саобразности у разумном року и без посебних непогодности за потрошача, потрошач може захтевати одговарајуће смањење цене.[50] Ако није реч о незнатном недостатку саобразности, купац алтернативно може захтевати да се уговор раскине.[51]

Када за недостатак саобразности одговара последњи продавац у ланцу продаје, он има право да користи правна средства против стварно одговорног лица, која су предвиђена у националним правима. Услов за то је да је недостатак саобраз-

[43] Члан 2. став 2. Упутства. У овом члану се јасно осећа утицај члана 35. Конвенције о међународној продаји робе

[44] У члану 2. ст. 4. Упутства.

[45] Члан 5. став 1. Упутства.

[46] Члан 2. став 3. Упутства.

[47] Члан 5. став 3. Упутства.

[48] Члан 7. став 2. Упутства.

[49] Члан 3. став 2. Упутства

[50] Члан 3. став 5. Упутства.

[51] Члан 3. став 6. Упутства.

ности последица чињења или нечињења произвођача, претходног продаваца у ланцу продаје или неког другог претходника који је посредовао у продаји.[52]

Одредбе о гаранцији садржане су у члану 6. Гаранција је, према дефиницији садржаној у Упутству (члан 1.), свака изјава дата без посебне надокнаде, којом продавац или произвођач преузима обавезу према потрошачу, да ће вратити примљену цену или заменити, поправити или преузети потрошачку робу на било који начин, уколико роба не одговара спецификацијама које су наведене у изјави о гаранцији или у реклами за ту робу. Гаранција обавезује под оним условима који су у њој наведени, или који су наведени у реклами за продату робу.[53] У њој се пре свега наводи да потрошач има законска права на основу меродавног националног права које се примењује на купопродају и да сама гаранција не утиче на та права, а затим се јасним језиком излаже садржина гаранције и битни подаци који су неопходни за подношење захтева на основу гаранције, као што су трајање и територија коју покрива, име и адреса даваоца гаранције.[54] На захтев потрошача гаранција мора бити дата у писменој форми или у неком другом трајном облику. Пуноважна је и гаранција која није у складу са захтевима упутства и потрошач може тражити да та гаранција буде испуњена.[55] Државе уговорнице могу на својој територији на којој се роба продаје предвидети да гаранција мора бити састављена на једном од службених језика Заједнице, односно на више таквих језика.

Потрошача не обавезују уговорне одредбе или споразуми којима се он одрекао својих права на основу овог упутства или их је ограничио.[56]

Појам потрошача и потрошачког уговора — Посебан правни режим за правне послове између потрошача и професионалца ствара потребу да се одреди појам „потрошачког" уговора. Својство „потрошача" може се одређивати на основу природе субјекта и врсте потреба које он задовољава правним послом, или на основу критеријума да ли закључење датог правног посла спада у обављање пословне делатности или професије датог субјекта. У првом случају, потрошач се обично дефинише као физичко лице које правним послом задовољава своје личне и породичне потребе, а у другом случају, појам потрошача је шири и под њега се могу подвести и правна лица, ако ступају у правне послове за које нису стручна и којима се не баве редовно. Тако на пример, у другом случају, осигуравајуће друштво које набавља клима уређаје за своје канцеларије могло би да се сматра потрошачем у поменутом правном послу. Упутства ЕЗ обично садрже дефиницију појма „потрошач". На пример, упутство о уговорима закљученим ван пословних просторија (упутство о кућној продаји), одређује потрошача као „физичко лице… које делује са циљем за који се не може сматрати

[52] Члан 4. Упутства.

[53] Члан 6. став 2. Упутства.

[54] Члан 6. ставови 2. и 3. Упутства.

[55] Члан 6. став 5. Упутства.

[56] Члан 7. став 1. Упутства.

да спада у обављање његове делатности или професије (чл. 2).[57] У Упутству о одредбама у потрошачким уговорима које су противне савесности и поштењу, потрошач је дефинисан као „физичко лице које, делује са циљем који не спада у обављање његове делатности, пословања или професије (чл. 2 (б)).[58] Упутство о тајм-шерингу дефинише „потрошача" као лице које „делује у правним пословима са циљем за који се може сматрати да се налази изван делатности коју то лице обавља у професионалном својству (чл. 2). Упутство о истицању цена дефинише потрошача као „физичко лице које купује производ за сврху која не спада у његову трговачку или професионалну делатност. (члан 2(е)). Из наведених дефиниција проистиче да на основу упустава ЕЗ:

– заштита ограничава на физичка лица и
– да сврха трансакције треба да буде лична потрошња и задовољавање личних и породичних потреба, а не обављање пословне, трговачке или професионалне делатности.

Међутим, у неким од земаља чланица судска пракса понекад признаје заштиту и другим субјектима осим физичких лица (нпр. малим предузећима, или непрофитним организацијама, који набављају робу којом иначе не тргују, односно закључују правне послове који не спадају у њихову главну делатност; често ова правна лица, као ни физичка лица, немају потребну стручност и знање при закључењу правног посла и такође им је потребна заштита).

Непосредна сврха због које једна страна улази у трансакцију мора бити задовољење личних или породичних потреба или потреба домаћинства, а не обављање професионалне делатности. Члан 5. Римске конвенције о закону који се примењује на уговорне обавезе примењује се на уговоре „чији је предмет испорука робе или пружање услуга неком лицу („потрошачу") које тиме остварује циљеве за које се не може сматрати да спадају у његову делатност или професију, и на уговоре о кредиту којим се финансирају такви уговори. Битан елемент ове дефиниције је свест, односно сазнање професионалца да је друга страна – потрошач – склопила уговор имајући у виду такву сврху. То значи да сврха трансакције мора бити очигледна за ону страну која закључује уговор у оквиру своје делатности, да би се применила правила о заштити потрошача. Овај услов се поставља и у члану 2 (а) Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе. Наиме, овај члан предвиђа да се Конвенција не примењује на купопродаје робе „купљене за личне и породичне потребе и за потребе домаћинства, осим ако продавац, у време закључења уговора није знао нити је морао знати да је роба купљена за такве потребе." Дакле, ако је продавац био савестан и оправдано веровао да друга страна такође закључује правни посао у професионалном својству Конвенција се примењује, без обзира што је друга страна купљеном робом намеравала да задовољи личне потребе.

[57] Исту дефиницију налазимо и у чл. 1 ст. 2 Упуства о потрошачком кредиту.

[58] Исту дефиницију садржи чл. 2. ст. 2 Упутства о дистанционим уговорима и чл. 1 ст. 2(а) Упутства о неким аспектима продаје потрошачке робе и гаранцијама за робу (упутство о потрошачкој купопродаји).

Друга страна у потрошачкој трансакцији назива се разним именима. У упутствома ЕЗ наилазимо на назив „продавац"[59], али и на називе „трговац"[60] и „испоручилац"[61] Према Упутству о уговорима закљученим ван пословних просторија, трговац је физичко и правно лице које у датој трансакцији делује у свом трговачком или професионалном својству, као и свако ко делује у име или за рачун таквог лица (чл. 2).[62] У Упутству о истицању цена, налазимо дефиницију према којој је трговац лице које продаје или нуди на продају производе који спадају у његову трговачку или професионалну делатност (чл. 2 (д).[63] У упутству о потрошачком кредиту, професионалац је лице које даје кредит у оквиру своје делатности, пословања или професије. У упутству о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима, продавац, односно испоручилац је лице које делује у циљу који је у вези са његовом делатношћу, пословањем, или професијом, без обзира да ли је у приватној или јавној својини (чл. 2 (ц).

Одштетно право – У области вануговорне одговорности за штету донети су у ЕЗ следећи прописи:

- Упутство о одговорности за прозводе са недостатком, бр. 85/374/ЕЕС,
- Упутство о општој сигурности производа, бр. 92/59/ ЕЕС и
- Упутство о одговорности авио превозника у случају несреће, бр. 2027/ 97/ ЕС.

Упутство о одговорности за производе са недостатком донето још 1985. године, представљало је први значајнији искорак европског законодавца у област приватног права, односно први корак ка „европеизацији" грађанског права држава чланица. Према овом упутству, произвођач одговара за штету проузроковану недостацима свога производа. Његова одговорност је објективна (без обзира на кривицу). Међутим, произвођач се може ослободити одговорности ако докаже да ниво научног и техничког знања у време када је ставио производ у промет није омогућавао откривање недостатка.[64] Увозник се у погледу одговорности изједначава са произвођачем. За штету одговара и испоручилац (продавац) уколико се произвођач, односно увозник, не може идентификовати. Сматра се да производ има недостатак ако не пружа ону сигурност коју једно лице има право да очекује, узимајући у обзир све околности, а нарочито презентацију производа, намену за коју се могло очекивати да ће производ бити

[59] Упутство о тајм-шерингу, Упутство о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима, Упутство о потрошачкој купопродаји.

[60] Упутство о уговорима закљученим ван пословних просторија и Упутство о истицању цена.

[61] Упутство о непоштеним одредбама у потрошачким уговорима и Упутство о дистанционоим уговорима.

[62] Слично томе, у Упутству о дистанционим уговорима, испоручилац је лице које делује у свом трговачком или професионалном својству (чл. 2 ст. 3).

[63] Слично томе, у Упутству о потрошачкој купопродаји, то је лице које продаје потрошачку робу у оквиру своје делатности, пословања или професије.

[64] Државама чланицама је остављена могућност да ову одредбу изоставе приликом имплементације, тј. да предвиде одговорност произвођача и у овом случају, слично као што код међународних уговора постоји могућност стављања резерви.

коришћен, и време када је производ стављен у промет. Штета, на основу овог упутства, обухвата штету изазвану смрћу или телесном повредом, и штету на имовини изузимајући сам производ са недостатком. Прописани су и рокови застарелости – релативни рок износи 3 године, а апсолутни рок застарелости 10 година. Упутство је измењено 1999. године (Упутством бр. 99/32). Измене се тичу дефиниције производа – док је ранија верзија искључивала из свог домена примене примарне пољопривредне производе и дивљач, сада Упутство обухвата и одговорност произвођача за ову врсту производа.

Раније је постојао, такође, нацрт за доношење Упутства о одговорности за пружање услуга са недостатком, али га је Комисија повукла 1994. године, након што је постало јасно да не постоје шансе да тај нацрт буде усвојен.[65]

г. Заштита потрошача у међународном приватном праву Европске заједнице

Колизионоправна заштита. – Главни извор колизионих норми за уговоре у државама чланицама ЕЗ, поред националних закона, јесте Римска конвенција о закону који се примењује на уговорне обавезе (1980).[66] Ова конвенција у члану 5. садржи посебна правила која се тичу меродавног права за уговоре са потрошачима.[67]

Одредбе које се односе на потрошаче садрже одступања од општег правила да уговорне стране могу изабрати меродавно право за свој уговор (члан 3.) и да се у недостатку избора на уговор примењује право које је у најближој вези са уговором, с тим да се претпоставља да је то право редовног боравишта стране која треба да испуни карактеристичну обавезу из уговора (члан 4). Уговорне стране у потрошачком уговору,[68] додуше, могу изабрати меродавно право, али не могу тим избором лишити потрошача заштите коју му пружају императивне норме које важе у земљи његовог редовног боравишта. Ако уговорне стране нису изабрале меродавно право, примењује се право потрошача, односно, право земље у којој он има редовно боравиште.

У припреми је уредба Европске заједнице о меродавном праву за вануговорне обавезе[69] у оквиру које су, поред општег решења, предвиђене и посебне

[65] Weatherill, S., *op.cit*., London and New York, 1997, стр. 101.

[66] Од 19. јуна 1980. године бр. O.J. L. 266. Ступила је на снагу у међународном смислу 1. априла 1991. године и на снази је у свим државама чланицама Уније. Превод конвенције на српски објављен је у часопису Ревија за европско право бр. 2-3/2000 стр. 119. Види уопште о конвенцији: Станивуковић, М., Уз превод Римске конвенције о закону који се примењује на уговорне обавезе, Ревија за европско право бр. 1/2000, стр. 89-103.

[67] Опширније на ову тему види Станивуковић, М., „Уговори са потрошачима са иностраним елементом", Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. XXXVII, 3, (2003), Нови Сад, 2004, стр. 189 – 211.

[68] Ове одредбе односе се само на одређене потрошачке уговоре који испуњавају карактеристике прописане Конвенцијом.

[69] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations* („Rome II") COM(2003) 427 final Brussels, 22.7.2003.

колизионе норме за одређивање меродавног права за одговорност за производе (чл. 4) и за нелојалну конкуренцију (чл. 5).

За разлику од опште колизионе норме за вануговорну одговорност за штету, која предвиђа примену права места настанка штете (чл. 3. ст. 1), посебна норма која се односи на одговорност за производе одређује као меродавно право државе у којој лице које је претрпело штету има редовно боравиште. Уколико је оштећени потрошач, ова норма водиће примени права земље у којој он живи. Одговорно лице (штетник) може, међутим, доказивати да је производ стављен у промет (*marketed*) у датој држави без његовог пристанка и ако успе то да докаже, примењује се право његовог редовног боравишта.[70] За примену овог правила није од значаја где је производ купљен – на територији државе у којој оштећени има редовно боравиште или у некој другој држави – примењује се право редовног боравишта оштећеног иако је производ купљен у иностранству, под условом да се продаје у тој држави уз сагласност одговорног лица. У противном, примењује се право редовног боравишта штетника. Ако штетник и оштећени имају редовно боравиште у истој држави примењује се право те државе (општи изузетак од меродавног права предвиђен у члану 3. ст. 2.). Такође, ако постоји ближа веза вануговорне обавезе са неким другим правом, може се одступити од решења предвиђеног у члану 4 у корист тог права (клаузула одступања, предвиђена у члану 3. ст. 3). Ближа веза вануговорне обавезе са другим правом може да буде заснована на ранијем правном односу између странака, као што је уговор који је тесно повезан са вануговорном обавезом. С обзиром да су пет држава чланица ЕЗ од раније уговорнице Хашке конвенцију о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе (1973)[71] уредбом је дата предност у примени свим конвенцијама које су већ на снази у државама чланицама, а односе се на одређивање меродавног права за вануговорне обавезе (чл. 25).

Друга посебна колизиона норма предвиђена предложеном уредбом односи се на нелојалну конкуренцију (чл. 5). За вануговорне обавезе које проистичу из аката којим се нарушава конкуренција меродавно је право државе у којој су односи конкуренције или колективни интереси потрошача директно и значајно нарушени или могу бити нарушени, предузимањем ових аката. Одступања у корист права заједничког редовног боравишта штетника и оштећеника или другог права које се налази у ближој вези са вануговорном обавезом на основу члана 3. ст. 2. и ст. 3. важе у случају када акти којима се нарушава конкуренција погађају искључиво интересе појединачног учесника на тржишту, као што су акти индустријске шпијунаже, одавања пословне тајне и слично.

[70] Ако је штетник правно лице, што ће најчешће бити случај, примењују се одредбе члана 19. којима се редовно боравиште правног лица одређује као место где се налази његова главна пословна јединица (главни пословни настан), а ако је штета настала као последица пословања филијале, пословнице или друге пословне јединице тог правног лица као редовно боравиште узима се место где се налази та друга пословна јединица.

[71] То су: Луксембург, Шпанија, Холандија, Финска и Француска.

Заштита у домену међународне надлежности. – Норме о надлежности у споровима са иностраним елементом налазе се у Бриселској конвенцији о надлежности и извршењу одлука у грађанској и привредној материји од 27. септембра 1968. године (чланови 13-15),[72] чије су норме 2000. године преточене у уредбу ЕЗ[73], тако да је Бриселска конвенција остала на снази само у односима између Данске и осталих држава чланица.[74] У Бриселској уредби су извршене одређене измене које се, између осталог, односе на чланове који уређују посебну надлежност за спорове из уговора са потрошачима (чл. 15-17).

Примена чланова 15-17. ограничена је само на одређене уговоре закључене са потрошачима. То су

а) уговори о продаји робе на кредит који се враћа у ратама,

б) уговори о зајму који се враћа у ратама или уговори о кредиту у било ком другом облику којим се финансира продаја робе, и

в) уговори закључени са лицем које обавља трговачку или професионалну делатност у Држави чланици у којој потрошач има домицил, или које на било који начин усмерава такве своје делатности ка тој држави чланици или ка више држава чланица укључујући и ту државу чланицу, ако уговор спада у домен таквих делатности.

Према решењу из Бриселске уредбе, предвиђен је само један суд у коме друга уговорна страна може да тужи потрошача (суд у домицилу потрошача), док потрошач као тужилац може да бира да ли ће тужити предузеће пред судом државе његовог домицила или пред судом државе у којој сам има домицил. Уговорне стране се не могу унапред, пре избијања спора, споразумети о надлежности неког другог суда осим судова предвиђених одредбама уредбе. Претходни пророгациони споразум могуће је закључити само ако предвиђа право у корист потрошача да покрене поступак пред још неким судом осим оних пред којима је овлашћен да покрене поступак на основу релевантних одредаба уредбе. То значи да се пророгационим споразумом, у овом случају, не може успоставити искључива надлежност изабраног суда. Пророгациони споразум којим се успоставља искључива надлежност неког суда могуће је закључити *post litem natam*. Изузетно, пророгациони споразум склопљен унапред може успоставити искључиву надлежност, ако обе уговорне стране имају домицил или редовно боравиште у држави уговорници чији су судови надлежни на основу тог споразума (чл. 15. ст. 1. т. 3).

[72] Конвенција је ступила на снагу 1. фебруара 1973. године. Пречишћени текст ове конвенције који обухвата измене и допуне учињене приликом приступања нових држава чланица објављен је у O.J. L. 27 од 26. јануара 1998. године. Види детаљније о самој конвенцији: Станивуковић, М., *Међународна надлежност судова у праву САД, Европске уније и ЕФТА*, Нови Сад, 1995.

[73] Уредба бр. 44/2001 од 22. децембра 2000. године о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и привредним стварима, O.J. L. 12 од 16. јануара 2001. Ступила је на снагу 1. марта 2002. године. Види приказ Станивуковић, М., у часопису Европско законодавство бр. 1/ 2002, стр. 9.

[74] Уредба се не примењује у Данској (види преамбулу став 21. Уредбе), јер се Данска изузела из промена које су учињене последњим уговором из Амстердама, када је „комунитаризован" део „трећег стуба" ЕУ – судска сарадња у грађанској материји.

Правила из Бриселске уредбе о заштити потрошача када се налазе у улози тужилаца, примењују се само у односу на сауговараче потрошача који имају пословно седиште унутар Европске уније или који послују преко агенције, филијале или пословнице у Европској унији. Уколико сауговарач потрошача који је тужен има седиште изван Европске уније и нема агенцију, филијалу ни пословницу на њеној територији, не примењује се ни Бриселска уредба ни Бриселска конвенција. На основу члана 4. став. 1. Уредбе, односно, Конвенције, у овим случајевима надлежност се одређује помоћу националних правила држава чланица о међународној надлежности.

У погледу одштетних захтева потрошача против увозника и произвођача робе, Бриселска уредба не садржи посебне одредбе, које би пружале већу заштиту потрошачима у односу на остале тужиоце. Она, наиме, предвиђа место настанка штетног догађаја као основ посебне надлежности у свим споровима насталим у вези са деликтом (чл. 5. ст. 1. тачка 3). Надлежност суда у месту настанка штетног догађаја предвиђена је такође на основу члана 10. за спорове покренуте против осигуравача, ако се ради о осигурању од одговорности. Међутим, не треба заборавити, да се када су у питању тужени штетници чије се домицил налази изван Заједнице, примењују националне одредбе о надлежности држава чланица, укључујуи и прекомерне одредбе о надлежности (на основу чл. 4. Уредбе).

Резиме

Рад говори о једној од важних области законодавства Европске заједнице. У уводном делу разматрају се мотиви за признање посебне правне заштите потрошача, карактеристике ове нове гране права и основе за њено формирање. У другом делу реч је о развоју права заштите потрошача на нивоу ЕЗ. У оквиру тога, посебно се разматрају упутства о заштити потрошача у области уговорног права и у области одштетног права. Истиче се значај одређивања појмова потрошача и потрошачког уговора. У одељку о међународном приватном праву, говори се о колизионим нормама за потрошачке уговоре из Римске конвенције (1980) и из предлога Уредбе о меродавном праву за вануговорне обавезе (2003). Такође, посвећује се пажња и нормама о међународној надлежности за спорове из потрошачких уговора које су садржане у Бриселској уредби (2000).

Dr Maja Stanivuković, Associate professor
Novi Sad School of Law

Consumer protection in civil law and private international law of the European Community

Abstract

This paper gives an overview of one of the very important fields of the European Community law. Motives and justification for according special legislative protection to consumers, features of consumer law as a new body of law, as well as the basis for its development are all discussed in the Introduction. The development of consumer protection law within the EC is treated in the following part of the paper, with special emphasis on consumer protection directives in the field of contract law and torts. The importance of the definition of consumer and consumer contract are underlined. This section is followed by an analysis of the parallel development of Private International Law rules. This part gives a survey of conflict rules for consumer contracts included in the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980) and in the Proposal of the Directive on the Applicable Law to Non-contractual Obligations (2003). It continues by an outline of the norms on international jurisdiction for disputes arising from consumer contracts contained in the Brussels Regulation (2000).

УДК 342.732
341.645
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 531-550

Бојан Тубић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

СЛОБОДА ИЗРАЖАВАЊА (ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У СТРАЗБУРУ)

Сажетак: *слобода изражавања представља једну од најзначајнијих слобода у демократском друштву. Она је регулисана чланом 10 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Изражавање може да се посматра као политичко, комерцијално, уметничко... Један од аспеката ове слободе представља и заштита слободе штампе. Чак можемо рећи да централно место у политичкој дискусији о слободи изражавања заузима наглашена потреба да се штампа заштити од ограничења и цензуре. Члан 10 став 2 Европске конвенције прописује неке услове под којима је могуће да се слобода изражавања ограничи. То су: да је ограничење прописано законом, неопходно у демократском друштву и уведено у интересу националне безбедности, територијалног интегритета или заштите права и интереса других. Европски суд у сваком конкретном случају тумачи ове стандарде.*

Кључне речи: *слобода изражавања, Европски суд за људска права, политичко изражавање, Lingens, Sunday Times, слобода штампе, неопходно у демократском друштву, прописано законом.*

Увод

Развој људских права на међудржавном нивоу у Европи интензивиран је у другој половини прошлог века. Већина држава су уговорнице универзалних међународних докумената о заштити људских права (Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, Конвенције о укидању свих облика расне дискриминације и многих других). Најзначајнији међународни уговор из области људских права на регионалном нивоу представља Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода која је донета 1950. године. Приступање Конвенцији везано је за чланство у регионалној међународној организацији, Савету Европе који је основан 5. маја 1949. године у Лондону. Основале су га западноевропске државе, руковођене идејом о уједињењу Европе и заштити и унапређењу основних демократских вредности. У оквиру ове организације, 1950. године, припремљен је коначан текст Конвенције за заштиту људских права и основних слобода (или краће Европска конвенција). Тринаест чланица Савета Европе потписале су ову Конвенцију 4. новембра 1950. године у Риму, а ступила је на снагу 3. септембра 1953. године. До сада, све државе Европе, осим Белорусије, потписале су и ратификовале Конвенцију, тако да је сада број држава уговорница Конвенције 45. Уз Европску конвенцију касније је усвојено и 14 протокола. Србија и Црна Гора ратификовала је ову Конвенцију као и додатне протоколе 26. децембра 2003. године, а депоновала инструмент о ратификацији 4. марта 2004. године.

Конвенција уводи до сада најпотпунији систем заштите путем Европског суда за људска права чије је седиште у Стразбуру. Он је установљен 21. јануара 1959. године, а број судија једнак је броју држава чланица Савета Европе. Све државе уговорнице Конвенције признале су његову обавезну надлежност. Суд има двоструку надлежност: одлучује о споровима у вези са тумачењем или применом Конвенције и даје саветодавна мишљења. Право да покрене поступак пред Судом има свака држава уговорница, као и појединци, невладине организације и групе лица (који се налазе под јурисдикцијом неке државе чланице Конвенције) уколико сматрају да је повређена нека одредба Конвенције. Као тужена страна појављује се увек држава уговорница.

Слобода да се изрази сопствено мишљење је једно од људских права које се признаје у највећем броју земаља. „У једном упоредном прегледу устава света који је урађен 1978. године, утврђено је да од 142 устава 124 (или 87%) садрже гаранције слободе изражавања. У истом истраживању, само 66 устава (или 46.5) је забрањивало тортуру и нечовечно поступање"[1]. Порекло овог права може се наћи у 17. веку када су неки документи, као на пример енглеска Повеља о правима (*Bill of rights*) из 1688. године, гарантовале слободу говора за оно што се изјави у парламенту. Варијанте овог права могу се наћи у најранијим модерним уставима, укључујући и један број устава америчких држава из 18.

[1] Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, *European Human Rights Law, Oxford*, 2000, p. 138.

века, члан 11 француске Декларације о правима човека и грађанина и 1. амандман Устава САД.

Слобода изражавања се у неком уставном тексту у Србији први пут помиње у „Намесничком уставу" Кнежевине Србије из 1869. године, у члану 32. У каснијим уставима Краљевине Србије, слобода изражавања нашла је своје место: у Уставу из 1888. године у члану 22, у Уставу из 1901. године у члану 34 и у Уставу из 1903. године у члану 22. У Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, у Видовданском уставу из 1921. године гарантује се слобода штампе, у члану 13, а у Уставу Краљевине Југославије из 1931. године, чланом 12 гарантује се слобода изражавања уопште. После Другог светског рата, у југословенским уставима, такође је гарантована слобода изражавања: у Уставу ФНРЈ из 1946. године у члану 27, у Уставу СФРЈ из 1963. године у члану 40, у Уставу СФРЈ из 1974. године у члану 167. и у Уставу СРЈ из 1992. у члановима 35 и 36.

Слобода изражавања, као једно од основних људских права гарантована је у готово свим најзначајнијим међународним уговорима из ове области. Она је прихваћена Универзалном декларацијом о људским правима, коју је донела Генерална скупштина УН 10. децембра 1948. године (члан 19.), а затим је гарантована у најзначајнијим међународним уговорима о заштити људских права: члан 19 Међународног пакта о грађанским и политичким правима (овај пакт је отворен за потписивање 19. децембра 1966. године), члан 10 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (прихваћена 1950. године), члан 13 Америчке конвенције о људским правима (која је усвојена у оквиру Организације америчких држава 22. новембра 1969. године), члан 9 став 2 Афричке повеље о људским правима и правима народа (усвојена 26. јуна 1981. године у оквиру Организације афричког јединства).

У Србији и Црној Гори слобода изражавања је гарантована у члану 29 Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама која је саставни део Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора и у члану 45 Устава Републике Србије.

Појам слободе изражавања

Члан 10 Европске конвенције о заштити људских права који регулише слободу изражавања гласи:

„Свако има право на слободу изражавања. Ово право укључује слободу поседовања сопственог мишљења, примања и саопштавања информација и идеја без мешања јавне власти и без обзира на границе. Овај члан не спречава државе да захтевају дозволе за рад телевизијских, радио и биоскопских предузећа.

Пошто коришћење ових слобода повлачи за собом дужности и одговорности, оно се може подвргнути формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом и неопходним у демократском друштву у инте-

ресу националне безбедности, територијалног интегритета или јавне безбедности ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, заштите угледа или права других, спречавања откривања обавештења добијених у поверењу, или ради очувања ауторитета и непристрасности судства"[2].

Прво што можемо приметити у званичном преводу Конвенције јесте помало неадекватна синтагма „слободу поседовања сопственог мишљења". Ово није најбоље решење и представља буквалан превод са енглеског језика. Боље решење, које би било у духу нашег језика, представљала би формулација „Ово право укључује слободу мишљења, примања и саопштавања информација...". Ово решење није непознато у упоредним преводима Конвенције и срећемо га, нпр. у хрватском, италијанском и шпанском преводу Конвенције.[3]

Оправдање за посебну заштиту изражавања може се посматрати на два начина. Прво, штити се говор као нешто важно у модерном друштву, јер јавна дебата представља корисно средство за постизање других друштвених вредности, као што је развој људске личности у модерном друштву. Са друге стране, могућност да појединац слободно изрази своје мишљење посматра се као људско добро по себи. Слобода изражавања је сматрана за најбољи начин да се открије истина, кроз непрестану размену мишљења и идеја. Суд је приметио да чак ни војне тајне не излазе из оквира члана 10 и нагласио да слобода изражавања није ограничена на одређене категорије информација, идеја или облика изражавања, већ да је она у темељима сваког демократског друштва.

Сам појам „изражавање" није у потпуности дефинисан. Он укључује: уметничка дела (као нпр. у случају *Müller и остали против Швајцарске* из 1988. године), публикације, видео материјале, филмове и друге начине преноса идеја и информација. Највећи изазов данас, везан за ову слободу, представља изузетно велико коришћење интернет услуга. Информације могу бити стваране, репродуковане и преношене невероватном брзином. Ова технологија представља изазов за људска права на међународном плану, нарочито по питањима надлежности и питањима као што су подстицање на расну мржњу и сексуална експлоатација деце.

Слобода изражавања штити појединца од арбитрерног мешања државе и других појединаца у ову сферу. Државе су дужне да осигурају да њихово национално право штити ову слободу обезбеђујући одговарајуће гаранције и правне лекове у случају кршења.

Захваљујући недељивости људских права, слобода изражавања повезана је са: слободом мишљења (а врло често се наводе и заједно, као једна слобода), правом на коришћење сопственог језика, слободом окупљања и удруживања, слободом штампе, правом на приватност, слободом од мешања државе у преписку грађана и приватну својину. Обавеза државе да се не меша у слободу изражавања нарочито је наглашена када је нека информација од виталног значаја за приватни или породични живот грађана. Такође преклапа се са ма-

[2] „Службени лист СЦГ, Међународни уговори", бр.9, 2003. године, стр. 16.

[3] www.echr.coe.int/Convention/Convention countries link.htm

њинским правима, правима која се односе на питања здравља и образовања. Веза са слободом мишљења и савести је највидљивија код питања која извиру из слобода штампе и религије. У неким деловима се преклапа са правом на учествовање у јавном животу, правом гласа и правом да се буде биран. Иако је слобода изражавања у основи индивидуално право, постоје примери где је она по својој природи везана за неку групу.

Врсте изражавања

Политичко изражавање

Један од циљева члана 10 је да обезбеди слободну размену политичких идеја, што је предуслов сваке демократије. Европски суд је закључио и често потврђивао да је слобода политичке дебате у самој сржи концепта демократског друштва. У смислу заштите члана 10 не постоји оправдање за разликовање између политичких расправа (нпр. о подобности политичара или јавног службеника да обављају своју функцију) и расправа о другим питањима од јавног интереса, као што су: информације о активностима и могућим неправилностима у раду сигурносних служби (случај *Spycatcher*), питања која се тичу здравствених ризика од узимања лекова и питања законске и моралне одговорности за настале повреде (случај *Sunday Times*), критика полицијске службе (случај *Thorgeirson*), објављена мишљења у којима се говори о недостатку судске непристрасности (случај *Barford*).

Један од случајева који најбоље илуструје ову врсту слободе изражавања јесте случај *Lingens против Аустрије*[4]. У овом случају тужилац је представио

[4] Лингенс је аустријски новинар који живи у Бечу и уредник је новина „Профил". Убрзо после општих избора у Аустрији 1975 године, Симон Визентал, председник Јеврејског документационог центра, оптужио је Фридриха Петера, вођу Аустријске либералне странке да је био припадник једне СС бригаде током Другог светског рата. Председник владе и председник Аустријске социјалистичке партије, Бруно Крајски, снажно је бранио Петера у једном телевизијском интервјуу и оптужио је Визентала за „мафијашке методе".
У таквим околностима, тужилац (Lingens) је објавио два чланка у бечким новинама „Профил". Први је објављен 14. октобра 1975. године под насловом „Случај Петер". Он је повезао наведене догађаје, а посебно активности Прве СС пешадијске бригаде. У овом чланку се осврнуо и на улогу господина Петера у кривичном поступку који је започет у Грацу (а касније прекинут), против особа које су се бориле у тој бригади. Дошло се до закључка да иако господин Петер неспорно ужива повластицу презумпције невиности, његова прошлост га ипак чини неприхватљивим за обављање функције политичара у Аустрији. Тужилац је наставио са критиком става господина Крајског, кога је оптужио да штити господина Петера и друге бивше припаднике СС-а из политичких разлога. Други чланак, објављен 21. октобра 1975. године, насловљен је „Помирење са нацистима, али како?". У њему је тужилац рекао да се „понашање канцелара не може критиковати на рационалним, већ само на ирационалним основама, јер је његово понашање неморално и недостојно. Шта више, то је непотребно, јер Аустријанци могу да се помире са прошлошћу без да за то траже помоћ бивших нациста, умањујући тако проблем концентрационих логора, или вређања господина

своју улогу као политичког новинара у плуралистичком друштву. Као такав он је сматрао да има обавезу да изрази своје ставове о осудама које је господин Крајски изнео на рачун господина Визентала. Он је такође сматрао, као и Комисија, да политичар који је навикао да напада своје противнике мора да очекује жешћу критику него други људи.

Влада је тврдила да слобода изражавања не може спречити националне судове да врше своју надлежност и доносе одлуке у својим пресудама да би осигурали да политичка дебата не прерасте у лично вређање. Она је сматрала да један део израза које је користио господин Лингенс прелази ту границу. Шта више, тужилац је могао да јавности предочи своја схватања без претходне цензуре, па казна која му је након тога наметнута није била у супротности са легитимним циљем који се желео постићи.

Поставља се питање да ли је мешање у слободу изражавања неопходно у демократском друштву. Придев „неопходан" у оквиру значења члана 10 став 2 имплицира постојање „друштвене потребе". Стране уговорнице поседују одређено поље слободне процене у утврђивању да ли таква потреба постоји, али се то одвија под европским надзором, обухватајући и легислацију и одлуке у којима се закони примењују.

У вршењу своје надзорне јурисдикције, Суд не може да посматра одлуке домаћих судова изоловано, већ их мора гледати у светлу случаја као целине укључујући и чланке који не иду у корист тужиоца, као и контекст у коме су написани. Суд мора утврдити да ли је конкретно ограничење слободе изражавања „пропорционално легитимном циљу који се жели постићи" и да ли су разлози које су навели аустријски судови да би га оправдали, „релевантни и довољни".

У вези са овим Суд је подсетио да слобода изражавања, како је загарантована у ставу 1 члана 10 Конвенције чини један од основних темеља демократског друштва и један од услова за његов напредак. У складу са ставом 2, она је применљива не само на информације или идеје које су добро примљене или сматране као неувредљиве или као ствари које немају неку посебну важност, већ и на оне информације или идеје које вређају, шокирају или узнемиравају. То су захтеви плурализма, толеранције и широког спектра мишљења без којих нема демократског друштва[5].

Визентала, испољавајући антисемитизам". У свом чланку, Lingens је изјавио да, по његовом мишљењу, монструозно није то што је господин Визентал покренуо ово питање већ што је Крајски хтео целу ствар да заташка. Чланак завршава са одељком у коме се критикују политичке партије генерално, захваљујући присуству бивших нациста међу њиховим лидерима. Тужилац је сматрао да господин Петер треба да поднесе оставку, не да би признао своју кривицу већ да докаже да поседује одређене квалитете, непознате господину Крајском.
29. октобра и 12. новембра 1975. године канцелар је поднео две приватне тужбе против господина Лингенса. Сматрао је да одређени пасуси у објављеним чланцима представљају клевету и да су кажњиви на основу члана 3 Аустријског кривичног закона. Према члану 112: „доказ истине и добре вере неће бити прихватљив уколико особа која начини одређену изјаву заступа тачност своје изјаве или добре вере". (Lingens против Аустрије, 8. јул 1986, Series A, No. 130).

[5] исто

Ови принципи су од посебне важности када је у питању штампа. Док штампа не сме прећи границе, успостављене, између осталог, због заштите угледа других, њена је дужност да шири информације и идеје о политичким питањима у истом обиму као и у другим областима од јавног интереса. Штампа, не само да има задатак да шири такве информације и идеје, већ има право и да их прима. У вези са тим Суд није прихватио мишљење изражено у пресуди бечког Апелационог суда о чињеници да је задатак штампе само да дистрибуира информације, а да њихову интерпретацију треба оставити читаоцима.

Слобода штампе омогућује јавности једно од најбољих средстава којима се откривају и формирају мишљења о идејама и ставовима политичких лидера. Слобода политичке дебате је у самим темељима концепта демократског друштва, о коме се и говори у Конвенцији.

Границе прихватљиве критике су шире у односу на политичаре, него на обичне грађане. За разлику од грађана, политичари се неизбежно и свесно излажу томе да сваку њихову реч и дело и новинари, а и јавност у целини помно прате. Они због тога морају испољити већи степен толеранције. Нема сумње да члан 10 став 2 обезбеђује заштиту угледа других (односно свих) појединаца и да се та заштита односи и на политичаре, чак и када они не делују у свом приватном капацитету. Али у таквим случајевима услови за ту заштиту морају бити посматрани у складу са интересима отворене дискусије о политичким питањима.

У случају *Лингенс*, тужилац је осуђен јер је користио одређене изразе као што су: „најнижи опортунизам", „неморал", „недостојан", када је говорио о господину Крајском који је био савезни канцелар у то време. Ти чланци објављени у бечком магазину „Профил", бавили су се политичким питањима од јавног интереса за државу Аустрију. Расправљало се о ставу Аустријанаца, а посебно канцелара, према националсоцијализму и учешћу бивших нациста у управљању земљом. Садржај и тон ових чланака био је у целини добро избалансиран, али коришћење горе поменутих израза могло је нашкодити угледу господина Крајског.

Ипак, пошто се случај тиче г. Крајског који наступа у својству политичара, морају се сагледати околности у којима су ти чланци написани. Они су се појавили убрзо после општих избора у октобру 1975. године. Многи Аустријанци су сматрали да ће његова партија изгубити апсолутну већину и да ће, да би могла да влада, морати да уђе у коалицију са странком господина Петера. Када је, после избора, господин Визентал изнео велики број чињеница о Петеровој нацистичкој прошлости, канцелар га је бранио и напао Визентала, чије је активности описао као мафијашке методе.

Ово изражавање се због тога може посматрати у светлу постизборних политичких препуцавања. Окружни суд у Бечу је у својој пресуди од 26. марта 1979. године приметио да су у овом сукобу обе стране користиле сва средства која су им стајала на располагању, што није ни у ком случају необично у политици.

Апелациони суд у Бечу, осудио је господина Лингенса да плати казну и наредио конфискацију одређених издања „Профила" и објављивање пресуде.

Као што је влада истакла, спорни чланци су у то време већ били широко дистрибуирани, тако да казна наметнута аутору није овога спречила да се изрази. Ипак, она је допринела некој врсти цензуре, која би могла да га обесхрабри да у будућности износи такве критике. У смислу политичке дебате ово би могло спречити новинаре да доприносе јавној дискусији о питањима која утичу на живот заједнице.

Аустријски судови су сматрали да су постојали различити начини одмеравања понашања господина Крајског и да се логично не може доказати да је само једна интерпретација права. Они су, на крају, прогласили тужиоца кривим за клевету.

Према схватању Европског суда мора се направити јасно разликовање између чињеница и личних мишљења. Постојање чињеница може се доказати, док се вредносни исказ у нечијем мишљењу не може сматрати доказом. Суд примећује, у вези са овим, да су чињенице на којима је господин Лингенс формирао своје мишљење неспорне.

Према параграфу 3, члана 3 кривичног закона Аустрије, новинар у случају који је сличан овоме не може избећи осуду уколико не може да докаже истинитост својих навода.

Што се тиче нечијег мишљења овај захтев је немогуће испунити и он крши саму слободу мишљења која је основни део права гарантованог чланом 10 Конвенције.

Из наведених разлога чини се да мешање у Лингенсово коришћење слободе изражавања није било неопходно у демократском друштву да би се заштитио углед других и није био у складу са легитимним циљем који се желео постићи. Суд је стога једногласно одлучио да је дошло до кршења члана 10 Конвенције.

Као што овај случај илуструје, говор који укључује политичка питања има централну улогу у функционисању демократског друштва.

У складу са овим, тешко је бранити аргументе који говоре у прилог ограничавања таквих дискусија. На пример, у случају *Bowman против Уједињеног Краљевства* (из 1998. године) Суд је утврдио да је дошло до кршења члана 10, када је део 75. Закона о представљању грађана из 1983. године примењен на тужиоца који је одштампао и дистрибуирао 25000 копија летака у којима је изнео ставове кандидата у парламентарним изборним јединицама о питањима која се односе на абортус. Закон је забрањивао трошкове у износу већем од 5 фунти које би имао било ко осим кандидата, са циљем да помаже избор кандидата. Забрана се није односила на штампане или електронске медије. Суд је нашао да ограничење није у сразмери са легитимним циљем промовисања једнакости међу кандидатима, пошто она представља препреку објављивању информација, са циљем утицања на бираче.

Није увек јасно да ли одређено понашање може да се сматра политичким изражавањем. У случају *Thorgeir Thorgeirsan против Исланда*, Европски суд је одлучио да је осуда за клевету, заснована на публикацији која оптужује неименоване полицајце за акте бруталности, кршење члана 10. „Влада је тврдила

да строго правило из случаја Лингенс, применљиво на ограничења политичке дискусије, није применљиво на друге ствари од јавног интереса, конкретно ствари које нису обухватале директно или индиректно учешће грађана у процесу доношења одлука. Суд је одбацио ово разликовање."[6]

Са друге стране, у случају *Janowski против Пољске*, Суд је нашао да тужба због вређања јавног службеника, током и у вези са вршењем његових службених дужности не представља кршење члана 10 Конвенције. Тужилац у овом спору је јавно назвао полицијске службенике, за које је веровао да злоупотребљавају своју дужност, „тикванима" и „глупацима". Пошто су његове изјаве биле уперене према полицајцима и пошто их је чуло само неколико пролазника, оне нису чиниле део отворене дискусије о стварима од јавног интереса. Суд се сложио да границе критике у неким околностима могу да буду шире у односу на јавне службенике везано за обављање њихових функција него у односу на појединце као приватне субјекте. Ипак, не може се рећи да се јавни службеници свесно подвргавају јавној контроли поводом сваке своје изговорене речи и извршене радње до мере у којој то раде политичари. Стога, они би требало да се третирају идентично као и политичари када дође до преиспитивања њихових поступака. Шта више, јавни службеници морају уживати поверење јавности уколико желе да буду успешни у обављању својих задатака, а неопходно је и заштитити их од увредљивих и злонамерних вербалних напада док обављају своје дужности.

У случају *Worm против Аустрије* (из 1997. године), тужилац је написао чланак о суђењу једној јавној личности за утају пореза, јасно сугеришући да је оптужени крив. Писац је осуђен за покушај утицања на исход кривичног поступка и осуђен да плати казну. Европски суд је сматрао да је пресуда у складу са чланом 10, став 2 Конвенције. Није експлицитно направио разлику у односу на своју одлуку у случају *Sunday Times*, али је нагласио да су јавне личности овлашћене на уживање гаранција за фер суђење, садржане у члану 6, који у кривичном поступку укључује и право на независни трибунал, као и све друге особе. Он је сматрао, да су такве оптужбе у складу са Конвенцијом, чак и када држава није показала прави резултат утицаја на конкретан поступак.

Централно место у политичкој дискусији о слободи изражавања заузима наглашена потреба да се штампа заштити од ограничења и цензуре. Европски суд је често наглашавао значај штампе у остваривању вредности члана 10. То смо видели у случају *Lingens*, а у случају *Spycatcher*, Суд је изјавио да: „Иако штампа не сме прекорачити границе успостављене за заштиту интереса установљених у члану 10 Европске конвенције, ипак је њена обавеза да шири информације и идеје о питањима од јавног интереса. Када би било другачије штампа не би могла да одигра своју основну улогу јавног пса чувара"[7] .

[6] Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, *European Human Rights Law*, Oxford, 2000, p. 171

[7] *Observer* & *Guardian* против Уједињеног Краљевства, 26. новембар 1991, Serie A, No. 216

Најпознатији случај који се односи на слободу штампе представља случај *Sunday Times против Уједињеног Краљевства*[8].

Европски суд је закључио да решење о забрани објављивања новинског текста представља мешање у право листова на слободу изражавања према члану 10 став 1. Суд се затим осврнуо на наводе владе којима се ово мешање правда одредбама члана 10, става 2 и установио је да, упркос томе што је кривично дело „омаловажавање суда" предвиђено само енглеским обичајним правом, правне норме у питању ипак јесу „прописане законом" у смислу Конвенције, зато што су појединци могли да знају за садржину правила применљивих на њихово понашање и за последице њиховог кршења. Суд је затим, приметио да је главна сврха инкриминације „омаловажавања суда" у томе да се подржи ауторитет и непристрасност правосуђа, што одговара једном од изричитих ограничења слободе изражавања, дозвољених чланом 10 став 2. Може се сматрати да је овакво решење било у оквиру законитих циљева из става 2.

Међутим, установивши да је решење у сагласности са захтевом да буде „прописано законом", Суд је размотрио његову усклађеност са стандардом „потребе у демократском друштву". Он је установио да влада Уједињеног Краљевства није успела да докаже да је решење о забрани одговарало „нужној друштвеној потреби", да је „сразмерно с постизањем жељеног законитог циља", или да су разлози наведени пред унутрашњим судовима били „умесни и довољни по члану 10 став 2".[9]

Суд се такође осврнуо на тврдњу владе да је постигнута равнотежа између два јавна интереса, тј. слободе изражавања и неометаног рада правосуђа, следећим речима: „опште је признато да судови не могу да делују у безваздушном простору. Мада судови јесу место где се решавају спорови, ово не значи да се не може водити претходна дискусија о тим споровима и другде, било у стручним часописима, штампи уопште или пред широком публиком. Поврх тога, док средства масовног комуницирања не смеју да прекораче границе наметнуте ин-

[8] У свом чланку од 24. септембра 1972. године који је носио наслов „Разлози националне срамоте", овај британски лист се позабавио анализом афере рођења неколико стотина деформисане деце у периоду од 1959-1962. године, због тога што су њихове мајке узимале лек Талидомид као средство за смирење у току трудноће. Посебно узнемирење у јавности изазвала је најава да ће већ у следећем броју листа бити објављена историја производње и тестирања Талидомида у периоду од 1958. до 1961. године. Како је истовремено текао судски спор многобројних унесрећених родитеља и произвођача Талидомида, компаније *Distelera* Ltd., компанија је уложила службени захтев јавном тужиоцу да судским налогом спречи објављивање таквог текста, јер он може представљати „омаловажавање (непоштовање) суда". Налог је донет новембра 1972. године. На захтев *Sunday Times*-а, Апелациони суд је повукао налог али га је Дом Лордова потврдио 18. јула 1973. године, уз образложење да би поменути чланак представљао омаловажавање суда, пошто би у јавности изазвао осећај пресуде у предмету о којем је Суд још увек расправљао. Пошто су, безуспешно, истрошили све локалне правне лекове, издавач, уредник и новинари листа су поднели жалбу Комисији 19. јануара 1974. године, тврдећи да судски налог о забрани објављивања поменутог текста представља повреду члана 10 Европске конвенције. (*Sunday Times* против Уједињеног Краљевства, 26. април 1979, Series A, No. 90

[9] исто.

тересима правосуђа, она су дужна да дају информације и преносе идеје о стварима које долазе пред суд, као и о свим другим стварима од јавног интереса. Не само што средства масовног комуницирања имају задатак да упознају остале са таквом информацијом и идејама, већ и грађанство има право да их прими."[10]

Суд је такође утврдио да породице умешане у трагедију са „Талидомидом" имају животни интерес да се упознају са свим чињеницама и разним могућим решењима. Ова обавештења, од огромне важности за њих, могла би им се ускратити само кад би постојала потпуна извесност да би сазнање о њима представљало претњу „ауторитету судства".

Суд је у својој пракси такође нагласио да слобода штампе зависи не само од права на издавање неке публикације. Заштита новинарског извора представља један од основних услова за слободу штампе, што је већ утврђено у законима и професионалним кодексима понашања великог броја држава. Без такве заштите, извори информација могу бити спречени да помажу штампи у информисању јавности о стварима од јавног интереса. Као резултат тога, улога штампе у модерном друштву може бити озбиљно угрожена, као и могућност да обезбеди тачне и поуздане информације. Имајући у виду значај заштите новинарских извора за слободу штампе у демократском друштву и могући негативан ефекат који обавеза откривања извора може имати на вршење ове слободе, таква мера не може бити у складу са чланом 10 Конвенције, уколико није оправдана захтевом за заштиту јавног интереса.

Економско изражавање

Поред политичког, постоји и такозвано економско или „трговачко" изражавање, које је везано за привредни живот сваке државе. У земљама тржишне економије свако предузеће које хоће да отпочне посао неизбежно излаже своју делатност детаљној анализи својих конкурената. Његова пословна стратегија и начин на који оно извршава своје обавезе, може бити предмет критике потрошача и специјализоване штампе. Да би обавила свој задатак, та штампа мора бити у стању да објави чињенице које би могле бити интересантне њеним читаоцима и да на тај начин допринесе транспарентности пословних активности. Да би овоме допринела, друштво мора да обезбеди да се слободно дистрибуирају информације и идеје које се тичу производа и услуга који се нуде потрошачима.

Постоје најмање два разлога због чега изражавање везано за трговачке или економске интересе треба да ужива мању заштиту од изражавања које обухвата политичко доношење одлука. Прво, као ствар социјалне политике, такво изражавање поседује мањи степен опасности централним вредностима сваког демократског друштва. Друго, постоји устаљена пракса уређивања економских питања која сама по себи укључује одређена ограничења слободе говора везано за економске трансакције.

Није увек јасно када се једна изјава може разумети као економска а не

[10] исто.

као политичка. У случају *Barthold против Немачке*, тужилац, један ветеринар, подвргнут је дисциплинском поступку због својих изјава, које су цитиране у једном новинском чланку, о недостацима ноћне ветеринарске службе у Хамбургу. Немачки суд је сматрао да је тужилац прекршио успостављене стандарде против професионалног рекламирања. Пошто га је ограничење које му је наметнуто спречавало да изрази своје мишљење о једној теми од општег интереса, Европски суд за људска права је одлучио да се члан 10 примењује у овом случају и нашао да постоје и економски и политички аспекти тужиочеве изјаве имајући у виду основну садржину овог члана и природу питања које је представљено јавности. Пресуда немачких судова утицала би на обесхрабривање припадника слободних професија да доприносе расправама о темама које утичу на живот заједнице, ако постоји и најмања вероватноћа да ће се такве њихове изјаве третирати као да имају рекламно дејство. Изјава се не може третирати као економско изражавање ако је њена основна сврха да обавести јавност о теми за коју постоји легитиман јавни интерес.

Европски суд је дозволио владама шире поље слободне процене у ограничавању економског говора него других облика изражавања. Ово је потврђено у случају *Markt. Intern.* где је Суд одбацио аргументе у корист шире заштите економског изражавања[11].

Уметничко изражавање

Слобода изражавања може бити повезана са покушајима државе да забрани оно што сматра увредљивим уметничким или литерарним делом. У случајевима *Handyside* и *Markt Intern.* Европски суд је применио члан 10 на говор који није политички у неком посебном смислу. Он је експлицитно стао на становиште да се заштита члана 10 протеже на уметничко изражавање које узима учешће у јавној размени културних, политичких и социјалних информација и идеја. Кроз свој креативни рад, уметник изражава не само личну визију света, већ такође и свој поглед на друштво у којем живи. Истина, овај члан посебно не говори да слобода уметничког изражавања спада у његов оквир, нити је, са друге стране, разликује од других облика изражавања. Она обухвата слободу примања и саопштавања културних, политичких и свих других информација и идеја. Потврда за ово налази се у другој реченици става 1 члана 10 која се односи на „рад телевизијских или биоскопских предузећа", медија чија се делатност простире на поље уметности. Потврда да концепт слободе изражавања укључује уметничко изражавање може се пронаћи у члану 19 став 2 Међународног

[11] Маркт Интерн. је један новински лист који је објавио тачну вест о незадовољству једног хемичара услугама фирме која се бави наруџбама путем поште. Немачки судови су пресудили да је прича створила лажан утисак и тако проузроковала нелојалну конкуренцију и повредила углед и права дугих. Европски суд је био подељен по овом питању, однос гласова судија био је 9 према 9. Пресудио је глас председника и Суд је подржао пресуду немачког суда. (*Markt Intern Verlag Gmbh* и *Klaus Beermann* против Немачке, 20. новембар 1989, Series A, No. 165)

пакта о грађанским и политичким правима, који посебно укључује у оквиру слободе изражавања информације и идеје у форми уметничког дела.

Заштита уметничког изражавања може се разликовати од заштите политичког изражавања, јер јавна контрола такве активности произилази из жеље да се забране материјали који вређају друштвене стандарде моралног понашања.

Увредљиво изражавање

Последњих година све су чешћи примери увредљивих говора који се односе на поједине етничке групе. Европска искуства са расистичким режимима у двадесетом веку изазвала су појачану осетљивост на опасности овакве врсте изражавања.

Европски суд за људска права се до сада два пута сретао са питањем да ли је изражавање, које је кажњиво по законима који ограничавају расистички говор, заштићено чланом 10 Конвенције. У оба случаја Суд је пресудио да је дошло до кршења овог члана. Одлуке Суда су разјасниле да су закони који регулишу говор мржње у складу са Конвенцијом. У случају *Jersild против Данске*, тужилац је направио и презентовао телевизијску емисију о младој расистичкој банди у Копенхагену. Део емисије је интервју у којем његови саговорници на груб и злонамеран начин говоре о црнцима и другим мањинама. Тужилац је осуђен према данском кривичном закону, који забрањује ширење у јавности изјава којима се прети, вређа или понижава нека група због расе, боје коже, националног или етничког порекла или уверења. Суд у Стразбуру је нагласио важност борбе против расне дискриминације, али да се тужиочево понашање, када је укључио такве изјаве у свој програм, не може сматрати промовисањем расизма. Суд је посебно био свестан потребе да у својим пресудама заштити штампу, односно садржај и облик представљања информација. Кажњавање новинара за помагање у ширењу изјава које је учинила друга особа у интервјуу озбиљно би угрозила допринос штампе расправама о стварима од јавног интереса.

Ова судска одлука није остала без коментара. Питање је да ли један интерес, слобода штампе, има превагу над другим, тј. над спречавањем ширења расизма у свету. Међународно право се развило у регулисању овог питања и донети су на глобалном плану неки важни стандарди у овој области. Донета је Међународна конвенција о елиминисању свих облика расне дискриминације 1965. године, коју је до сада ратификовало више од 150 држава. То је учинила и Данска, 9. децембра 1971. године. Ова Конвенција установљава неке обавезе које свака држава уговорница мора да испуни. У члану 1 оне се обавезују да не почине никакво дело расне дискриминације и да је не врше против лица, група лица или установа, као и да поступају тако да се све јавне власти и јавне, националне и локалне установе придржавају ове обавезе. Такође, држава не сме да подстиче, брани или подржава расну дискриминацију коју спроводи било какво лице или организација. Члан 4 Конвенције обавезује државе да осуде и казне сваку пропаганду која се руководи идејама или теоријама заснованим на расној

супериорности или мржњи и да забране организације које промовишу и подстичу расну дискриминацију[12].

Иако ова Конвенција не тражи изричито кажњавање новинара одговорних за телевизијске емисије оваквог типа, она ипак подржава схватање да су и медији обавезни да заузму јасан став у области расне дискриминације и ширења расне мржње. Суд у конкретном случају није поштовао ова правила, а дужан је да при тумачењу Европске конвенције узме у обзир све релевантне међународне уговоре. Заштита расних мањина не може бити мање значајна него право да се дистрибуирају информације. Такође, права људи чије је достојанство повређено, морају бити заштићена, чак и ако то значи ограничавање слободе изражавања.

Ограничења слободе изражавања

Природа изражавања које је заштићено у члану 10 Конвенције није увек очигледна. Посебно, проблеми произилазе из разликовања изражавања од деловања. Ипак, у највећем броју случајева, интерпретација Европског суда члана 10 није била фокусирана на питање дефиниције, као што је то случај код неких других чланова. Суд је више био сконцентрисан на питање када јавно мешање у изражавање може бити дозвољено чланом 10. Ово питање претпоставља да изражавање не може бити апсолутно заштићено. Неспорно је да коришћење неке врсте језика у неким ситуацијама може изазвати велику друштвену штету коју држава треба да спречи. Члан 10 став 2 Европске конвенције прописује неке услове, под којима је могуће да се слобода изражавања ограничи. То су: да је ограничење прописано у закону, неопходно у демократском друштву и уведено у интересу националне безбедности, територијалног интегритета или заштите права и интереса других.

Као пример за ово може да послужи случај *Handyside против Уједињеног Краљевства* (из 1976. године)[13]. Суд је размотрио питање да ли је противна

[12] Владимир Тодоровић, *Људске слободе и права*, Београд, 2000

[13] Британски држављанин, Р. Хендисајд, власник је једне издавачке куће у Лондону. Он је припремио за штампу књигу „Мали црвени уџбеник" два данска аутора. Књига је посвећена тинејџерима и једно поглавље говори о сексуалном образовању. Ова књига је већ била објављена у Данској 1969. године, а касније и у другим земљама. Издавач је планирао да слободну продају енглеских издања започне 1. априла 1971. године, те је неколико стотина примерака књиге послао ради приказивања одређеном броју стручних и дневних часописа, као и појединим медицинским образовним удружењима. Због великог броја негативних коментара на садржај књиге, полиција је поступила у складу са Законом о неморалним публикацијама из 1959. и 1964. године, те је марта 1977. године запленила све примерке књиге које је пронашла у просторијама издавача. После тражења заштите пред домаћим судовима и исцрпљивања домаћих правних лекова, господин Хендисајд је поднео жалбу Комисији са аргументом да је судска одлука у супротности са правом на слободу изражавања. (*Handyside* против Уједињеног Краљевства 7. децембар 1976, Series A, No. 26)

члану 10 Конвенције осуда лица које је објавило приручник за школску децу са саветима о сексуалним и другим питањима. Иако је Суд закључио да је држава имала право на слободну процену када се позвала на клаузулу о заштити морала у ставу 2. и да је држава имала право да спречи објављивање уџбеника, он је ипак изнео становиште о улози слободе изражавања у демократском друштву: „Слобода изражавања представља једну од неопходних основа таквог друштва, један од темељних предуслова за његов напредак и за развој сваког човека. Она обухвата не само обавештења или идеје који се повољно примају или се сматрају нешкодљивим или неважним, већ и оне који вређају, потресају или узнемиравају државу или неки део становништва. Ово су налози плурализма, толеранције и широкогрудости без којих нема демократског друштва"[14].

Централно место у пресуди Суда у овом случају заузима концепт „поље слободне процене", који се користи да би се одредило да ли је мешање у заштићена права неопходно у демократском друштву да би се постигли одређени интереси. Могућност таквог оправдавања мешања у људска права предвиђена је и за нека друга права предвиђена у Конвенцији (чланови 8, 9, 11). Начин на који Суд одређује присуство или одсуство такве „неопходности" играће значајну улогу у одређивању ширине заштите која је заиста неопходна. Оно што је неопходно да би се постигли задати циљеви чак и у такозваним демократским друштвима може се разликовати од државе до државе. Такође, процена неке владе о тој неопходности разликује се од процене неког међународног суда који је наравно мање упознат са ситуацијом у земљи. То може довести до тога да тај међународни суд аутоматски одобрава свако мешање државе у гарантована права.

У пресуди у случају *Olsson* против Шведске (из 1988. године), Европски суд за људска права разјаснио је шта значи појам „неопходно у демократском друштву". Према установљеним правилима у пракси Суда, појам неопходности значи да ограничење људских права одговара друштвеној потреби и, посебно, да је сразмерно легитимном циљу који се жели постићи. Земље уговорнице Конвенције уживају извесну флексибилност у процењивању да ли такве потребе постоје, али то се догађа уз европски надзор, који обухвата и правне прописе и одлуке којима се они примењују, чак и оне које доноси независан суд. Европски суд за људска права је овлашћен да донесе коначну одлуку о томе да ли је ограничење у складу са слободом изражавања заштићеном чланом 10. Задатак Суда приликом примене своје надзорне надлежности није да заузме место надлежног националног суда, већ да преиспита према члану 10 одлуке које су донете у примени својих овлашћења. То не значи да је надзор ограничен на процену да ли је тужена држава своја дискрециона права применила на разуман начин, пажљиво и у доброј вери. Суд треба да сагледа ометање које је предмет жалбе у светлу случаја као целине и да одреди да ли је било сразмерно легитимном циљу и да ли су разлози које су националне власти дале да би га оправдале, релевантни и довољни.

[14] исто.

Члан 10 Конвенције не забрањује претходна ограничења издавања као таква. То је потврђено не само речима „услови", „ограничења", „спречавати" и „спречавање" које се појављују у тој одредби, већ и пресудом Суда у случајевима *Sunday Times* и *Markt Intern Verlag GmbH i Klauss Beermann против Немачке*. На другој страни, опасности које носе претходна ограничења су такве да захтевају најподробније могуће испитивање Суда. То је нарочито случај у погледу штампе, јер су вести „кварљива" роба и чак и краткотрајно задржавање њиховог објављивања може да их потпуно лиши сваке вредности. Овај ризик односи се такође и на друге публикације које нису листови, а које се баве актуелним питањима.

Свако ограничење људских права мора бити пропорционално интересима којима служи. У случају *Müller и други против Швајцарске* било је такође говора о заштити морала. Тужиоци су тврдили да је швајцарска влада повредила члан 10 тиме што је конфисковала неколико сексуално провокативних слика и казнила уметнике због објављивања ласцивних материјала. Налазећи да су ове мере оправдане на основу другог става, Суд је указао да државе имају широко поље слободне процене приликом утврђивања онога што је потребно ради заштите морала. Међутим, у овој пресуди израз „изражавање" из члана 10. обухвата уметничко изражавање „којим се људима пружа прилика да учествују у јавној размени културних, политичких и друштвених информација и идеја сваке врсте".[15]

Јуриспруденција Европског суда за људска права о томе да ли су ограничења заштићених права оправдана одредбама као што је став 2 члана 10 показује тенденцију да строгост са којом се тражи такво оправдање зависи од околности конкретног случаја. Поље слободне процене тешко је одредити унапред, јер оно варира у складу са принципима за које Суд сматра да су одговарајући у том случају. Ипак, то поље је најшире када Суд разматра да ли су укидања неких права учињена у време угрожавања јавног поретка, а најуже када се расправља о наводном кршењу личних права појединаца. Занимљиво је како је Суд расправљао о два различита циља из члана 10, став 2 који оправдавају ограничења слободе изражавања. То су: заштита морала и одржавање ауторитета и непристрасности судства.

У случају *Handyside*, Суд је истакао да би, имајући у виду разлике у појединим земљама по питању захтева морала, било добро да Суд обрати пажњу на домаће судске пресуде и да види које су мере тамо биле неопходне да се заштити морал. Суд је дошао до истог закључка и у случају *Mler и други против Швајцарске*. Као што смо видели, Суд није нашао да је дошло до кршења члана 10. Осуда тужиоца на основу члана 204 Швајцарског кривичног закона требало је да служи да би се заштитио морал. Данас, као и у време *Handyside* пресуде није могуће пронаћи у правним и друштвеним прописима држава уговорница, униформну европску концепцију о томе шта је морал. Схватања о томе шта представљају захтеви морала разликују се временом и од места до

[15] Милер и други против Швајцарске, 24. мај 1988. Series A No 133

места, посебно у наше доба. Из разлога што је у директном и непрестаном контакту са основним снагама у својим земљама, државна власт је у принципу у бољој позицији него неки међународни судија да дâ мишљење о тачном значењу тих захтева као и о „неопходности" и „ограничењу" или „кажњавању" у вези са њима.

Европски суд за људска права се у својим пресудама мање разликује од пресуда националних судова када је у питању одређивање онога што је неопходно за одржавање ауторитета и независности судства. Ово је расправљано у случају *Sunday Times против Уједињеног Краљевства.* Домаће право и пракса држава уговорница открива прилично значајну меру заједничких основа у овој области. Ово је видљиво у неким одредбама Конвенције. Кад год то сматра разумним и могућим, Суд треба да ствара униформне међународне, европске стандарде за уживање права и слобода који се налазе у Конвенцији. Ово би могло да се уради постепено, када се појави прилика за то и када се у потпуности размотре национални правни системи.

У случају *Worm против Аустрије*, Суд је нашао да члан 10 није био прекршен када је новинар осуђен за утицање на исход судског поступка путем чланка који описује суђење високом политичком функционеру за утају пореза. Суд је поновио своју пресуду из случаја *Sunday Times*, да поље слободне процене може бити уже када држава покушава да одржи ауторитет и непристрасност судства. Суд је рекао да се осуда тужиоца не може сматрати супротном члану 10 Конвенције само због тога што можда не би била донета у неком другом правном систему.

За дозвољено мешање у права гарантована Конвенцијом не само да мора да се задовољи неки посебан јавни интерес, већ оно мора бити у одређеној форми. Мора бити „прописано законом". Овај захтев штити постојање владавине права у сваком демократском друштву. Само увођење неког закона или прописа у правни систем, који није јасно дефинисан не производи одговарајуће правно дејство. Нејасни закони крше неколико битних вредности. Прво, због тога што се претпоставља да је човек слободан да изабере између законитог и незаконитог понашања, инсистира се на томе да закони дају човеку нормалне интелигенције разумну шансу да сазна шта је забрањено тако да се може понашати у складу са тим. „Нејасни закони, због тога што не обезбеђују одговарајуће упозорење, могу да доведу до осуде невиног појединца. Ако се намерава спречити арбитрерна и дискриминаторна примена, закони морају обезбедити експлицитне стандарде за оне који их примењују. Нејасан закон делегира одређена основна питања полицији и судијама да их реше на *ad hoc* и субјективан начин, уз непрестану опасност од арбитрерне и дискриминаторне примене. Нејасна значења у законима неизбежно воде грађане све даље у незакониту зону, до чега не би дошло када би границе забрањених делатности биле јасно одређене"[16].

Европски суд је разматрао ово питање у већ помињаном случају *Sunday Times против Уједињеног Краљевства* у коме је расправљао да ли се судска од-

[16] Mark Janis, Richard Kay, Anthony Bradley, *European Human Rights Law, Oxford*, 2000, стр. 213

лука о непоштовању суда може сматрати као услов „прописано законом" за одржавање ауторитета и непристрасности суда. Став тужиоца је, између осталог, био да је право о непоштовању суда, и пре и после Дома Лордова, било тако нејасно и неодређено да принципи наведени у тој одлуци и наметнута ограничења не могу испуњавати онај услов „прописано правом". Влада, пак, стоји на становишту да су ограничења у складу са правом и да су на основу чињеница случаја биле барем грубо предвидљиве. Суд је приметио да реч „право" у изразу „прописано правом" не обухвата само писане законе већ и неписано право. У складу са тим, суд овде не придаје важност чињеници да је непоштовање суда творевина *common law* система а не резултат рада законодавног тела. Очигледно је да би било супротно намери стваралаца Конвенције сматрати да ограничења наметнута *common law* системом не спадају у оквир института „прописано правом" само због тога што нису исказана у форми закона. Ово би лишило државу са таквим правним системом која је страна уговорница Конвенције заштите члана 10 став 2 и погодило саме темеље правног система те државе.

Према мишљењу Суда, постоје два захтева која проистичу из израза „прописано законом". Прво, закон мора бити на одговарајући начин доступан. Сваки грађанин мора имати могућност да на дати случај примени одговарајућа правна правила. Друго, норма не може бити сматрана „правом" уколико није формулисана довољно прецизно да омогући грађанима да регулишу своје понашање. Они морају бити у стању, уколико је потребно уз одговарајући савет, да предвиде, до степена који је разуман у датим околностима, последице које дато понашање може изазвати. Те последице не морају бити предвидљиве са апсолутном сигурношћу јер искуство показује да је то неодговарајуће. Иако је висок степен сигурности пожељан он може довести до претеране ригидности у његовој примени, а право мора бити у могућности да одржава корак са околностима које се непрестано мењају.

Суд је, у овом случају нашао да је правило *common law* система о непоштовању суда довољно еволуирало и да се са довољном сигурношћу може сматрати да утврђивање непоштовања може бити у оквиру стандарда „прописано правом" који је неопходан да би се ограничио члан 10 Конвенције.

Ограничења слободе изражавања уведена су и неким међународним уговорима. На пример, Конвенцијом о коришћењу радија у циљу мира (потписана 23. септембра 1936. а ступила на снагу 2. априла 1938. године) забрањене су радио емисије којима се угрожава унутрашњи поредак или безбедност других држава. Забрањене су и оне емисије које садрже пропаганду за подршку рату или које износе лажне податке чиме угрожавају међународну сарадњу. Ово питање регулише и Конвенција о међународном праву на исправку, која је отворена за потписивање 31. марта 1953. а ступила на снагу 24. августа 1962. године. Уколико се на територији једне државе уговорнице пласирају информације које би штетиле угледу друге државе, или њеним односима са другом државом, оштећена држава има право да истим средствима информисања представи своју верзију чињеница. Она не сме садржавати коментар или мишљење, већ само чињенице и не сме бити дужа него што је потребно да би се исправила на-

ведена нетачна информација. Копија тог „одговора" доставиће се и дописницима и информативним агенцијама које су емитовале нетачну вест. Оне ће нову информацију у најкраћем року саопштити јавности.

Закључак

У овом раду је приказана слобода изражавања, на начин како је она регулисана у члану 10 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и како ју је до сада тумачио Европски суд за људска права. Пракса Суда има велики значај за тумачење свих права из Конвенције, па самим тим и слободе изражавања.

Временом, Суд је установио шта се подразумева под изражавањем, установљени су неки стандарди слободе штампе (у случајевима *Sunday Times* и *Lingens*) и преноса информација. Оно се може манифестовати у неколико облика, као политичко, економско и уметничко изражавање. Политичко изражавање је, можемо рећи, „најслободније" у смислу да су политичари и носиоци јавне власти више изложени оку јавности и критици медија него обични грађани.

Слобода изражавања није апсолутна. Она се може ограничити под условима који су прописани у ставу 2 члана 10 Конвенције. Битно је да је ограничење неопходно у демократском друштву, да је прописано законом (што значи да сви грађани могу да сазнају која су могућа ограничења) и да је оно уведено са намером да се постигне неки легитиман циљ, као што је заштита морала, јавне безбедности или интереса других. Државним властима је овде остављено широко поље слободне процене да одреде да ли ограничења која желе да наметну испуњавају горе наведене услове. Ипак, коначну одлуку о томе која су ограничења дозвољена, а која не, даће Европски суд.

Праксом Суда успостављени су међународноправни стандарди у области људских права, које свака држава чланица Савета Европе мора да поштује. Ово је значајно питање и за Србију и Црну Гору, како због поштовања овог права у домаћем правном поретку, тако и када први спорови против ње буду покренути пред Судом у Стразбуру.

Bojan Tubić, Teaching Assistant
Novi Sad School of Law

Human rights - freedom of expression (Case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg)

Abstract

All of the most significant international treaties dealing with human rights envisage the freedom of expression, as one of the fundamental human rights. European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, article 10 regulates this freedom in the following manner: „Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises". Freedom of expression encompasses all forms of expression, be it political, economical or artistic. Special attention is dedicated to it, since it has been often infringed. The court concluded that public figures have been more in the public eye and therefore should be subject to a more severe criticism of the press. The criticism, however, needs to be related not to personality of such individuals, but to their work.

Freedom of expression is not an absolute right. Paragraph 2 of article 10 speaks thereof: „The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary". Restrictions are necessary in a democratic society only if a need for their application arises within the society, i.e. if protection of ethics and rights of others require application of restrictions. Another significant prerequisite is that such restrictions are prescribed by the law. However, the law needs to be clear and concise, so that citizens can be acquainted with the restrictions. All the restrictions are finally reviewed by the European Court of Human Rights, as the court of last instance.

УДК 343.549-053.2 (094.2)
347.18 : 347.637
347.637 : 347.18
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 551-570

Петар Ђундић, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

РЕДОВНО БОРАВИШТЕ ДЕТЕТА У ПРАКСИ ПРИМЕНЕ ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ГРАЂАНСКОПРАВНИМ АСПЕКТИМА МЕЂУНАРОДНЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ ОД 25. ОКТОБРА 1980. ГОДИНЕ

Сажетак: *Рад обухвата приказ и анализу најзначајнијих судских одлука донетих у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, од стране судова у државама уговорницама, са посебним освртом на схватања у погледу појма редовног боравишта детета. Закључак о томе да ли је дете имало редовно боравиште на територији државе уговорнице, непосредно пре незаконитог одвођења или задржавања, кључан је за доношење одлуке којом се налаже његово враћање у ту државу. Изостанак дефиниције редовног боравишта детета у тексту конвенције, довео је до покушаја да се овај појам уобличи кроз праксу судова, као и кроз доктринарне радове. При томе, судови су се, између осталог, бавили и односом између редовног боравишта деце и редовног боравишта њихових родитеља, могућношћу непостојања и конкуренције редовних боравишта, као и питањем да ли редовно боравиште детета може настати као резултат његовог незаконитог одвођења или задржавања у једном месту.*

Кључне речи: *Редовно боравиште детета, незаконито одвођење и незаконито задржавање, право на старање и право на виђање.*

Поље примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце

Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (у даљем тексту: конвенција) усвојена је 25. октобра 1980. године, под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право. Конвенција се сматра једном од најуспешнијих у оквиру ове организације, с обзиром на то да је прихваћена од стране великог броја држава. Наиме, према стању од новембра 2003. године ова конвенција је на снази у 74 земље.[1] СФРЈ је ратификовала ову конвенцију 1991. године.[2]

Поље примене конвенције одређено је кроз њене циљеве који су дефинисани у члану 1. Према наведеном члану, ти циљеви су:

а) да обезбеди што хитнији повратак деце незаконито одведене или задржане у некој држави уговорници; и

б) да обезбеди да се права на старање и виђање са дететом по закону једне од држава уговорница стварно поштују у другој држави уговорници.

За целовито сагледавање циљева конвенције неопходно је имати у виду и текст преамбуле уз конвенцију[3], у којем државе уговорнице изражавају чврсто уверење да су интереси деце од највеће важности у стварима које се тичу повере деце, као и настојање да се деца на међународном плану заштите од штетних ефеката незаконитог одвођења или задржавања, да се успостави процедура која обезбеђује хитан повратак деце у државу њиховог редовног боравишта, као и да се обезбеди заштита права на виђање детета.

Према томе, имајући у виду циљеве конвенције, могућност њене примене превасходно зависи од тога да ли се одвођење или задржавање детета може сматрати незаконитим. Према члану 3. одвођење или задржавање детета је не-

[1] Конвенција је ступила на снагу 1. децембра 1983. године и важи у следећим државама: Аргентина, Аустралија, Аустрија, Бахами, Белизе, Белорусија, БЈР Македонија, Босна и Херцеговина, Буркина Фасо, Велика Британија, Венецуела, Грчка, Грузија, Данска, Еквадор, Зимбабве, Канада, Ирска, Израел, Исланд, Италија, Јужна Африка, Кина (само за Хонг Конг), Кипар, Колумбија, Костарика, Луксембург, Мађарска, Маурицијус, Мексико, Молдавија, Монако, Немачка, Нови Зеланд, Норвешка, Панама, Парагвај, Пољска, Португалија, Румунија, САД, Свети Китс и Невис, Словачка, Словенија, Србија и Црна Гора, Туркменистан, Узбекистан, Финска, Фиџи, Француска, Холандија, Хондурас, Хрватска, Чешка Република, Чиле, Швајцарска, Шведска, Шпанија (у неким од ових земаља конвенција важи само у односу на неке од наведених држава уговорница).

[2] Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, Сл. лист СФРЈ Међународни уговори бр. 7/91. Сукцесија СРЈ, односно СЦГ у односу на Конвенцију је призната од 27. 9. 1991. године, односно од дана када је она постала обавезујућа за бившу СФРЈ.

[3] Преамбула је грешком изостављена из текста конвенције који је објављен у Закону о ратификацији.

законито када представља повреду права на старање[4] које припада неком лицу, институцији или другом телу, по закону државе у којој је дете имало редовно боравиште непосредно пре одвођења или задржавања. При том, није битно да ли се права на старање о детету која су повређена изводе непосредно из закона државе редовног боравишта детета, одлуке судског или управног органа те државе или споразума коме се признаје правно дејство према закону дотичне државе. Неопходно је само да је лице, институција или друго тело коме припадају права на старање о детету, ова права заиста и остваривало или би их остваривало да није дошло до незаконитог одвођења детета из државе његовог редовног боравишта или до његовог незаконитог задржавања.

За одређивање поља примене конвенције велику важност има и члан 4. Њиме је предвиђено да се конвенција примењује у случајевима када је дете имало редовно боравиште у некој од држава уговорница непосредно пре повреде права на старање или на виђање. Такође, она се примењује само у односу на децу која нису навршила 16 година.

Заштитни механизам успостављен конвенцијом почива на обавези држава уговорница да одреде централне извршне органе (члан 6). Ови органи имају дужност да међусобно сарађују како би се постигло што хитније враћање детета из државе уговорнице у коју је оно одведено или у којој је задржано. Наиме, чланом 8. даје се могућност субјектима чија су права на старање о детету повређена незаконитим одвођењем или задржавањем детета да поднесу молбу централном извршном органу државе редавног боравишта детета или државе у којој је дете одведено или задржано, тражећи њихову помоћ. Ови органи су чланом 7, поред осталог, овлашћени и да непосредно или преко посредника покрену поступак пред судом или управним ораганом замољене државе који би требало да се оконча доношењем одлуке о враћању детета у државу у којој је оно имало редовно боравиште непосредно пре незаконитог одвођења или задржавања. Са друге стране, субјекти поменути у члану 8. имају могућност да, у складу са одредбом члана 29, и сами непосредно покрену поступак пред судом или органом управе државе у коју је дете незаконито одведено или у којој је задржано, и да тако издејствују доношење одлуке ових органа о враћању детета.

Несумњиво је да ће одлука суда или органа управе замољене државе о томе да ли ће наложити враћање детета у државу из које је одведено зависити првенствено од њиховог схватања да ли је дете пре одвођења или задржавања имало редовно боравиште (да ли је било настањено) у држави уговорници из које

[4] Право на старање о детету (*rights of custody*), према члану 5. став 1(а) конвенције, обухвата права која се односе на старање о личности детета, а посебно право одређивања редовног боравишта детета. Могло би се узети да је реч о еквиваленту родитељског права, у смислу Закона о браку и породичним односима Србије. Према ЗБПО, родитељско право врше родитељи заједнички и споразумно (члан 123.). У случају одвојеног живота родитеља, родитељско право врши родитељ са којим дете живи (члан 124.). О могућности да незаконито одвођење детета, у смислу конвенције, изврши родитељ коме је након престанка заједничког живота поверено вршење родитељског права, види: М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право општи део*, Београд, 2004, стр. 116.

је одведено. Наиме, према тумачењу члана 4. које даје П. Нај (*P. Nygh*)[5], конвенција неће бити примењена ако је дете одведено или задржано у држави која није уговорница или ако дете није, непосредно пре одвођења или задржавања, имало редовно боравиште у држави уговорници. С обзиром на могућност заштите деце од штетних ефеката отмице зависи од тога да ли је дете имало редовно боравиште у држави уговорници непосредно пре одвођења или задржавања, неопходно је посветити посебну пажњу значају редовног боравишта као тачке везивања.

Значај редовног боравишта као тачке везивања

Редовно боравиште као тачка везивања се често среће у конвенцијама које су закључене у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право. „Од 1960. године, тек неколико Хашких конвенција не користи овај концепт, а тада су у питању конвенције чији предмет чини неподобним укључивање редовног боравишта."[6] Нарочито је значајна употреба ове тачке везивања у међународном породичном праву, с обзиром да она одговара захтевима мобилног, савременог друштва, што није случај са тачкама везивања као што су пребивалиште или држављанство.

Конвенција о отмици деце означава државу редовног боравишта детета као државу уговорницу у коју је неопходно вратити дете након незаконитог одвођења или задржавања. У потпуности се чини логичним решење да суд пошаље дете које је незаконито одведено или задржано назад у друштвено окружење у којем је дете боравило пре незаконитог одвођења или задржавања.[7] Један од циљева који су желели да постигну творци конвенције био је и тај да мериторну одлуку о повери детета на старање донесе суд државе у којој је дете имало редовно боравиште пре незаконитог одвођења или задржавања, као најприкладнији орган за доношење овакве одлуке. Овакав закључак се може извести тумачењем одредаба конвенције. Наиме, члан 16. конвенције гласи: „Након добијања обавештења о незаконитом одвођењу или задржавању детета у смислу члана 3, судски или управни орган државе уговорнице у коју је дете одведено или у којој је задржано неће доносити мериторну одлуку о праву на старање све док се не утврди да се дете неће вратити на основу ове конвенције или, ако није поднесена молба на основу ове конвенције, у разумном периоду после приспећа обавештења." Такође, значајна је и одредба члана 19: „Одлука на основу ове конвенције у вези са повратком детета неће се сматрати мериторном о било ком

[5] Види: Б. Бордаш, *Породичноправни односи у међународном приватном праву*, Нови Сад, 2000, стр. 208.

[6] P. R. Baumont, P. E. Mc Eleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, 1999, стр. 88.

[7] Види, *Исто*, стр. 89.

питању у вези са правом на старање." На овај начин, искључењем судова државе уговорнице у коју је дете незаконито одведено из мериторног одлучивања о повери детета, имплицитно се оваква одлука ставља у надлежност суда државе у коју дете треба да буде враћено, тј. у којој је оно имало редовно боравиште.

Без обзира на очигледно пресудан значај схватања судова о томе да ли једно дете има или нема редовно боравиште у држави уговорници, када је у питању примена конвенције, у самој конвенцији није дата дефиниција редовног боравишта детета. Штавише, оваква дефиниција није садржана ни у једној од бројних конвенција донетих под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право, а које користе ову тачку везивања. Разлог за ово треба тражити у жељи твораца конвенције да појам редовног боравишта задржи фактички карактер.[8] На овај начин, уколико се постојање редовног боравишта сматра чињеничним питањем избегавају се тешкоће око интерпретације овог појма у различитим правним системима. Постоје и мишљења да је ово главни разлог коришћења ове тачке везивања, тј. да се на овај начин избегава коришћење тачака везивања које имају различите правне дефиниције у различитим правним системима.[9] Међутим, богата судска пракса примене конвенције имала је за резултат покушаје дефинисања овог појма и одређивања граница у којима се судови могу кретати приликом утврђивања да ли постоји редовно боравиште детета у одређеној држави уговорници.[10] Такође, покушаји дефинисања редовног боравишта јављају се у пракси појединих институција.[11]

У пракси примене конвенције од стране судова у државама уговорницама[12] јавио се читав низ питања у вези са редовним боравиштем деце. Поред судова, обрађивањем ових питања бавила се и правна доктрина. Овај рад, који треба да послужи као сажет приказ схватања редовног боравишта детета у пракси примене поменуте конвенције, фокусираће се на три питања:

1. Однос између редовног боравишта родитеља и редовног боравишта деце;
2. Непостојање редовног боравишта детета и постојање више редовних боравишта; и
3. Могућност заснивања редовног боравишта детета његовим незаконитим одвођењем или задржавањем

[8] P. R. Baumont, P. E. Mc Eleavy, *op. cit*., стр. 89.

[9] Види: R. Schuz, *Policy Consideration in Determing the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Contex*, Electronic Journal of Family Law, Fall 2001, 5.

[10] У пракси судова Велике Британије се нарочито види настојање да се одреде критеријуми за постојање редовног боравишта. Види: *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) (1990) 2 AC 562, (1990) 2 All ER 961, (1990) 2 FLR 450, sub nom C v. S. (A minor) (Abduction).*

[11] Нпр. Резолуција Комитета министара Савета Европе, Стандардизација правног појма домицила и боравишта (1972).

[12] Судске одлуке које се односе на примену конвенције се могу пронаћи у електронској бази података о међународној отмици деце (INCADAT). База података је успостављена од стране Хашке конференције, са циљем да се најважније одлуке националних судова у овој области учине доступним правницима и правним писцима. Овој бази података могуће је приступити преко веб сајта Хашке конференције www.hcch.net

(1) Однос између редовног боравишта родитеља и редовног боравишта деце

Када је реч о односу између редовног боравишта родитеља и редовног боравишта деце, основно питање које се јавља је питање да ли дете може имати редовно боравиште које ће се разликовати од редовног боравишта лица која се о њему старају, тј. његових родитеља. У правној доктрини се јавља мишљење да редовно боравиште детета не може бити идентификовано са редовним боравиштем његових родитеља, односно да се не може безусловно прихватити фикција да је редовно боравиште детета увек тамо где се налазе лица која се о њему старају, будући да би прихватање супротног решења водило угрожавању „чињеничне основе" редовног боравишта, тј. угрожавање концепта по ком питање његовог постојања представља питање чињеница а не питање права.[13] Чини се да наведено гледиште подржава и судска пракса. У америчком случају *Feder v. Evans- Feder*, суд је заузео становиште да је редовно боравиште место на којем је дете физички присутно у времену које је потребно за његову аклиматизацију и у односу на које постоји одговарајући степен „намере настањења" посматрано из перспективе детета.[14]

С друге стране, узраст детета је чињеница која игра велику улогу у стицању и утврђивању његовог редовног боравишта. Потпуно је јасно да деца нижег узраста не могу стећи редовно боравиште које би се разликовало од редовног боравишта њихових родитеља. На пример, једногодишње дете не би могло опстати без неге коју му пружају лица која се о њему старају, тако да је „осуђено" да дели редовно боравиште са својим родитељима. У случају који се 1990. године јавио пред енглеским Домом лордова[15], суд се осврнуо на наведено питање. Случај се тицао наводно незаконитог одвођења детета, дечака старог 2 године и 4 месеца, из Аустралије где је живео од рођења са својим родитељима. Родитељи нису били у браку, а отац није уживао право на старање над дечаком. У марту 1990. године, мајка је напустила свог ванбрачног супруга и отишла са дететом у Енглеску, земљу свог порекла. Након подношења захтева од стране оца, аустралијски суд му је, својом одлуком из априла исте године доделио искључиво право на старање о детету. Неколико дана након тога, аустралијски централни извршни орган је поднео молбу ради хитног повратка детета. У поступку који је покренут пред Високим судом Енглеске, суд је утврдио да није дошло до незаконитог одвођења детета од стране мајке. Ову одлуку је потврдио Апелациони суд у мају 1990. године. Уследио је поступак пред Домом лордова. Према оцени овог суда, да би захтев за повратак детета био успешан, било је неопходно да отац докаже да је његово право на старање о дечаку повређено одвођењем од стране мајке у Енглеску, у смислу члана 3. конвенције. Како је ово право на старање отац стекао тек одлуком аустралијског суда из

[13] Види, P. R. Baumont, P. E. Mc Eleavy, *op. cit.*, стр. 91.

[14] *Feder V. Evans-Feder, F.3d 217 (3. Cir. 1995)*

[15] *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) (C. A)* (1990)

априла 1990. године, требало је доказати да је редовно боравиште његовог сина у том тренутку било у Аустралији, тј. да оно није промењено одвођењем детета од стране мајке, што се догодило неколико недеља пре доношења ове одлуке. Према схватању које је усвојио суд, када сасвим мало дете има само једног старатеља (у овом случају мајку), његово редовно боравиште је нужно исто као и редовно боравиште његовог старатеља. Самим тим, променом редовног боравишта мајке, селидбом у Енглеску уз намеру сталног настањења у овој земљи, промењено је и редовно боравиште детета. Из тог разлога суд је донео одлуку којом се одбија враћање детета. До сличних закључака енглески судови су долазили и у неким другим случајевима.[16]

Значај који се даје редовном боравишту родитеља приликом одређивања редовног боравишта њихове деце потиче из чињенице да децу често њихов узраст спречава у формирању намере настањења у одређеном месту. Због тога судови нису објективно у могућности да процењују постојање овакве намере код деце приликом утврђивања њиховог редовног боравишта. Уместо тога, полази се од намере лица која се о деци старају. С друге стране, судска пракса показује оклевање судова да прихвате постојање редовног боравишта детета у једној држави само на основу воље његовог родитеља да ту заснује редовно боравиште, уколико дете није и заиста провело одређени временски период на територији дате државе. На пример, у сличају *Friedrich v. Friedrich*[17], отац, немачки држављанин, поднео је захтев за враћање сина Т., тврдећи да је дошло до незаконитог одвођења детета од стране мајке. Пре овог догађаја породица је живела у Немачкој, где се мајка, америчка држављанка налазила у служби као члан америчких оружаних снага. Након једне свађе током које је отац приморао мајку и сина да напусте породични дом, мајка је одвела дете у Сједињене Америчке Државе. У поступку пред америчким судом мајка је тврдила да није дошло до незаконитог одвођења детета због тога што је, према њеном схватању, Т. имао редовно боравиште у Сједињеним Америчким Државама. Ову тврдњу мајка је заснивала на три аргумента: 1. Т. је амерички држављанин, 2. у америчким документима, као његова стална адреса била је наведена адреса у Охају, 3. она је намеравала да се врати тамо са својим сином након што добије отпуст из војне службе. Суд је закључио да се сви аргументи мајке односе на будућност, да указују на њену намеру да заснује редовно боравиште у Сједињеним Америчким Државама, а да је неопходно утврдити где је редовно боравиште детета у садашњости. Суд је нашао да је мајка успоставила значајне везе између свог сина и Сједињених Америчких Држава и да је намеравала да тамо живи са дететом у будућности, али пошто њене намере нису релевантне, редовно боравиште детета се налази у Немачкој, где је Т. живео од свог рођења.

Дакле, обично се тражи одређени временски период који дете мора провести на територији државе уговорнице и који је неопходан за његово уклапа-

[16] *Re B* (Minors) (Abduction) (No.2) (1993) 1 FLR 993, (1993) Fam Law 450, *Re V (Abduction: Habitual Residence)* (1995) 2 FLR 992, (1996) Fam Law 71, itd.

[17] *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396, 125 ALR Fed. 703 (6th Cir. 1993).

ње у друштвено окружење, како би се сматрало да оно има редовно боравиште у тој држави. Тај временски период варира од случаја до случаја. У енглеском случају *V v B (A Minor) (Abduction)*[18] овај период је износио два месеца, у случају *Cameron v. Cameron*[19] дужина боравка неопходна за заснивање редовног боравишта износила је три месеца, у већ поменутом случају *Feder v. Evans-Feder*[20] суд је нашао да је шестомесечни боравак четворогодишњег детета у Аустралији довољан за заснивање редовног боравишта у тој држави.

У свим наведеним случајевима судови приликом оцене о томе да ли је дошло до заснивања редовног боравишта детета у држави уговорници полазе од дужине боравка детета у конкретној држави, али се осврћу и на постојање намере настањења код његових родитеља, а нарочито на постојање чињеница које би указивале на уклапање детета у друштвено окружење. Тако, у случају *Cameron v. Cameron* суд је закључио да су две девојчице, пре незаконитог задржавања од стране мајке у Енглеској, имале редовно боравиште на француској територији. Девојчице су у периоду који је претходио незаконитом задржавању живеле у Француској само три месеца, али су се тамо налазиле на основу споразума својих родитеља, и што је нарочито битно, оне су у Француској похађале школу, биле укључене у одређене друштвене активности са другом децом, тамо им је била обезбеђена здравствена заштита, што су све чињенице које указују да су се деца уклопила у друштвено окружење, те да је њихово редовно боравиште непосредно пре незаконитог задржавања било у Француској.

У случају када оба родитеља врше право старања над дететом, до промене његовог редовног боравишта може доћи само уколико постоји сагласност оба родитеља у погледу заснивања редовног боравишта у некој другој држави (нпр. селидба породице из једне у другу државу из економских или других разлога).[21]

Проблем се, по правилу, јавља када се након пресељења породице у другу државу један од супружника предомисли, одлучи да се врати у државу у којој је породица раније живела и са собом поведе дете. У случају да други родитељ покрене поступак за враћање детета по конвенцији, суд треба да утврди да ли је дошло до заснивања редовног боравишта детета у држави из које је незадовољни супружник одвео дете.[22]

Чести су у пракси и случајеви у којима један од брачних другова отпутује у другу државу са дететом (по правилу ради посете рођацима), па након одређеног времена одбије да врати дете на захтев другог родитеља, тврдећи да је дошло до заснивања новог редовног боравишта детета и да је сврха путовања била стално настањење у другој држави. У оваквим случајевима задатак суда

[18] *V. v. B. (A Minor) (Abduction) (1991)* 1 FLR 266, (1991) Fam Law 138.

[19] *Cameron v. Cameron* 1996 SC 17, 1996 SLT 306, 1996 SCLR 25

[20] *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995).

[21] У случају *N. v. O. (1999) 1 HKLRD 68* пред судом Хонг Конга закључено је да дете има редовно боравиште својих родитеља. Могућа је промена тог редовног боравишта само уз њихову међусобну сагласност.

[22] Види *Re F (A Minor) (Child Abduction)* (1992) 1 FLR 548, (1992) Fam Law 195.

приликом утврђивања редовног боравишта детета се своди на утврђивање намере његових родитеља, тј. на утврђивање да ли је путовање детета у другу државу представљало само одмор, временски ограничену посету рођацима, или је до њега дошло уз постојање намере оба родитеља да дете буде стално настањено у тој држави. Од одговора на ово питање зависи и одлука суда у погледу тога које место представља редовно боравиште детета.

Управо пред оваквим питањем се нашао Врховни суд државе Њујорк у случају *Cohen v. Cohen*[23] из 1993. године. Случај се тицао наводног незаконитог одвођења трогодишњег и четворогодишњег детета од стране мајке из Израела у Сједињене Америчке Државе. Родитељи деце били су у браку, а деца су са родитељима живела у држави Охајо, САД до децембра 1992. године. У ово време отац је одвео двоје деце са собом у Израел. У мају следеће године мајка је искористила свој боравак у Израелу како би децу, кријући то од оца, одвела назад у САД. Након што је отац затражио помоћ од израелског централног извршног органа, у сарадњи са централним извршним органом САД, пред поменутим судом је покренут поступак ради враћања деце по одредбама конвенције.

Према схватању суда, кључно је било утврдити сврху одласка оца са децом у Израел у децембру 1992. године. Наиме, отац је тврдио да је ово путовање предузето како би се они у тој држави стално настанили. Према његовим тврдњама, мајка је с овим била сагласна и требало је да им се придружи кроз неколико месеци. Сходно томе, доласком у Израел деца су стекла редовно боравиште у овој земљи које је постојало и у тренутку одвођења деце од стране мајке.

С друге стране, аргументација мајке се заснивала на тврдњи да је редовно боравиште деце увек било у САД, да је њен супруг заиста отишао у Израел са намером да тамо стално живи, али да су деца уз њен пристанак отпутовала са њим само на неколико недеља, како би посетила очеве родитеље.

Суд је био принуђен да изведе закључак о сврси посете на основу доказа које су презентовале странке. Отац је као доказ за своје тврдње понудио авионске карте у једном правцу за њега и децу и чињеницу да је, пре пута, продао сав алат који му је био неопходан за бављење послом. Такође, тврдио је да му је супруга сама помогла да прикупи новац за пут, што указује да се сагласила са пресељењем деце у Израел. Мајка је потврдила да је заиста помогла супругу, али је изнела да је то учинила само како би омогућила својој деци да упознају бабу и деду. Осим тога, она је предложила саслушање сведока који су изнели да је отац купио карте у једном правцу само зато што није имао новац за повратне карте, те да је новац за повратак требало да заради тако што ће се запослити у Израелу. Они су посведочили да пре пута није уприличена никаква опроштајна забава за децу. Мајка је даље тврдила да је деци пре пута спаковала одећу неопходну за боравак у трајању од две до три недеље.

Суд је приликом утврђивања намере мајке нарочито обратио пажњу на њено понашање након што је схватила да повратак деце неће бити брз. Наиме, она се обраћала за помоћ различитим америчким државним органима, а када је

[23] *Cohen v. Cohen,* 158 Misc. 2d 1018, 602 N.Y.S. 2d 994 (Sup. Ct. 1993).

постало јасно да на овај начин неће успети да обезбеди повратак своје деце, сама је одвела децу из Израела у САД.

Суд је, према свему изнетом, нашао да су уверљивији докази које је презентовала мајка, и дошао до закључка да ни шестомесечни боравак деце у Израелу није водио заснивању редовног боравишта у овој земљи, будући да у време њиховог одласка није постојала обострана намера странака да њихова деца буду настањена у Израелу. Самим тим, ни одвођење деце у САД од стране мајке није било незаконито.[24]

Из претходно наведеног, јасно произилази значај субјективног елемента, односно намере лица која се старају о деци, када је реч о губитку и стицању редовног боравишта деце. Као што је већ речено, проблем за судове представља утврђивање овакве намере код лица која се о деци старају. У појединим случајевима, посао суда је знатно олакшан постојањем споразума између родитеља који не живе заједно, у погледу тога са којим ће од њих дете живети.[25]

(2) Непостојање редовног боравишта детета и постојање више редовних боравишта

Хашком конвенцијом о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце предвиђено је, у члану 4, да ће се она примењивати на дете које је имало редовно боравиште у држави уговорници непосредно пре било какве повреде права на старање или виђање. Имајући ово у виду, јасно је да нема места стављању у покрет заштитног механизма конвенције ако је дете, пре одвођења или задржавања имало редовно боравиште у држави која није уговорница конвенције или ако дете у том тренутку није уопште имало редовно боравиште.

Чини се да би интереси заштите деце од незаконитог одвођења или задржавања били најлакше остварени прихватањем схватања према којем би дете увек морало да има редовно боравиште на одређеном месту, што би омогућило примену конвенције. У великом броју случајева који се у пракси јављају, жеља да се омогући постојање редовног боравишта детета у сваком тренутку, водила би прихватању могућности „тренутног" губитка и стицања редовног боравишта. На пример, ако би родитељи одлучили да се са децом преселе из једне у другу државу, моментом напуштања територије државе њиховог редовног боравишта то редовно боравиште би престало да постоји. Истовремено, ступањем породице на територију државе усељења, дошло би до заснивања новог редовног боравишта.

У случају *Re F (A Minor) (Child Abduction)*, који се 1992. године нашао пред Апелационим судом Енглеске, истакнуто је да је за успешну примену конвенције важно да дете има, кад је год то могуће, редовно боравиште. У супротном,

[24] Види, такође, *Harkness v. Harkness*, 227 Mich. App. 581, 577 N. W. 2d 116 (Mich. Ct. App. 1998).

[25] Овакав споразум је постојао и у случају *Cameron v. Cameron*. За одређивање редовног боравишта детета у случајевима његовог слања на школовање у другој држави види P. R. Baumont, P. E. Mc Eleavy, *op. cit*., стр. 98.

не би постојала могућност његове заштите од незаконитог одвођења из државе у којој је до тада боравило. Тим поводом суд је закључио да, када постоји одлука родитеља да породица буде стално настањена у једној држави, и месец дана њиховог боравка у тој држави представља довољан временски период за заснивање редовног боравишта.

На тај начин, кроз прихватање изузетно кратких рокова неопходних за стицање редовног боравишта, омогућава се да заштитни механизам конвенције делује у корист детета. Међутим, друго је питање да ли је оваква пракса енглеских судова и сама у супротности са духом конвенције. Наиме, конвенција има у виду редовно боравиште као центар животних активности детета, тј. као друштвену средину у коју се оно потпуно уклопило. Основано се може поставити питање да ли је боравак на једном месту у трајању од месец дана довољан за адаптацију детета на ново животно окружење. Питање добија на тежини ако се има у виду да је један од имплицитних циљева конвенције да омогући управо судовима државе у којој дете има редовно боравиште да, као најприкладнији суд, донесе мериторну одлуку о праву на старање над дететом. Несумњиво је да суд државе у коју се дете тек доселило, и провело изузетно кратак временски период, није у бољој позицији да процењује све околности значајне за доношење овакве одлуке у односу на, на пример, суд државе у којој је дете претходно боравило и чији је оно држављанин.

Наведени случај представља илустрацију настојања судова да деци обезбеде заштиту од незаконитог одвођења или задржавања кроз прихватање постојања њиховог редовног боравишта у сваком тренутку. Међутим, у пракси постојање редовног боравишта детета у сваком тренутку није увек могуће. У често цитираној пресуди Апелационог суда Енглеске, у случају *Re J (A Minor) (Child Abduction)* из 1990. године, прихвата се да постоји значајна разлика између губитка редовног боравишта у једној држави и његовог заснивања у другој. Суд је заузео становиште да је могуће да једна особа изгуби редовно боравиште у једној држави у само једном дану, ако напусти ову државу са намером да се у њу не враћа. С друге стране, искључена је могућност да таква особа стекне редовно боравиште у другој држави у току једног јединог дана. Према схватању суда, да би редовно боравиште било засновано неопходан је проток значајног временског периода и намера настањења у одређеној држави.

Поједини аутори имају критички став према оваквом решењу. Тако, енглески аутор Клајв (*Clive*) истиче нецелисходност и непотребност оваквог решења. Према његовом мишљењу, нецелисходно је дозволити да једна особа нема редовно боравиште, нарочито имајући у виду све већи значај који се даје овој тачки везивања. Осим тога, он истиче да је овакво решење и непотребно јер би било у складу са уобичајеним значењем редовног боравишта прихватити да једна особа стиче редовно боравиште у одређеном месту, ако њен боравак није пролазног карактера и ако намерава да се ту задржи дужи временски период, тренутком доласка у то место.[26] С друге стране, постоје и мишљења да се

[26] E. Clive, *The Concept of Habitual Residence*, „Juridical Review", 3/1997, 143.

заштита деце применом конвенције не може обезбедити инсистирањем да дете у сваком тренутку има редовно боравиште у некој од држава уговорница. Истиче се да непостојање редовног боравишта детета не би требало сматрати непожељним. Наиме, уколико не постоји стварна веза између детета и одређене државе, уколико дете није заиста интегрисано у друштвено окружење, корист од његовог враћања у ту државу не би била велика.[27] Осим тога, инсистирање на томе да дете увек има редовно боравиште водило би и прихватању могућности „тренутног" стицања редовног боравишта, како је то претходно описано, што не би било у складу са чињеничном основом овог појма и водило би његовом изједначавању са домицилом. Због тога се сматра да овај принцип постојања редовног боравишта детета у сваком тренутку треба применити само када дете има довољно чврсту везу са државом у коју треба да буде враћено.[28]

Питање постојања два редовна боравишта детета се такође јавило у пракси примене Хашке конвенције. Чињенична основа појма редовног боравишта, бар теоретски, оставља могућност да једна особа има два редовна боравишта. На пример, могуће је да једно дете проводи одређени временски период у току године наизменично код родитеља који су разведени, а који живе у различитим државама. Уобичајено схватање појма редовног боравишта могло би водити закључку да ово дете има редовно боравиште у обе државе истовремено. Међутим, из текста конвенције произилази да су њени творци имали у виду само случајеве у којима се деца одводе из државе у којој имају редовно боравиште у неку другу државу. Уколико би се прихватило постојање два редовна боравишта, то би у пракси омогућило појаву случајева у којима је дете одведено из места свог редовног боравишта у место другог редовног боравишта. Тада конвенција не би могла бити примењена. Из тог разлога судови су, у малом броју случајева у којима су се изјашњавали о овом питању, одбацили могућност конкуренције редовних боравишта.

Аустралијски апелациони суд је у случају *S. Hanbury-Brown and R. Hanbury-Brown v. Director General of Community Services (Central Authority) (1996)*[29], одбацио аргументацију правног заступника мајке која је тражила враћање деце из Аустралије, а која се односила на то да су деца имала два редовна боравишта у Аустралији и САД. У жалби којом је нападнута одлука првостепеног суда, истиче се да када деца имају два редовна боравишта, треба применити конвенцију у случају одвођења деце из било које од ове две државе. Суд је одбацио овакву аргументацију позивајући се на то да је могућност постојања два редовна боравишта у нескладу са текстом конвенције.

До сличног закључка је дошао и Високи суд Енглеске у случају *Re V. (Abduction: Habitual Residence) (1995)*.[30] Случај се односио на наводно незаконито

[27] P. R. Baumont, P. E. Mc Eleavy, *op. cit*., стр. 90.

[28] R. Schuz, *op. cit*., стр. 22

[29] *S. Hanbury-Brown and R. Hanbury-Brown* v. *Director General of Community Services (Central Authority)* (1996) FLC 92-671.

[30] *Re V. (Abduction: Habitual Residence)* (1995) 2 FLR 992 (1996) Fam Law 71.

задржавање деце у Енглеској од стране њихове мајке. Мајка је била држављанка Енглеске, а отац грчки држављанин. Родитељи су били у браку, и уживали су заједнички право старања над децом. Пре задржавања деце у Енглеској, у априлу 1995. године, породица је живела тако што је у време трајања туристичке сезоне боравила на Крфу, где је отац поседовао хотел, а зимске месеце је проводила у Лондону. Након што је мајка, приликом боравка у Лондону, саопштила оцу да не намерава да се са децом врати у Грчку, отац је поднео захтев за враћање деце на основу одредаба конвенције. Суд је стао на становиште да успех очевог захтева зависи од тога да ли он може да докаже да је редовно боравиште деце, у време њиховог задржавања, било на Крфу. Наравно, отац је тврдио да вила на Крфу представља породични дом, а да је куповина стана у Лондону представљала само инвестицију. Мајка је оспоравала ове тврдње. Њена аргументација се заснивала, између осталог, на томе да су деца имала два редовна боравишта паралелно у Енглеској и Грчкој. Суд је одбацио овакву аргументацију, истакавши да је схватање о постојању конкурентних редовних боравишта у супротности са циљевима конвенције. Међутим, суд није могао пренебрегнути чињеницу да је постојао „довољан степен континуитета'' боравка деце у Енглеској и у Грчкој, да би се обе државе могле сматрати државама редовног боравишта деце. Због тога је извео закључак да је до промене редовног боравишта долазило при сваком одласку деце из Грчке у Енглеску, и обрнуто. Према томе, у априлу 1995. године, редовно боравиште деце је било у Лондону, што је довело до одбијања очевог захтева за враћање деце.

Међутим, у доктрини се истиче да конкуренција редовних боравишта не би штетила интересима деце. Наиме, уколико би дете имало јаку фактичку везу са обе државе у којима има редовно боравиште, његово одвођење из једне у другу државу редовног боравишта не би представљало угрожавање детета. Шта више, један од имплицитних циљева конвенције је и да омогући судовима државе редовног боравишта детета, као најкомпетентнијим, да донесу мериторну одлуку о повери деце на старање. Ако би дете имало редовно боравиште у обе државе, ако би била једнако интегрисано у друштвено окружење у обе ове државе, било би у потпуности неважно који ће суд (суд једне или друге државе) донети мериторну одлуку о повери детета на старање. У случају прихватања постојања двоструког редовног боравишта, потреба заштите детета би постојала само у случају када би оно било одведено или задржано у некој трећој држави, тј. у држави у којој нема редовно боравиште.[31]

(3) Могућност заснивања редовног боравишта детета његовим незаконитим одвођењем или задржавањем

Једно од важних питања које се наметнуло у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце јесте и питање могућности заснивања редовног боравишта детета које наступа као резул-

[31] Исто

тат његовог незаконитог одвођења или задржавања. Односно, основно питање је да ли је могуће сматрати да је дете, након протока одређеног временског периода, стекло редовно боравиште у држави у коју је одведено или у којој је задржано, иако се у тој држави налази противно вољи лица чије је право старања над дететом утврђено прописима државе у којој је дете до тада имало редовно боравиште.

Ако се да потврдан одговор на ово питање, постоји опасност да се тиме да подстицај лицима која врше незакониту отмицу или задржавања деце. Осим тога, с обзиром да је примарни циљ конвенције да се омогући хитан повратак деце у државу њиховог редовног боравишта, овакво „награђивање" отмичара би довело до обесмишљавања примене конвенције. С друге стране, морало би се имати у виду да је постојање редовног боравишта првенствено питање чињеница, а не питање права. Ако би се прихватило да редовно боравиште не може да буде засновано одвођењем или задржавањем, чак ни након вишегодишњег боравка детета у новој држави, то би водило угрожавању оваквог схватања редовног боравишта.

Досадашња судска пракса је, по правилу, заузимала став да редовно боравиште детета не може бити промењено његовим незаконитим одвођењем или задржавањем. То је нарочито видљиво у пракси америчких и енглеских судова. У случају *Re B (Abduction: Childrens Objections) (1998)*[32], Високи суд Енглеске се посебно бавио овим питањем.

У поменутом случају, мајка је одвела двоје деце (старости 12 и 7 година) из Ирске, где су она живела са оцем и мајком од свог рођења, у Енглеску. Одвођење се догодило у мају 1995. године. Након тога, отац је покренуо поступак за враћање деце у складу са конвенцијом. У октобру 1995. године, енглески суд је нашао да је одвођење деце било незаконито и наредио мајци да децу врати у Ирску. Међутим, одлука није спроведена све до фебруара 1997. године, када је мајка допутовала са децом у Ирску. У међувремену, од октобра 1995. године, она се успешно крила са децом у Енглеској, избегавајући извршење судске одлуке о враћању деце.

Након краткотрајног периода поновног заједничког живота са својим супругом, мајка поново (у јуну 1997. године) одлази са децом у Енглеску. У августу исте године, отац је по други пут покренуо поступак за враћање деце, тражећи од Високог суда Енглеске у Лондону, да донесе овакву одлуку. Одбрана мајке, између осталог, била је заснована на тврдњи да одвођење деце није било незаконито, због тога што се њихово редовно боравиште (у време одвођења) налазило у Енглеској, а не у Ирској. Тврдња се заснивала на чињеници да су деца стекла редовно боравиште у Енглеској током периода након њиховог претходног одвођења, тј. у периоду од маја 1995. до фебруара 1997. године.

Суд је ипак закључио да је редовно боравиште деце у време одвођења било у Ирској. Аргументација мајке је одбачена из разлога што, према мишљењу суда, редовно боравиште деце није могло бити засновано њиховим неза-

[32] *Re B (Abduction: Childrens Objections)* (1998) 1 FLR 667.

конитим задржавањем у Енглеској. У периоду до фебруара 1997. године, деца су се несумњиво уклопила у живот у овој земљи, али је њихов боравак у Енглеској произишао из незаконитог задржавања од стране мајке и противно одлуци енглеског суда из октобра 1995. године. Због тога, будући да је редовно боравиште деце у време њиховог поновног одвођења (у јуну 1997. године) било у Ирској, суд је нашао да је ово одвођење било незаконито.[33]

До сличног закључка је дошао и Апелациони суд САД у случају *Nunez-Escudero v. Tice-Menley*[34] из 1995. године. У овом предмету суд је, између осталог, одлучивао о тврдњама мајке, која је одвела двомесечну бебу из Мексика у САД, противно вољи оца детета. Дете је у Мексику живело од рођења, са својим родитељима. Мајка је тврдила да се редовно боравиште детета налази у САД, позивајући се на чињеницу да она никада није имала намеру да заснује редовно боравиште у Мексику, где је била изложена физичком и психичком злостављању од стране супруга и супружговог оца и лишена слободе кретања. Према мишљењу суда, ако би се прихватио закључак да дете, које је провело читав свој живот у Мексику, стиче редовно боравиште у САД, само захваљујући чињеници да га је мајка одвела са собом, то би представљало „награђивање отмичара" и водило би стварању неодрживе претпоставке да се редовно боравиште детета налази на сваком месту на којем се његова мајка затекне.

Непристајање на могућност да редовно боравиште буде засновано као резултат незаконитог одвођења или задржавања детета, видљиво је и из праксе енглеских и америчких судова која се односи и на случајеве поновног одвођења деце (*Re-abduction Cases*).[35] Овде је реч о случајевима у којима након одвођења или задржавања детета од стране једног родитеља, други родитељ, самоиницијативно, одведе дете назада у државу из које је оно првобитно одведено. У случајевима у којима је долазило до покретања поступка по одредбама конвенције од стране лица која су прва извршила одвођење деце, а против „оштећеног" родитеља, судови су заузели становиште да овакве захтеве треба одбити. Наиме, првобитном отмицом деце не долази до заснивања новог редовног боравишта у држави у коју је дете одведено, већ то редовно боравиште постоји и даље у држави у коју је други родитељ, узимајући закон у своје руке, вратио дете.

У појединим случајевима судови су, доследно следећи логику немогућности заснивања редовног боравишта путем отмице деце, дошли до екстремних закључака. Тако, израелски аутор Шуц (*Schuz*) помиње случај *Isaac V. Rice* (1998) из америчке судске праксе, у којем је отац одвео дете из САД, где су он и дете живели заједно са дететовом мајком, у Израел. Након што је прошло пу-

[33] Иначе, иако је дошао до закључка да је одвођење деце од стране мајке било незаконито, суд је одбио захтев оца за њиховим враћањем. Одлука је донета на основу члана 13. конвенције који дозвољава могућност противљења детета повратку, уз услов да је дете стекло одговарајући степен зрелости да би његово мишљење могло бити узето у обзир.

[34] *Nunez-Escudero v. Tice-Menley*, 58 F 3d 374 (8th Cir. 1995).

[35] Види: *Re R (Wardship: Child Abduction)* (No.2) (1993) 1 FLR 249, (1993) Fam Law 216, Ra 1995 ref 99, *Supreme Administrative Court (regeringsratten)* (Sweden), decision of 20 December 1995, case number 4936-1995, *Cohen v. Cohen*.

них 11 година, мајка је успела да пронађе дете у Израелу и да га одведе назад у САД, кријући то од његовог оца. На иницијативу оца, покренут је поступак за враћање детета пред америчким судом. Суд је одбацио очев захтев уз образложење да није дошло до заснивања редовног боравишта у Израелу ни после 11 проведених година, јер је дете незаконито одведено у ову земљу. Како је, према схватању суда, дете задржало своје редовно боравиште у САД где га је мајка и одвела, конвенција није могла бити примењена.[36]

Наведени случајеви показују склоност судова да, у циљу доследног очувања политике „ненаграђивања отмичара", у појединим случајевима, жртвују схватање о фактичком концепту редовног боравишта у корист вештачких правних конструкција. Постојање редовног боравишта лица у једном месту је чињенично питање, и што је тај боравак дужи, вољни елемент при заснивању редовног боравишта игра све мању улогу. Вишегодишњи боравак у једном месту неизбежно доводи до заснивања редовног боравишта, па и ако једно лице на том месту борави противно својој вољи, законским нормама или судској одлуци. Проблем је могао бити избегнут да се у тексту конвенције, уз одредбу члана 12, нашла и одредба према којој незаконито одвођење детета које је праћено скривањем, ни у ком случају не може довести до промене његовог редовног боравишта.

Ако се изузму овако екстремни случајеви, пракса судова показује спремност да се прихвати да, након протека одређеног временског периода, чињеничном стању треба дати предност над правом. Наиме, уколико је од незаконитог одвођења детета протекао временски период од неколико година, ако се дете у потпуности навикло на живот у новој држави, требало би узети у обзир да је његово редовно боравиште промењено, иако је ова промена иницирана његовим незаконитим одвођењем и противно вољи родитеља чија су права на старање о детету на овај начин повређена. У већ поменутом случају *Re B (Abduction: Childrens Objections),* иако је суд закључио да редовно боравиште деце није могло бити промењено њиховим незаконитим задржавањем у Енглеској, противно судској одлуци, ипак оваква могућност није у потпуности искључена. У судској пресуди се истиче да је могуће да дете проведе већи број година у држави у коју је незаконито одведено, и да би тада било супротно здравом разуму тврдити да је његово редовно боравиште било где друго сем у држави у коју је одведено и где је провело готово читав свој живот. У литератури се, такође, често цитира део образложења пресуде енглеског суда у случају *Cameron v. Cameron,* у којој је суд заузео став да није неопходно, у сваком појединачном случају, добровољно прихватање боравка на једном месту, да би се сматрало да је засновано редовно боравиште. У наведеној пресуди се прави аналогија са Робинзоном Крусоом и наводи се да је његово редовно боравиште несумњиво било на пустом острву, иако се тамо налазио противно својој вољи и без могућности напуштања овог места. Као пример се узимају и затвореници за које затвор представља место редовног боравишта, иако се на том месту не налазе добровољно.

[36] R. Schuz, *op. cit.,* стр. 56

Могућност невољног заснивања редовног боравишта детета су имали у виду и творци конвенције. Овакав закључак се може извести тумачењем члана 12. конвенције. Овај члан у ставу 2 предвиђа да ће судски или управни орган државе уговорнице у којој се дете налази, наложити повратак детета ако је правни поступак за његово враћање покренут након истека једне године од дана његовог незаконитог одвођења или задржавања, осим ако се докаже да се дете прилагодило новој средини.

То значи да се оставља могућност да управни или судски орган државе у коју је дете одведено или у којој је задржано донесе одлуку да одбије молбу за враћање детета, уколико је прошло више од једне године од дана одвођења или задржавања до покретања судског или управног поступка, и уз додатни услов да се дете, према процени тог органа, прилагодило новој средини.

На овај начин, имлицитно је прихваћено да редовно боравиште детета може бити промењено његовим незаконитим одвођењем или задржавањем. Несумњиво је да овакво решење води заштити интереса деце јер даје предност фактичком стању уместо да по сваку цену инсистира на враћању деце у државу из које су одведена. Одлука којом би се налагало враћање детета не би била целисходна с обзиром да се дете прилагодило животу у новом окружењу и да би поновна промена средине код њега могла изазвати психичку трауму.

* * *

Редовно боравиште детета, које као тачку везивања користи Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, представља један од кључних појмова за примену конвенције. Од закључка суда о томе да ли је дете, непосредно пре одвођења или задржавања, имало редовно боравиште на територији државе уговорнице зависи и могућност примене конвенције. Ипак, појам редовног боравишта детета није у њој дефинисан. Такође, ни у извештају који је за 14. заседање Хашке конференције припремила проф. Перез-Вера[37] и који је прихваћен као званични коментар конвенције, не налази се оваква дефиниција. Општеприхваћено је мишљење да се овде ради о намерном изостављању дефиниције, како би се очувао „фактички концепт" редовног боравишта. То је, са друге стране, одговорност за дефинисање садржине овог појма пребацило на судове који примењују конвенцију. Од доношења конвенције до данас протекло је готово четврт века. У том периоду, судска пракса је утврдила одређене смернице које се користе приликом одређивања редовног боравишта.

Најбогатија пракса примене конвенције се јавља у Великој Британији, САД и Аустралији. Управо у овим земљама се и појављују прве судске одлуке у којима се уобличава схватање редовног боравишта деце.[38] У овим одлукама се

[37] E. Perez Vera, *Hague Conference on Private International Law,* Actes et Documentes de la Quantorzieme session, vol. I11, 1980.

[38] види: *Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)* (1990), Re F *(A Minor) (Child Abduction)* (1992), *Re B (Minors) (Abduction)* (No.2) (1993) *Re A (Minors) (Abduction: Habitual Residence)* (1996), *Feder V. Evans-Feder* (3. Cir. 1995), *Friedrich V. Friedrich* (6th Cir. 1993), *Schroeder V. Vigil-Escalera Perez* (Ohio Com. pl. 1995), *De Lewinski and Legal Aid Commission of New South Wales* V. *Director-General New South Wales Department of Community Services* (1997), *Cooper V. Casey* (1995)

истиче потреба кумулативног постојања два елемента код редовног боравишта: а) намера настањења у одређеној држави и б) боравак на територији те државе у значајном временском периоду. При томе, није неопходна намера да се у једном месту стално живи. Довољан је и привремени боравак из професионалних, здравствених, породичних или других разлога. Једино на чему се инсистира код стицања редовног боравишта је да боравак на одређеном месту има „довољан степен континуитета".[39] Када је у питању субјективни елемент, тј. намера настањења, код одређивања редовног боравишта деце, судови полазе од намере њихових родитеља. У случајевима у којима се родитељи налазе у браку и уживају заједнички права старања над дететом, до промене редовног боравишта може доћи само уз сагласност оба родитеља. У колико нема сагласности родитеља у погледу промене редовног боравишта детета, до овакве промене неће доћи, односно самовољно одвођење детета од стране једног родитеља уз намеру настањења у неком другом месту ће се сматрати незаконитим. Са друге стране, досадашња судска пракса је показала да постојање само субјективног елемента код родитеља, тј. само намере да се са дететом настани у једној држави, не може довести до заснивања редовног боравишта ако дете није и заиста провело знатан временски период у тој земљи.

Што се тиче објективног елемента, судске одлуке су се до сада разликовале у погледу процене шта представља значајан временски период, односно период боравка у једном месту потребан за стицање редовног боравишта. Јасно је да је у питању временски период потребан за уклапање детета у нову средину. Проблем настаје када је потребно одредити дужину тог периода. Пракса енглеских судова показује тенденцију сталног скраћења временског периода потребног за стицање редовног боравишта.[40] Јављају се и мишљења да је овај услов за стицање редовног боравишта непотребан, тј. да је уз намеру настањења у једном месту могуће да родитељи и дете стекну редовно боравиште у једној држави самим тренутком ступања на њену територију. Потребно је указати да овакво решење, сем што би лишило дете сваке фактичке везе са државом редовног боравишта, може довести судове у ситуацију да процењују постојање редовног боравишта детета само на основу намере лица која се о њима старају.

У погледу могућности непостојања редовног боравишта детета или паралелног постојања више њих, судска пракса је заузела јасан став. Наиме, потреба да дете у сваком тренутку има редовно боравиште се правда могућношћу њихове заштите.[41] Исто важи и за став да дете може имати само једно редовно боравиште.

Незаконито одвођење или задржавање детета не може довести до промене његовог редовног боравишта. Овакво схватање је у судској пракси општеприхваћено. Судови ипак остављају отвореном могућност да се у одређеном

[39] *Re J* (A Minor) *(Abduction: Custody Rights)* (1990).

[40] Види: *Re F (A Minor) (Child Abduction)* (1992).

[41] Види: *Cooper V. Casey* (1995) FLC 92-575. Према процени аустралијског суда закључак да дете нема редовно боравиште би могао конвенцију лишити њеног смисла и изложити га могућности вишеструких отмица од стране оба родитеља.

тренутку прихвати фактичко стање, тј. да се прихвати да је наступила промена редовног боравишта детета. Оваква могућност је имплицитно прихваћена и у тексту конвенције.[42]

Пракса примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце је указала на низ различитих проблема до којих је довео избор редовног боравишта као тачке везивања. Несумњиво је да приступ њених твораца приликом (не)дефинисања појма редовног боравишта има своје позитивне и негативне стране. Наиме, уместо да дефинисањем појма редовног боравишта веже руке судовима, конвенција им је омогућила да кроз праксу сами обликују садржину овог појма, што им је оставило велику слободу у поступању. Са друге стране, то је отворило велики простор за могуће злоупотребе. Пракса судова показује да они нису увек спремни да одоле искушењу које пред њих ставља оваква улога. Кроз манипулисање појмом редовног боравишта детета, судови, у неким случајевима, покушавају да постигну жељени резултат у погледу одлуке о враћању детета.

Од ступања на снагу конвенције па до данас, појам редовног боравишта детета је у великој мери еволуирао. С обзиром на успешност конвенције, тј. на велики број држава уговорница[43], може се очекивати да ће се овај процес наставити и у будућности. У случају да пракса примене конвенције доживи своју експанзију и код нас, решења страних судова могу представљати значајан путоказ судовима у Србији и Црној Гори.

[42] Види члан 12. став 2. конвенције.

[43] Треба, међутим, имати у виду да је, поред великог броја држава чланица конвенције, пракса судова у погледу тумачења појма редовног боравишта присутна у релативно малом броју земаља.

Petar Đundić, Teaching Assistant
Novi Sad School of Law

Habitual Residence of a Child According to the Practice in Application of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of october 25, 1980

Abstract

The paper discusses and analyzes the most significant court decisions rendered by the national judiciary of contracting states in application of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, with a special review of the ideas related to the notion of child's habitual residence. It is essential that one conclude whether a child was habitually resident in a contracting state immediately before the unlawful removal or retention in order to have the return of the child mandated. Lack of definition of child's habitual residence led to attempts to define it through the case law and scholarly work. Among other things, the courts dealt with the issues of relation among habitual residence of a child and that of its parents, with inexistence of habitual residence, concurrence of habitual residences, and with the issue as to whether a habitual residence of a child may arise as the result of its unlawful removal or retention. In the cases concerning the habitual residence of young children, courts concluded that such children may not be habitually resident differently than its fosters, i.e. its parents. On the other hand, in line with the factual nature of the habitual residence concept, such a possibility is not excluded in cases where a child may survive without a parental care. Certain judgments especially stress out that a mere intention of a person having the care of the person of a child to establish a habitual residence in a certain state may not lead to establishment of habitual residence of a child who did not spend „a significant period of time" within the given state. The court decisions, which command that children must have a habitual residence at all times and that they may not habitually reside at different places at the same time, are motivated usually by the wish to prevent paralyzing of the protective mechanism of the Convention, which may be caused by different conclusions on the issue. The courts usually consider that change of habitual residence may not occur as a result of an unlawful removal or retention. However, it is pointed out that factual state is to be recognized, i.e. that factual residence is established at the given place, irrespective of the fact that a person is detained there against his will, if a long period of time passes. The basis for such s position may be found in the very Convention. The case law also pointed out the negative consequences brought by the lack of an autonomous definition of habitual residence. Namely, the courts occasionally tend to manipulate with this notion in order to reach the wanted result with respect to return of the child.

УДК 339.5 (497.11)
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 571-593

Др Ђорђе Попов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

СРБИЈА У МЕЂУНАРОДНИМ ЕКОНОМСКИМ ОДНОСИМА

Сажетак: *Србија се после ступања на снагу Уставне повеље Државне заједнице Србије и Црне Горе појављује као de facto самосталан субјекат у међународним економским односима.*

Сваки учесник у међународним економским односима мора да води рачуна о најважнијим институцијама међународних економских односа, пре свега о Међународном монетарном фонду, и Светској трговинској организацији, али и о чињеници да 25 земаља Европе чине јединствену групацију Европску унију.

Међународни економски односи одвијају се у оквирима процеса глобализације, али и транзиције у постсоцијалистичким земљама.

Србија се у последњих петнаестак година суочавала и са неким посебним проблемима који свакако утичу на њену позицију у међународним економским односима – то су пре свега распад претходне Југославије, економске санкције, хиперинфлација и бомбардовање.

Главни проблеми Србије у међународним економским односима су висок дефицит спољнотрговинског биланса, и висока стопа задужености.

Да би се проблеми превазишли мора се израдити Стратегија укључивања Србије у међународне економске односе, која мора бити пре свега оријентисана ка постизању европских стандарда пословања и припреми за укључивање у Европску унију.

Кључне речи: *институционализација, глобализација, транзиције, ММФ, СТО, ЕУ, спољнотрговински дефицит, регионална усмереност, стратегија, санкције, спољни дуг.*

За 200 година од успостављања нове српске државе Србија је и када је реч о међународним економским односима пролазила кроз различите фазе.

Од првих почетака карактерисаних извозом искључиво пољопривредних производа, преко почетака индустријализације у другој половини XIX века, царинског рата са Аустроугарском, балканских и првог светског рата[1].

После првог светског рата Србија постаје саставни део једног ширег економског простора најпре Краљевине, а затим Републике Југославије.

Након успостављања Државне Заједнице Србије и Црне Горе, Србија поново наступа као *de facto* самосталан субјект у међународним економским односима[2].

I

Да би се сагледало се једне стране место једне земље у међународним економским односима, а с друге стране објективне могућности и ограничења за поправљање њеног положаја у истим, нужно је пре свега указати на основна правила, механизме и институције савремених међународних економских односа.

Период после Другог светског рата пратила су више или мање успешна настојања да се институционализују међународни економски односи. Такве активности су предузимане како на глобалном, тако и на регионалном плану.

Међународни економски односи су институционализовани са тежњом успостављања општеприхваћених правила игре у међународним економским односима.

После велике кризе тридесетих година двадесетог века и Другог светског рата је развој у унутрашњој економској политици већине развијених земаља обележен растућим значајем државне интервенције у привреди, инспирисан праксом још из година после Првог светског рата, али и теоријском основом датом у Кејнсовој студији: „Општа теорија запослености, камате и новца"[3].

Државна интервенција у унутрашње економској политици, посебно у условима отежаног развоја привреде развијених земаља,[4] имала је за последицу да се економске тешкоће протекционистичком економском политиком на граници државе покушају пребацити на друге земље.[5] Међутим, то је веома отежавало потенцијални развој светске спољне трговине, а кроз политику неконверти-

[1] Види: Драгослав Јанковић, *Историја државе и права Србије у XIX веку*, Народна књига, Београд, 1952.

[2] И поред тога што је Уставном повељом предвиђена хармонизација у економским односима са иностранством, у пракси и Србија и Црна Гора наступају одвојено у економским односима са иностранством.

[3] Кејнсову студију је ко нас прво издала Култура , Београд, 1955.

[4] Период 1920-1950. имао је карактеристике дугог силазног циклуса Кондратјева.

[5] Тзв. *„beggar my neighborrough policy"* .

билних валута доводило у питање и постојање мере вредности на светском тржишту.

Пракса државне интервенције у привредама развијених земаља и реално постојећи изузетан значај државе у економијама ових земаља олакшали су процес операционализације идеје да се правила игре у међународним економским односима успоставе њиховом институционализацијом, што је у пракси значило споразумевање држава о општеприхваћеним принципима пословања на светском тржишту и у светским монетарним односима, а такође и стварање одређених институција.

Једна од идеја водиља заговорника институционализације међународних економских односа била је намера да се идеје кејнзијанске економске политике спроведу и у међународним економским односима. Наиме, према Кејнсу и његовим тумачима, пораст спољне трговине требао би да има мултипликативни ефекат на привредни развој[6].

Основни механизми којима је у светској привреди регулисан комплекс међународних економских односа су:

– Светска трговинска организација (СТО) када је реч о регулисању светске спољне трговине, раније ГАТТ (Општи споразум о царинама и трговини).
– ММФ (Међународни монетарни фонд) када је реч о међународној монетарној сфери.

Светска трговинска организација (СТО**)** – *World Trade Organisation* (WTO) – је формирана 15. априла 1994. године у Маракешу. Са радом је отпочела 1. јануара 1995. Формира се након неколико рунди – кругова преговора у оквирима ГАТТ (Општег споразума о царинама и трговини), као финални акт тзв. Уругвајске рунде – назване по томе што су преговори у оквиру ње отпочели у Монтевидеу.

Дугорочни циљ СТО, као и раније ГАТТ-а, је да се договореним снижавањем царинских тарифа постигне либерализација, а тиме и раст светске спољне трговине. То би онда требало да позитивно утиче на развој светске привреде.

СТО (Светска трговинска организација) је наследница ГАТТ, али има неколико битних момената који је разликују од ГАТТ-а:

– за разлику од ГАТТ-а који је функционисао као међународни споразум, СТО је међународна организација са статусом правног лица.

[6] Кејнзијанска економска политика сматра да, на пример, пораст спољне трговине има исти ефекат на привредни развој као и пораст инвестиција, те се убрзавање привредног развоја, осим додатним инвестирањем у земљи, може убрзати и мултипликативним ефектом пораста спољнотрговинске размене.

СТО представља основну институцију светског трговинског система што се да закључити и из следећих података:

а) земље чланице СТО обухватају око 90% светске робне размене.

б) у формирању СТО је учествовало 125 земаља.

в) поред трговине индустријским робама, што је регулисао ГАТТ, СТО интегрише у јединствени режим и трговину пољопривредним производима, као и одећу, текстил, услуге, стране директне инвестиције од значаја за трговину, али и индустријску и интелектуалну својину.

д) СТО врши надзор над националним трговинским политикама, успоставља механизам заштите правила и прописа међународног трговинског система, представља форум за билатералне (листе концесија) и мултилатералне преговоре. Осим тога СТО постаје део усклађеног деловања на плану успостављања трговинске, макроекономске, привредносистемске (укључив и приватизацију), и развојне дисциплине (са међународним финансијским организацијама – ММФ и Светска банка), а све то у функцији даље глобализације светске привреде**.**

Процена је да ће захваљујући новом режиму СТО бруто друштвени производ у свету порасти за 510 млрд $, а од тога 116 милијарди долара у земљама у развоју и онима у транзицији.

СТО је отворена за пријем нових чланица, али су нове земље које приступају СТО дужне да ретроактивно понуде концесије (у увозу извозу) и преузму обавезе прецизиране на дан ступања на снагу Споразума о оснивању СТО (1.1.1995.).

Из овога произилази да земље потенцијални нови чланови, међу њима и Србија односно Државна заједница Србије и Црне Горе, треба да што пре отпочну преговоре о приступању СТО. Најмање два разлога говоре у прилог ове тврдње:

а) што је каснији пријем и спорији ток преговора о приступању СТО то се више скраћује период за прилагођавање новим условима пословања, уз примену оштријих скала либерализације. Односно свима је дат исти рок, није важно када је ко започео са либерализацијом, нема чекања на оне које су каснији отпочели са процесом либерализације.

б) расте удео производне структуре формиране у складу са условима пословања у режиму затворене привреде, који се мора поништити преласком на либерализоване услове пословања, са сразмерно вишим социјалним и психолошким и економским трошковима.

Основно начело пословања Светске трговинске организације је клаузула највећег повлашћења, која је као опште важећи принцип пословања преузета од ГАТТ-а[7].

Идеја заговорника клаузуле највећег повлашћења је избегавање дискриминаторног третмана за робе појединих земаља. Међутим, приликом операционали-

[7] Клаузула највећег повлашћења претпоставља да када земља чланица СТО некој другој чланици да одређени третман или одређену погодност у међусобној робној размени, онда ни према једној чланици СТО не сме примењивати лошији третман.

зације овог основног начела искрснуо је низ проблема још у време функционисања ГАТТ-а[8].

Од овог основног принципа могућа су према досадашњој пракси два основна изузећа. Пре свега, то је изузеће предвиђено за земље чланице царинске уније. Овим чланом је дозвољено да се у оквиру царинске уније примењују повластице које не морају бити дате земљама ван уније.

Осим тога, у ГАТТ-у је од 1971. прихваћена могућност преференцијалног третмана за индустријски извоз из земаља у развоју (тзв. „преференцијал „УНКТАД"-UNCTAD[9]). Ово изузеће је уведено да би се помогло мање развијеним земљама. То је један од начина да се њихови производи учине конкурентнијим производима из високо развијених земаља.

Често се може чути питање, има ли алтернативе чланству у СТО, односно могу ли се исти ефекти остварити и на неки други начин?

Теоретски постоји могућност да се са сваком земљом посебно склапа билатерални споразум под условима који важе у СТО. Међутим, то је нерационалан скуп и дуготрајан пут. За склапање споразума са сваком земљом потребно је време[10].

Земља које жели да постане члан СТО[11] подноси захтев, и две трећине чланица треба да гласају – за.

Институционализација монетарне сфере међународних економских односа извршена је оснивањем Међународног монетарног фонда. Основни прин-

[8] Пре свега, земље производе са различитим националним степенима продуктивности и интензивности рада, па њихова роба има различите вредности, због тога и различиту цену. Роба произведена у земљи са вишим степеном продуктивности рада би, према томе, требало да буде, у правилу, јефтинија. То аутоматски значи да би у случају истог третмана на граници роба мање развијене земље, тј. земље са нижим степеном продуктивности рада, требало да буде елиминисана из конкуренције, или би да би снизила цену своје робе, требало да пристане на одлив дела свога дохотка у земљу купца.

Одлив дела дохотка из мање развијене земље још би више успорио развој те земље и, на тај начин, повећао њено заостајање на светској лествици продуктивности и интензивности рада за најразвијенијим земљама. Стриктна примена клаузуле највећег повлашћења временом би проузроковала све већи одлив вишка рада из мање развијених у развијеније земље и тиме допринела све већем повећавању раскорака између развијених и мање развијених.

Тако се исти третман према свима, што је идеја заговорника клаузуле највећег повлашћења, претвара у своју супротност и у пракси исказује као довођење мање развијених земаља у неравноправан положај, чиме се оне присиљавају да извезу део вишка рада у развијеније земље.

[9] Конференција Уједињених Нација о Трговини и Развоју (УНКТАД) је део система УН.

[10] Ако је 125 земаља у СТО може се замислити колико би то трајало, ако би се желео постићи исти резултат, као са учлањењем у СТО. С тим што треба додати да свака земља, ако не жели не мора да склапа билатерални споразум о међусобној трговини под условима који важе у СТО. Зато је најрационалније решење за сваку земљу која заиста жели да се укључи у светске привредне и развојне токове да се учлани у СТО.

[11] СФР Југославија је од почетка седамдесетих година, као прва међ тада социјалистичким земљама постала чланица ГАТТ-а. Србија и Црна Гора, на жалост још нису решиле питање свога чланства у СТО.

ципи на којима је Фонд био заснован били су златно-девизно важење, чврсти курсеви и конвертибилност валута[12].

У седамдесетим, а нарочито од почетка осамдесетих година двадесетог века, долази све више до изражаја улога Међународног монетарног фонда у регулисању односа између развијених земаља и земаља које имају проблеме са отплатом дутова, а међу њима нарочито земаља у развоју и земаља у транзицији.

Приликом оснивања Фонда замишљено је да он помаже успостављању платнобилансне равнотеже у земљама чланицама, захтевајући од њих да се у својој економској политици, заузврат, придржавају одређених правила.

Фонд пре свега инсистира на следећим мерама:
– смањењу државних трошкова и кредита домаћих банака,
– смањивању инфлације,
– смањивању вредности домаће валуте, као и елиминисању контроле у трансакцијама са страном валутом,
– подршци иностраним улагањима,
– пореским олакшицама за иностране улагаче,
– порасту извоза.

Велики проблеми са отплатама дугова земаља у развоју учинили су да је улога Фонда добила на значају крајем седамдесетих и почетком осамдесетих XX века.

У последњој деценији пракса је да развијене капиталистичке земље, као и пословне банке из ових земаља, пружају подршку платним билансима земаља у плантнобилансним тешкоћама једино уз услов да то чини и Фонд[13].

Подршка Фонда обично значи и могућност добијања кредита од Светске Банке, која је као што је познато основана заједно са Фондом, који се одобравају под условима повољнијим од тржишних.

Подршка Фонда је за земље кредиторе и њихове банке гаранција да се одређена земља придржава захтева које јој је у вези са економском политиком поставио Фонд. Тако се Фонд појављује као мултилатерални орган за утицај на економску политику земаља у платнобилансним тешкоћама.

О утицају ових мера постоје различита мишљења. Радикални аутори неомарксистичке оријентације су врло критични према глобалним међународним институцијама као што су Фонд и СТО. Они у њима виде искључиво инструменте неоколонијалне доминације развијених капиталистичких земаља. Али, они губе из вида да су те организације реалност савремене светске прив-

[12] Резервне валуте система требало је да буду фунта (која је ту улогу имала релативно кратко време) и амерички долар, што је и одговарало реалним односима у свету непосредно после Другог светског рата, када је Фонд створен. Тада је постојала велика тражња за доларима, јер су САД биле једина земља у којој се могла набавити роба. Осим тога, тада су САД имале највеће златне резерве, а постојала је и конвертибилност долара за злато.

[13] Зато је од изузетног значаја био понован пријем Србије и Црне Горе, тада под именом СР Југославија у Међународни Монетарни Фонд.

реде и да је у садашњим односима тешко заобићи ове две организације, а да се не оде у економску изолацију која по правилу води у економску беду и у успостављање тоталитарних економских односа, а онда обично и политичких структура.

Стварање регионалних економских интеграција такође је део процеса институционализације међународних економских односа у послератном периоду.

Пораст органског састава капитала и раст трошкова за истраживање и развој захтевали су веће серије да би се покрили фиксни трошкови. Зато тржишта појединих земаља, чак и када су посреди тако велике земље као што су Француска и СР Немачка, постају премала[14].

У стручним круговима сматрало се, такође, да је дејство царинске уније на подстицање трговине унутар уније веће од њеног утицаја на смањивање спољне трговине са земљама које остају изван уније. Наиме, до смањивања спољне трговине са земљама ван царинске уније долази када се преусмеравају токови спољне трговине са земљама ван уније на земље унутар царинске уније[15].

Регионалне економске интеграције требале су да на једном степену развоја производних снага и стања у међународним економским односима обезбеде, између осталог, и задржавање релативно високе стопе привредног раста.

Када је реч о развијеним земљама чињеницу да су регионалне економске интеграције настале у западној Европи треба посматрати и у светлу развоја идеје о уједињеној Европи[16].

Европска Унија (ЕУ) је створена, као што је познато, прво као заједница шесторице: Француске, СР Немачке, Италије, Холандије, Белгије и Луксембурга. Године 1971. приступиле су јој: Велика Британија, Данска и Ирска, следећа

[14] С тим у вези, треба подсетити на познате тезе бројних економиста о томе да узроке бржег развоја САД у једном дугом периоду треба тражити управо у постојању великог унутрашњег тржишта. На то упућује и податак да су америчка предузећа традиционално већа од европских предузећа у истим гранама. Управо та величина америчких предузећа је у једном релативно дугом периоду пружала веће могућности за примену техничког прогреса.

[15] Јаче дејство „*trade creating effecta*" од дејства „*trade diverting effecta*" требало би да у случају настанка регионалне економске интеграције доведе до пораста спољне трговине земаља чланица, а тиме и до пораста укупне спољне трговине.

Ако се прихвати став кејнзинајске економске школе да раст спољне трговине води убрзању привредног развоја, јасно је да је и ова чињеница имала утицаја приликом опредељивања неких развијених земаља да покрену процес међусобног регионалног економског интегрисања.

[16] И пре настанка регионалних економских интеграција у западној Европи било је покушаја координације економских политика на појединим подручјима, стварањем различитих регионалних организација, као што су: Заједница за угаљ и челик (1951.) и Евроатом (1957.).

Свакако да су на опредељивање за стварање регионалних економских интеграција у западној Европи утицале и нове реалности политичке природе настале завршетком Другог светског рата. Западна Европа се нашла, тачније свака земља појединачно, на неки начин у неравноправном положају према двема великим силама САД и тадашњем СССР-у.

САД су, с једне стране, подстицале западно-европску интеграцију као брану совјетском утицају у Европи, а да су, с друге стране, европске земље, нарочито неке, економску интеграцију у Европи посматрале и као средство за ослобађање од превелике доминације САД у европским пословима.

проширења Уније била су 1981, 1985, 1995. Данас Европска Унија у пуноправном чланству има 25 држава[17].

Нове чланице су одлуке да приступе Унији донеле на референдумима, што је доказ да је већина становника нових чланица сматрала да је њиховим земљама економска будућност сигурнија ако уђу у Унију[18].

Земље Европе су, наиме,пред избором: поднети захтев за улазак у Унију, прихватити строга правила понашања и изложити се конкуренцији развијених привреда земаља чланица, или остати ван ње, са перспективом да се у релативно скорој будућности нађу усамљене у европском и светском привредном простору и ван главних привредних токова.

ЕУ је у своме досадашњем развоју успела да уведе заједничку царинску тарифу према трећим земљама и да укине царине у међусобној трговини земаља чланица. ЕУ је истовремено постала највећи учесник у светској спољној трговини, што све говори о томе да је у овој регионалној економској интеграцији остварен успех, мерено циљевима интеграције наведеним у Римском уговору о оснивању ЕУ. Успеси су постигнути и у спровођењу заједничке пољопривредне политике ЕУ, која је за резултат, између осталог, имала и постизање високог степена самодовољности Заједнице у најзначајнијим пољопривредним културама умереног појаса. Систем субвенционисања пољопривредне производње, као и одржавање високих цена, уз настојање да се мерама економске политике избегну осцилације производње, елементи су заједничке пољопривредне политике ЕУ.

Један од најзначајнијих корака Европске Уније је увођење заједничке монете – Евро. Све земље чланице нису у стању да истог момента прихвате заједничку валуту због великих разлика у развијености. Међутим, и сама чињеница да ће се са тиме почиње и да је са радом отпочела Европска централна банка представља успех који коначно разбија евентуалне неверице у вези са будућношћу Европске Уније.

---

[17] Од 2004. пуноправне чланице Уније су постале и: Мађарска, Словенија, Словачка, Чешка, Пољска, Литванија, Летонија, Естонија, Кипар и Малта.

[18] Наравно одлука о приступању европској Унији није била лака било којој земљи. Улазак у Унију за сваку од њих има и лоше и добре стране.

Тако су, на пример, швеђани одлучујући да уђу у Европску Унију били свесни да ће то значити измене њиховог светски познатог система социјалне заштите, мање субвенције за пољопривреднике, али и отварање широког тржишта Уније шведским произвођачима. Аустрија ће се морати одрећи своје специфичне позиције у односу на земље средње и источне Европе, смањити субвенције сопственим пољопривредницима, дозволити продају некретнина странцима из осталих земаља ЕУ, итд. Финска је такође имала неке разлоге а у Унију не уђе, али је ипак донела такву одлуку.

Да одлуку није лако донети сведоче и примери швајцарске и Норвешке, чији су грађани на референдуму одбили предлог својих влада да њихове земље уђу у ЕУ. Швајцарска је такву одлуку донела 1994., а Норвешка (по други пут у последњих четврт века, 1995.).

II

За савремену светску привреду је карактеристично да је у њој далеко одмакао процес глобализације**.** Међународне организације, о којима је било речи, транснационалне корпорације, развој транспорта, и повећавање брзине и доступности инфромација све више чине светску привреду једном глобалном светском привредом.

Захваљујући смањењу рестрикција у ситуацији када сировина и робе прелазе границе држава велике светске корпорације, а пре свега транснационалне, отпочињу да своје операције планирају и спроводе на глобалан начин.

То значи да се читаво светско тржиште третира као јединствено подручје спровођења пословних активности. Цена сваког фактора производње на једној тачци земљине кугле пореди се са ценом фактора на свим осталим местима. Глобализација значи да ће се одговарајући фактор производње ангажовати на оном месту где је најјефтинији, односно где ће се његовим активирањем постићи највећи профит.

Свако практично конкурише са сваким у привлачењу капитала, који ће организовати производњу. Глобализација значи да ће се производња, ако се односи цена промене преселити често на сасвим други крај света, тамо где ће рачун рентабилитета у датом моменту бити повољнији.

Једна иста компанија селиће своју производњу нпр. из Немачке у југоисточну Азију, затим у јужну Америку, па често пута натраг у Европу у неку од земаља транзиције. У процесу глобализације услед глобалне конкуренције ниједна локација није трајно заштићена.

Чест је у, новије време, управо услед процеса глобализације сукоб интереса националних држава и синдиката у развијеним земљама, које због запослености и пореза желе да задрже производње у неким индустријама код себе, и компанија које глобално послују и у жељи за увећањем профита селе своје производње на локације на којима су трошкови мањи.

Глобализација даје нову динамику светској привреди, и практично свакој компанији и земљи пружа шансу да промени набоље своје место. Али исто тако стечене компаративне предности се никада нису тако брзо мењале, а капитал тако брзо и у том обиму селио из земље у земљу. то је чињеница о којој они које усмеравају привреду сваке поједине земље морају водити рачуна.

Глобализација води новом јачању улоге међународних организација о којима је у раду било речи (ММФ, СТО), пре свега у њиховом инсистирању на спровођењу у свим приликама и на сваком месту принципа ткзв. „Вашингтонског консенсуса", (-либерализација тржишта, приватизација, и пореска дисциплина).

Овај модел који је својевремено развијен у стручним круговима око ММФ и Светске банке требао је да представља одговор на проблеме који су се појавили у Латинској Америци. Међутим, он није давао очекиване резултате у свим земљама из јасног разлога што у услови нису свугде исти.

Тако например вреди подсетити, највећи број развијених земаља –укључујући САД и Јапан – изградио је своју привреду мудром и селективном заштитом неких од својих индустрија док нису постале довољно јаке да се такмиче са иностраним конкурентима. Приморавати слабије развијене земље и земље које се налазе на почецима транзиције да се пребрзо отворе за увоз производа који ће конкурисати домаћим може имати катастрофалне социјалне и економске последице.[19] Постојећа запосленост у том случају бива систематски разарана, како у индустрији, тако и у пољопривреди где домаћи произвођачи нису у стању да се такмиче са високо субвенционисаним произвођачима из развијених земаља.

Инсистирање ММФ да и слабије развијене земље воде политику чврстог курса води по правилу ка изузетно високим каматним стопама што онда додатно отежава инвестиције у земљи односно и отварање нових радних места.

На другој страни не сме се заборавити да су нпр. развијене европске земље контролисале токове капитала све до половине седамдесетих година 20 века. Тражити од слабије развијених земаља и земаља у транзицији да либерализују своја финансијска тржишта може у пракси значити одлив „вруће" новца, тј. капитала из земље, и остављање финансијске пустоши.

Стога се показало, на примерима земаља које су имале успеха у транзиционим процесима нпр. Пољска, да је изузетан значај изградње институција. Односно да без одговарајућих институција нема успешне тржишне привреде. То нпр. значи да су банке стварно банке, односно да су у стању да дају финансијска средства на зајам, да је правни систем у стању да процесуира принудно извршење уговора, као и да се процедура банкрота правично спроводи.

Генерално гледано показало се да некритички приступ примени принципа Вашингтонског консенсуса не води ка успеху. Шаблонско прихватање принципа и претварање уџбеничких модела у политику показало се, и у условима глобализације, инферирорно је у утакмици са правим знањем и вођењем рачуна о интересима сопствене земље. То је оно о чему би и Србија итекако требала да води рачуна како би се што успешније укључила у међународне економске односе у условима глобализације, уз истовремену транзицију ка тржишној привреди[20].

---

[19] Види: Џозеф Штиглиц, *Противречности глобализације*, Београд 2002.

[20] Успешне тржишне привреде имају неке заједничке основне особине, а то су:

1. Владавина права. Владавина права у успешним тржишним привредама замењује примат власти.

2. Приватно власништво. Средства за производњу су највећим делом у приватном власништву.

3. Конкуренција. Најзначајнија особина тржишног система јесте постојање развијене конкуренције. Слобода конкуренције подразумева усаглашена и предвидљива правила и регулативу у свим областима производње и трговине.

4. Стабилна валута. Једна од основних карактеристика успешних тржишних привреда је постојање стабилне конвертибилне валуте.

5. Штедња, порези и финансијско посредовање. Висок ниво штедње и ефикасни финансијски пласмани уштеђених доходака су особина тржишне привреде. Они који штеде и инвестирају морају да имају читав низ атрактивних финансијских инструмената (акције, обвезнице. опције, итд.). Порези не смеју бити прохибитивни.

6. Инфраструктура и заштита човекове околине.

7. Могућности личног самопотврђивања. Да би се човек могао лично потврдити морају постојати политичке и економске слободе за остварење циљева личности као инвеститора, предузетника, стручњака и обичног радника, али и грађанина.

III

Србија се као и остале посткомунистичке земље соучава са изазовима институционализације и глобализације међународних економских односа, а све то у условима транзиције. Међутим, Србија се у последњих петнаестак година и на економском плану соучавала са неким проблемима који њену ситуацију чине специфичном у односу на остале земље у транзицији. Стога и оцене о остваренима дометима, ако претендују да буду озбиљне, морају уважавати ове околности.

Србија и Црна Гора које сачињавају Државну Заједницу Србије и Црне Горе, када је реч о економским односима са иностранством нису имале битно другачије резултате од других делова претходне СФР Југославије. Тако је например учешће спољнотрговинске размене у друштвеном производу (Србије и Црне Горе) износило 1989.- 19,1%. Робни увоз је износио 5, 2 млрд. $, а робни извоз 4,3 млрд. $. Највећи део робне размене је обављан са конвертибилним подручјем 73%, а ДБП (друштвени бруто производ) СР Југославије је износио 38% ДБП-а читаве СФРЈ.[21]

Међутим, 1991. године југословенска криза добила је свој пуни замах. Најпре Словенија, а затим и Хрватска[22] прогласиле су сецесију од СФР Југославије и затражиле међународно признање. Скоро истовремено отпочели су и ратни сукоби на територији претходне Југославије. Нешто касније дошло је и до отцепљења Македоније (срећом без икаквих оружаних сукоба), а када је дошло до међународног признања Босне и Херцеговине почетком априла 1992. отпочеле су борбе припадника три Четничке заједнице у Босни и Херцеговини.[23]

Једно од средстава притиска које је користила међународна заједница током југословенске кризе био је и економски ембарго који је уведен према СР Југославији (Србији и Црној Гори).

Економске санкције нису уведене у пуном обиму одједанпут. У томе је постојала одређена поступност. Но, када су комплетиране биле су то у досадашњој историји међународне заједнице по обиму незабележене санкције.

Санкције у области саобраћаја и спољне трговине најпре је увела Европска унија још новембра 1991. године. Главни део санкција уведен је Резолуцијом Савета безбедности Уједињених нација 29. маја 1992. године. Тада је између осталог свим чланицама УН забрањена трговина са СР Југославијом, обустављен је платни промет са фирмама и банкама из СР Југославије, а чланство СР Југославије у најважнијим међународним економским организацијама ММФ-у,

[21] Подаци према: Стабилизациони програм, CES-Mecon, 1994, стр. 77.

[22] Ради подсећања било је то 25. односно 26. јуна 1991.

[23] До коначног прекида ратних дејстава у босни И Херцеговини дошло је тек после потписивања споразума у Дејтону 21. новембра 1995, што је потврђено Уговором у Паризу 14. децембра 1995.

ГАТТ-у, и Светској банци је суспендовано.[24] Ембарго је уведен не само на привредне контакте него и у области путничког саобраћаја.

Нарочито тешке последице у каснијим месецима је имала енергетска блокада, пре свега забрана испорука нафте и гаса.[25]

Други још оштрији пакет санкција Савета безбедности УН уведен је према СР Југославији априла 1993. Тада је између осталог наложена блокада свих рачуна резидената из СР Југославије у иностраним банкама.[26] Тако да СР Југославија не само да није имала приступ међународном тржишту капитала, тј. није била у могућности да тражи и добија зајмове, него јој је чак било забрањено коришћење сопствених средстава у иностранству, па јој чак није била дата ни могућност да редовно сервисира (отплаћује) своје обавезе према иностраним повериоцима.

Овај пакет санкција је нарочито заоштрио ембарго на подручју саобраћаја. Од тог момента је био забрањен, тј. за онога ко се њиме бави кажњив, чак и транзитни саобраћај кроз Југославију, а многе земље су уз претњу пленидбе престале да на своју територију примају саобраћајна средства у власништву фирми из СР Југославије(вагоне, аутобусе).[27] То је изазвало изузетне економске тешкоће не само СР Југославији, него и у читавом региону југоисточне Европе пошто су роба и људи сада били упућени на заобилазне и технички много лошије опремљене правце.[28]

У СР Југославију је био дозвољен само увоз робе која је могла да се сврста у хуманитарну помоћ, али и тада уз посебно одобрење Комитета Савета безбедности за спровођење санкција, и то за сваки појединачни случај.

Прекинута је, односно забрањена, и свака сарадња са СР Југославијом на подручју науке, културе, просвете, науке и спорта.[29]

---

[24] Да би се схватила оштрина и озбиљност мера примењених према СР Југославији, треба истаћи да је велики број земаља донео посебне Законе о спровођењу санкција Савета безбедности УН према СР Југославјии, а у њима је било какав облик економских контаката са СР Југославијом квалификован као кривично дело.

[25] На територији СР Југославије(Србије и Црне горе) је до избијања југословенске кризе трошено између 6 и 7 милиона тона нафте годишње. ако се има у виду да је домаћа производња нешто преко 1 милион тона, могу се схватити последице нафтног ембарга на привреду и становништво.

[26] Врло је интересантно да су осим блокаде рачуна државних органа и предузећа са територије СР Југославије, многе земље блокирале и рачуне грађана СР Југославије које су они имали у иностраним банкама.

[27] Бројне земље, нарочито чланице Европске уније, су изузетно заоштриле свој однос и према приватним путовањима грађана СР Југославије. Скоро све су увеле визе, које су се врло тешко и уз бројна бирократска малтретирања добијале, иако су пре тога деценијама имале споразуме о укидању виза. Чињеница да ти споразуми раније нису довођени у питање говори да земље ЕУ раније нису имале посебно непријатних искустава са грађанима СР Југославије. Од којих је, уосталом, више од милион, у земљама ЕУ имало деценијама стално запослење.

[28] Неке земље су увеле чак и санкције на подручју ПТТ (највећа дозвољена тежина писма, дозвољена само приватна преписка, итд.)

[29] СР Југославијии је такође суспендовано чланство и у свим међународним организацијама од Генералне скупштине УН, преко ОЕБС-а, до ФИФА, и УЕФА нпр.

Последице распада претходне СФР Југославије и санкција Савета безбедности УН су за привреду Србије биле изузетно тешке.

Привреда СР Југославије, односно Србије је од почетка југословенске кризе 1991. остала без око половине увозно извозних тржишта. Када се податку да је око 20-25% вредности ДБП ишло у међународну размену дода и податак да је око 30% вредности ДБП до 1991. остваривано у размени са бившим југословенским републикама(Словенија, Хрватска, Македонија, Босна и Херцеговина), види се дубина проблема. Губитак тржишта бивших југословенских република је у првом моменту можда још теже погодио привреду СР Југославије него изостанак међународне размене. Наиме, треба знати да је претходна СФР Југославија претстављала јединствени привредни простор на коме је велики број предузећа грађен тако да подмирује потребе целе земље. Тако су и делови и компоненте набављани и испоручивани практично у свакој фабрици широм претходне СФР Југославије. Обустављање ових производних веза практично је блокирало рад великог броја предузећа у Србији.

Прекид веза са иностраним партнерима такође је с једне стране онемогућио предузећа из Србије да из иностранства набављају неопходни репроматеријал, технологију и машине, а на другој страни створени су вишкови неких производа који су традиционално извожени. То је довело до додајног опадања производње у СР Југославији, тј. и Србији.

Губљење тржишта у иностранству, прекид економских веза са бившим југословенским републикама, саобраћајна блокада и недостатак финансијских средстава довели су, као што је већ истакнуто, до изузетно брзог опадања производње и ДБП-а. Пад производње је био нарочито брз у индустрији и то у оним њеним гранама које су биле упућене на више фазе прераде, као и на сарадњу са партнерима из иностранство или пак бивших југословенских република. Тако је примера ради највећа српска фабрика аутомобила „Застава" пре избијања југословенске кризе производила преко 200.000 аутомобила годишње да би у годинама санкција та производња опала на 10-12.000 комада[30].

Табела 1.
Вредност и динамика друштвеног производа у СР Југославији у периоду 1989-1994.

	1989.	**1990.**	**1991.**	**1992.**	**1993.**	**1994.**
Апсолутна вредност						
Укупно млрд. $	34.528	32.237	29.607	21.851	13.339	14.139
Per capita $	3.300	3.060	2.844	1.770.-	1.067.-	1.122

[30] Да би се добила права слика о величини проблема са којима са на подручју економије суочила СР Југославија треба имати у виду да и 1989-1990., тј. оних година које се узимају као базне тј. 100 обим коришћења капацитета није био већи од 65-70%.

Динамика раста ДБП у %						
Укупно	1.1	-6.6	-8.2	-26.2	-38.9	6.0
Per capita	0.6	-7.6	-7.1	-26.8	-39.7	5.2

Извор: Према израчунавањима С. Петровића, Financing, бр. 2/1995., и CES-Mecona: Economic development in FR Yugoslavia-Country report prepared for UN ECE.

У току примене санкција УН дошло је и до значајне промене структуре производње и то тако да је учешће индустрије опало са 40,8% у 1989. на 35,9% у 1994, док се истовремено повећао удео пољопривреде у ДБП са 15,4% 1989. на читавих 31,0% у 1994. години.

Србија је пре избијања југословенске кризе имала развијену мрежу институција друштвеног стандарда, као и развијен државни апарат. Осим тога постојале су и одређене навике у потрошњи. Међутим, пад производње који је уследио услед санкција Савета безбедности УН, рата у окружењу и распада тржишта претходне Југославије био је страховито брз и тешко је било потрошњу у тако кратком року довести у склад са новим обимом производње.

Рат у окружењу, прилив избеглица, као и тзв. неекономски одлив су још више повећали трошкове које је требало подмиривати. То је за последицу имало да је дошло до убрзавања инфлације.

У току 1993. инфлација у СР Југославији се у потпуности отргла контроли. Емисија новца ради подмирења, пре свега државних трошкова, у условима брзо опадајуће производње и немогућности привредних контаката са иностранством довела је до друге највеће инфлације у економском историји света.

Кретање инфлације у СР Југославији до 24. јануара 1993. показује табела 2.

Табела 2.

Инфлационе стопе у СР Југославији у периоду до 24. јануара 1993.

Месец	**Месечна инфлација**	**Дневна инфлација**	**Инфлација на сат**
01. 93.	100.6%	2.27%	0.09%
06. 93.	366.7%	2.09%	0.21%
10. 93.	1895.6%	10.49%	0.42%
11. 93.	20190.0%	18.69%	0.72%
12. 93.	178882.0%	28.36	1.05%
01. 94.	313563558,0%	62,02%	2,03%

Извор: Према: М. Динкић, ЕКОНОМИЈА ДЕСТРУКЦИЈЕ, Београд, 1995, стр.276. и подаци Савезног завода за статистику.

Пошто је Народна банка Југославије, чији је гувернер у међувремену постао др. Драгослав Аврамовић, почела да строго контролише новчану емисију инфлација је срезана практично за неколико дана. Осим строге контроле емисије повољан моменат који је допринео успеху програма у том делу је била чињеница, да је у моменту ступања на снагу антиинфлационог програма укупна новчана маса у СР Југославији прерачунато у немачке марке износила свега 50.000.000 DM.

У вези са општом економском ситуацијом на територији СР Југославије (Србије и Црне Горе), а нарочито проблемом незапослености је и проблем избеглица. Наиме, од 1991. на територију Србије је из ратом захваћених подручја Хрватске и Босне и Херцеговине и Косова избегло преко 1.000.000[31] људи. За све њих је требало обезбедити смештај и исхрану што би представљало проблем и за много снажније економије.

У току трајања југословенске кризе, а нарочито од увођења Санкција Савета безбедности УН у Србији је дошло до брзог развоја „сиве" економије и шверца.

Шверца и сиве економије има у свим земљама света и оне се са више или мање успеха против њих боре. Међутим, у условима међународног ембарга шверц је и за официјелне привредне субјекте, грађане, па и државу постао практично једини начин да се ипак преживи, да не замру у потпуности све привредне и друштвене функције. Тако је,између осталог и заслугом међународне заједнице, створена ситуација да су умећа која су у нормалним приликама санкционисана, постала животно важна за читаву једну државу. Да није било више или мање успешног шверца нафте и гаса грађани Србије би вероватно умирали од хладноће, а чак ни болничка возила и возила за допремање хлеба неби имала погонско гориво. Шверцована нафта је била та која је омогућила обраду поља за прехрану становништва.[32]

Пошто је платни промет са Србијом био забрањен због ембарга једини начин да се плаћа у иностранству је било изношење готовог новца из Србије, што је само по себи исто тако пословање на ивици дозвољеног. Томе су нажалост морале да прибегавају и велике фирме.

[31] Види: Г17-Завршни рачун, Београд, 1999, стр. 72.

[32] Када је реч о шверцу треба истаћи и то да су на свим границама Југославије били постављени контролори међународне заједнице, срећа је у несрећи за грађане СР Југославије у годинама санкција била, да они нису били preterano гадљиви на готов новац који су добијали од грађана земље под санкцијама.

Ако је и било увоза или извоза он је могао да прође само као шверц, што је додајно слабило конкурентску позицију југословенске привреде у иностранству, јер се од извозних прихода морао одбити, а увозним трошковима додати износ мита дат различитим међународним и иностраним контролорима на границама. Такође фирме које су ипак и поред свега пословале са Ср Југославијом повећани ризик су што је сасвим разумљиво наплаћивале од наших привредних субјеката.

Висока незапосленост и велики број радника на принудним одморима довео је такође до процвата сиве економије. Препродаја робе, нерегистрована производња, ситни шверц су за милионе људи постали у годинама ембарга практично једини начин за преживљавање.

Колико год да су шверц и сива економија омогућили како грађанима тако и држави да уз огромна одрицања, тешкоће и оскудицу некако преживе године међународног ембарга, утолико тако стечене навике представљају озбиљну препреку за поновно нормализовање стања у економији. Врло је тешко огроман проценат ДБП остварен у сивој економији вратити у легалне токове, а исто тако ослободити се навика да се економски проблеми решавају, ако треба и шверцом. Враћање Србије на светско тржиште претпоставља и враћање нормалних стандарда пословања, у којима су и привреда и грађани Србије, као што је већ напоменуто, имали значајна искуства.

Но, исто тако треба указати да је период ембарга сувише дуго трајао и да су у њоме, не зато што су то грађани Србије хтели, створене и одређене навике и изграђене структуре које подржавају такво пословање.

Још једна од специфичности Србије када је реч о њеним међународним економским односима и могућностима за укључивање у светске токове роба, капитала, рада и знања је и чињеница да је она била предмет бомбардовања током 1999. Једанаест недеља непрекидног бомбардовања (24.3.1999- 9.6.1999) проузроковало је далекосежне економске последице.

Значајан део индустрије је потпуно уништен или је тешко оштећен. Разорен је велики део саобраћајне, електроенергетске, телекомуникационе и друге инфраструктуре. Све то има значајне ефекте на привреду Србије и њене могућности за успешно укључивање у међународне економске односе. Не водити рачуна о томе, код оцене могућности и резултата, значи не узимати у довољној мери у обзир реалност.

Табела 3:
Укупна економска штета као последица бомбардовања

Област	**Укупна штета у Мил. $**
А. Инфраструктура	**805,4**
1. саобраћајна инфраструктура	355,0
2. електроенергетска инфрраст.	270,0
3. други инфраструктурни објекти	180,4
Б. Привредни објекти	**2.884,2**
1. индустријска постројења	2.762,2
2. пољопривреда	39,0
3. туризам и угоститељство	45,0
4. остале привредне делатности	38,0

В. Непривредни цивилни објекти	**373,3**
1. културно-историјски споменици 2. објекти у јавном сектору 3. стамбени објекти	100,0 72,3 201,0
Д. Уништено природно богатство	**-----**
Ђ. Губитак националног богатства А+Б+В+Д	**4,062,9**
З. Губитак људског капитала	**2.300,0**
Ж. Изгубљени ДБП који није резултат деструкције капитала	**23,245,6**
Укупна економска штета	**29,608,5**

Извор: Г-17- Завршни рачун, Београд, 1999, стр. 9.

Као што се из претходне Табеле види највећа штета је нанета у виду ставке Изгубљени ДБП. Овај губитак није био само резултат физичког уништавања капитала, већ и бројних других фактора, као што су:

– Смањивање нивоа агрегатне тражње и њеног преусмеравања готово искључиво ка потрошњи животних намирница.
– Међународне изолације Србије, што је негативно утицало на увоз, извоз, а тиме и на производњу и потрошњу.
– Пада планираног девизног прилива због изостанка очекиваних иностраних инвестиција.
– Оскудице енергената (због уништавања виталних капацитета електропривреде и нафтне индустрије, и немогућности њиховог нормалног увоза због санкција и недостатака девиза), која је имала негативне ефекте на све друге делатности.
– Пада активности у предузећима која нису била директно погођена бомбардовањем, али су због њега изгубила набавна и продајна тржишта.
– Лоше пословне климе, коју је карактерисао општи песимизам и екстремни ризик за сва улагања.

IV

Србија се, то је апсолутно јасно не може развијати, ако се не укључи у токове светске привреде. Из претходних разматрања произилази да ће Србија само да би обезбедила ниво ДБП из 1990., морати да у међународној размени остварује преко 50% ДБП, јер је пре распада претходне СФР Југославије 20%

остваривано у међународној размени, а 30% у размени са бившим југословенским републикама. Сада су те бивше југословенске републике независне државе, тј. размена са њима има карактер међународне размене. На тај начин би Србија морала да постане једна од најотворенијих европских земаља, тј. да се по учешћу међународне размене у ДБП приближи Холандији и Белгији[33]. То ће услед околности у којима је било речи у претходним деловима овога рада бити изузетно тешко остварити.

Пре свега тешко ће икада бити поново остварити онај ниво размене са бившим југословенским републикама који је постојао пре избијања југословенске кризе. Многе од њих окренуле су се новим тржиштима, на једној страни, а на другој страни у њима је дошло до пада ДБП-а у односу на 1990. што значи да им се и смањио капацитет за међународну размену.

У 2003. години настављен је тренд повећавања дефицита робне размене у економским односима Србије са иностранством, тако да је он износио 4.847 милиона долара. Дефицит робне размене је повећан за 1.308 милиона долара , односно за 37% у односу на 2002.[34]

При томе је стопа раста извоза била 19,4%, док је стопа раста увоза износила 30,5%. Из података о извршењу Платног биланса Србије у 2003. години види се да је покривеност увоза извозом смањена са 37% на 33,8%.

Извоз је растао спорије него што је то планирано и потребно ради уравнотежавања спољнотрговинског биланса, пре свега услед недовољно квалитетне понуде. Односно да би се могао остварити значајнији раст извоза потребно је да дође до преструктурирања и технолошког осавремењавања привреде што би онда резултирало и новом квалитетнијом, богатијом, и на светски тржиштима вреднијом понудом[35].

Регионално посматрано највеће учешће у извозу Србије имале су земље у транзицији 50,3%, затим развијене земље 46,8%. Учешће земаља у развоју се нажалост још смањило, тако да је у њих извезено свега 2,9% роба из Србије.[36] Једна од могућности за повећање извоза у будућности је очито и повећање извоза у земље у развоју.

Нажалост уместо тога у 2003. дошло је чак до смањивања индустријске производње у Србији за око 3%, од чега у прерађивачкој индустрији за 4,6%.[37]

Увоз је растао пре свега услед повећаног увоза енергената (укупно 700 мил. $), и репроматеријала, али и нпр. увоза половних аутомобила за које је у 2003 дато чак 553 мил. $.

[33] Ове две земље у оквирима ЕУ имају највеће учешће међународне размене у ДБП.

[34] Подаци Народне банке Србије.

[35] Извоз је растао мање него што је очекивано и услед укидања преференцијала ЕУ на извоз шећера из Србије, услед свима познате „шећерне афере".

[36] Колико је то мало говори податак да је бивша Југославија у земље у развоју извозила 13-15% својих роба, а да се и то учешће сматрало недовољним.

[37] Подаци Народне банке Србије.

Посматрано регионално спољнотрговински дефицит је увећан са свим регионима, а највише са ЕУ. По земљама највећи пораст дефицита забележен је са Немачком, Италијом, Русијом и Кином.

Суфицит у спољнотрговинској размени остварен је, као што је то случај још од средине деведесетих година, једино са Босном и Херцеговином (укључив Републику Српску) и Македонијом.

Најзначајнији производи у извозу су били поврће и воће (226.698 мил. $) и гвожђе и челик (174,775 мил. $)

У текућем платном билансу, спољнотрговински дефицит је финансиран пре свега приливом по основу салда услуга и текућих трансфера. Повећани нето девизни прилив у 2003. по основу текућих трансфера за 866 мил. $ резултат је повећања нето прилива од дознака, нето прилива по основу мењачких послова[38].

Када је реч о значају неробног дела платног биланса и његовом утицају на уравнотежење платног биланса вреди указати на изузетан значај две ставке које у односу на друге земље у транзицији, по свему судећи чине специфичност Србије и неких других земаља бивше Југославије. Наиме, убедљиво највећу ставку на страни прилива чине мењачки послови 43% (1.261 мил. $), тј. откуп девиза од физичких лица и дознаке радника и исељеника 13%.

Ове две ставке узета заједно чине готово 75% вредности целокупног робног извоза Србије. Или другим речима речено спољнотрговински дефицит се у великој мери финансира откупом девиза од физичких лица, и дознакама наших радника из иностранства[39].

Важно је подвући да је у 2003. години у капиталном билансу дошло до знатног повећања девизног прилива на основу страних директних улагања и коришћења иностраних кредита.

Страна директна улагања су износила 885. мил. $ пре свега као последица приватизације неколико великих предузећа, односно операционализацијом неколико стратегијских инвестиција, пре свега ДИН, ДИВ, Апатинске пиваре и Беопетрола. Тако су се и у Србији почели регистровати први позитивни резултати транзиције, када је реч о приливу страног капитала од приватизације[40].

Један од значајних проблема који оптерећује међународне економске односе Србије је и питање иностраног дуга и способности Србије да га сервисира.

С тим у вези треба напоменути да је Србија према светским критеријумима високо задужена земља. Наиме, једна земља се сматра високо задуженом ако вредност дуга према годишњој вредности извоза премашује 220%. Код Србије тај проценат је 387%, имајући у виду да је стање спољног дуга на дан 31. јул 2004. године било 12,158 мил. $.[41]

[38] Подаци Народне банке Србије.

[39] То креаторима економске политике очито отвара простор који не постоји у другим земљама у транзицији.

[40] О томе сам опширније писао у оквиру Научноистраживачког пројекта који се ради на Правном факултету у Новом Саду: „Међународни оквири реформе правног система Србије".

[41] Види Табелу.

Међутим, на другој страни Србија располаже значајним девизним резервама, које су релативно највише у односу на читав период после другог светског рата- 4,365,6 мил. $.[42]

Према анализи Народне банке Србије стабилан просечни привредни раст од око 5% годишње, раст извоза и реални раст инвестиција од око 15% годишње, уз опадање дефицита у спољнотрговинској размени пружили би уз одговарајуће стране кредите основ за могућност сервисирања спољњег дуга.

Ако би пак стопа раста дугорочно била око 3%, постојала би и даље могућност за очување екстерне ликвидности, али у овом сценарију не би било никаквог простора за раст потрошње и стандарда. Овакав сценарио би на другој страни био друштвено неприхватљив имајући у виду, пре свега очекивања становништва после скоро две деценије нестабилности, ратова и разарања, о чему је у раду било речи.

V

Да би Србија обезбедила такву позицију у међународним економским односима, која јој омогућава стабилан дугорочан развој, очито је да се мора израдити „Стратегија укључивања Србије у међународне економске односе". Ова стратегија мора водити рачуна о новоуспостављеним реалностима о којима је у раду било речи. С једне стране то је чињеница да се Србија поново појављује као самосталан субјект у међународним економским односима, а с друге стране то су измењене околности у светској привреди које се огледају нарочито у чињеници глобализације, институционализације, као и растуће улоге ЕУ у међународним економским односима.

Стратегија укључивања Србије у међународне економске односе треба да буде усаглашени део „Стратегије развоја Србије".

У ове две стратегије морају бити дефинисани краткорочни, средњерочни и дугорочни циљеви Србије на плану економског развоја, јер међународни економски односи су само сегмент економије, и позиција једне земље у њима ће у највећој могућој мери зависити од општег стања привредног и правног система у тој земљи.

Основни напор када је реч о међународним економским односима Србије мора бити учињен ка смањивању спољнотрговинског дефицита. То се може постићи пре свега обезбеђивањем веће количине и бољег квалитета роба намењених извозу, али на дуги рок променом структуре извоза ка робама вишег степена обраде, за шта су потребни технолошко преструктурирање производње, али и нови приступ маркетингу и финансирању производње. Питање спољнотрговинског дефицита такође тешко ће бити решено без регулисања односа са СТО, али пре свега са Европском Унијом.

[42] Податак Народне банке Србије за август 2004.

Први корак у томе је процес стабилизације и асоцијације са Европском Унијом који би између осталог требао да обезбеди лакши приступ наших производа на тржиште Уније. Крајњи циљ је свакако пуноправно чланство у Европској Унији.

Но, и пре тога морају се уводити европски стандарди како квалитета производње, тако и правне регулативе и општег економског амбијента. Ово је незаобилазан корак и стога што стандарде Европске Уније примењују и земље које још нису постале пуноправне чланице.

Србија такође шансу има сектору услуга имајући у виду да је значајна транзитна земља, али и земља с великим бројем високообразованих кадрова.

Привлачење страних директних инвестиција, које треба да буде део опште стратегије развоја сигурно ће такође донети имплементацији светских стандарда квалитета како производа, тако и организације рада.

Међутим, треба истаћи да ће коначна оцена сваке стратегије бити дата пре свега по томе колико доприноси решавању проблема незапослености као и повећању личног и друштвеног стандарда, односно подизању квалитета живота на европски ниво.

Спољни дуг Србије
(стање на дан 31. јул 2004. године, прелиминарни подаци

Инокредитори	Дуг по главници	Редовна камата	Затезна камата	Укупно
МЕЂУНАРОДНЕ ФИНАНСИЈСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ	**4.364**	**5**	**8**	**4.376**
Од тога ММФ	946			946
ВЛАДЕ	**3.169**	**166**	**93**	**3.428**
ЛОНДОНСКИ КЛУБ-банке Ђ регулисани дуг3)	**1.080**			**1.080**
ЛОНДОНСКИ КЛУБ-банке Ђ нерег-улисани дуг3)	**42**	**30**	**10**	**82**
ОСТАЛИ КРЕДИТОРИ	**1.783**	**100**	**299**	**2.182**
КРАТКОРОЧНИ ДУГ	**827**	**0**		**828**
КЛИРИНГ	**157**	**26**		**182**
УКУПАН ДУГ	**11.422**	**326**	**410**	**12.158**
Од тога Косово:	**1.079**	**20**	**46**	**1.145**

Билатерални преговори о регулисању дуга са Италијом, Јапаном и Финском нису завршени, па су дати прелиминарни подаци.

[2)] Редовна и затезна камата обрачунате су у складу са оригиналним уговорима.

[3)] У овој табели први пут је приказано стање дуга након отписа од око 62%, који је договорен у преговорима током јуна/јула 2004. године

[4)] АПИ – излазне обвезнице које су 1988. издате повериоцима који нису желели да учествују у рефинансирању у оквиру Споразума по НФА. Део дуга по Лондонском клубу поверилаца који ниједна од република бивше СФРЈ није регулисала, па ни СЦГ.

Подаци: Народне банке Србије.

Đorđe Popov Ph.D., Full professor
Novi Sad School of Law

Serbia in International Economic Relations

Abstract

Similarly as other post-communist countries, Serbia faces the challenges of international economic relations institutionalization and globalization, simultaneously with the process of transition. However, Serbia faced certain economical problems over the previous fifteen years, which made its situation specific in comparison with the rest of the countries in transition (decomposition of former Yugoslavia, sanctions, bombing campaign). Therefore, any serious evaluation of the achieved results must comply with the above circumstances.

Serbia may not develop unless it enters the stream of global commerce.

In order to achieve such a position in international economic relations, which would provide it with a stable long-term development, Serbia must elaborate the „Strategy of incorporation of Serbia into international economic relations".

In terms of international economic relations, Serbia must concentrate its efforts on decrease of its foreign trade deficit. Such a result may be achieved primarily through a better quality of exporting goods, and in the long run by switching its export structure to the goods from higher levels of the production chain. That would call for technological restructuring of production and a new approach to marketing and production financing. However, the issue of foreign trade deficit will hardly be resolved without regulation of the relations with the WTO and the European Union.

The final evaluation of any strategy shall be made with respect to the contribution it makes towards resolution of unemployment issues and increase of personal and social quality of life to a European level.

УДК 339.1 : 17
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 595-610

Др Фуада Станковић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПОСЛОВНА ЕТИКА У ЗЕМЉАМА У ТРАНЗИЦИЈИ

Сажетак: *У раду се разматрају корени савременог схватања пословне етике, однос тржишта и етике и „етичност" тржишта, пословна етика као део савремене теорије менаџмента, значај пословне етике у времену глобализације и међународном бизнису и искуства земаља у транзицији у суочавању са потребом придавања веће важности пословној етици и доношењу прописа из те области.*

Кључне речи: *„етичност" тржишта, друштвена одговорност бизниса, стејкхолдери, етички кодекс, сукоб интереса.*

Корени савременог схватања пословне етике

Подручје пословне етике традиционално је било у домену филозофа, академика и социјалних критичара.

Енглеска „природна етика" у 18 веку као основна наука о човеку, о његовој природи, знању и понашању довела је до формулисања читавог низа „природних закона" који су имали значајно место у економској анализи тога времена. За економисте је то пре свега била аналитичка етика, анализа стварног понашања, јер се већ тада у економској теорији избегавао нормативизам. Економисти су такође морали користити психологију која је не само одређивала приступ етичким појавама, него је морала и да их објашњава. Нормативизам се у случају етике ипак није могао избећи с обзиром да се увек мора поставити питање како би појединци требало да се понашају. Наравно, економисти су по-

кушавали да што је могуће егзактније предвиђају понашање. Они су у великој мери прихватали мишљење чувеног утилитаристе Бентама да су једини интереси на које се појединац може ослонити у оцени било чега његови властити интереси, али да ти интереси воде рачуна о интересима, осећањима и односима других људи.[1]

Расправе везане за етичко понашање у економској сфери увек су се кретале између егоизма и алтруизма, при чему је наравно егоизам увек био примарна одредница понашања „*homo oeconomicus-a*". „Рачун ужитка и бола" као кратка дефиниција економске логике коју је у 18. веку формулисао маргиналистички правац на челу са Стенлијем Џевонсом (*Stenley Jevons*) по претпоставци су мерљиве величине које се могу сабирати и у збиру претстављати нешто што се зове „срећа". А индивидуалне „среће" се сабирају у друштвени резултат који ће се ускоро назвати општим добром или благостањем. (Школа друштвеног благостања). Ово утилитаристчко схватање има и своју нормативну страну, па је основно нормативно начело утилитаризма „највећа срећа највећег броја људи".

Утилитаризам је по свом приступу, методологији и карактеру својих резултата био последњи систем природног права[2], а он и данас представља филозофски оквир размишљања највећег броја економиста.

Утилитаризам је нормативни систем с јаком склоношћу према праву. (Бентам је поред осталог био и правник). Као схоластички систем, он је био систем моралних императива и правних начела, са значајним егалитаристичким елементом („највећа срећа највећег броја људи"). Такође битна карактеристика утилитаризма је схватање да је сваки појединац једнако вредан, али и да је неформиран и савитљив материјал, и да га зато треба образовати а затим пустити да слободно бира.

Дакле, утилитаризам је филозофски правац који је до данашњих дана највише утицао на ставове економских теоретичара и у великој метри на схватање пословне етике.

Тржиште и етика – „етичност" тржишта

Међу економским теоретичарима се још од Адама Смита водила дискусија око „етичности" тржишта насупрот „етичности" државне интервенције. У новије време ова компарација се изражава супротстављањем слободног уласка и изласка са тржишта као кључне карактеристиле слободног тржишта и права гласа као кључне карактеристике политичке демократије. Тако се путем ове разлике диференцира економија у односу на политику.

Неки економисти истичу да су тржишне норме имперсоналне, а да су купци и продавци странци који немају међусобних личних веза или обавеза.

[1] J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789)

[2] J. Schumpeter, *Повијест економске анализе*, Информатор Загреб, 1975. с. 110

Свака страна у тржишном односу се посматра као средство за остваривање циљева независних од обе стране у том односу. Потврда за ово је карактеристичан идеал економске слободе да економски субјекти иду на тржиште следећи своје властите индивидуалне интересе који неће бити угрожени жељама других људи. Добра, робе су ексклузивни и конкурентски. Тржишта одговарају на ефективну тражњу и не праве разлику између различитих жеља са становишта укуса. Утицај појединца се пре свега изражава у чињеници да он увек може слободно да изађе са тржишта и да он/она немају глас у одлучивању шта ће се и колико произвести. То има друга страна, страна понуде.[3]

Као супротност оваквим тржишним нормама понашања могу се посматрати активности државе или других јавних институција. Политичке вредности заједништва, које се изражавају преко обезбеђивања заједничких добара и демократије, као што је слобода да се учествује у заједничким активностима, су потпуно супротне тржишним нормама. Расподела у држави треба да буде у сагласности са заједничким принципима, а не да се следе само појединачне жеље. Грађани упражњавају слободу пре свега путем гласа а не права изласка, као што је то случај код учешћа на тржишту и при томе учествују у стварању услова за функционисање политичке демократије. У оквиру оваквог схватања више се вреднује (са етичког становишта) политичка демократија у односу на слободу тржишта.

Слобода изласка са тржишта, као чин ослобађања од поштовања његових норми понашања, за неке ауторе је централно начело за моралну аргументацију у прилог тржишта. Свако може слободно да уђе на тржиште, али што је за ову тему много важније, може да га напусти кадгод то пожели. У политичким институцијама право гласа подразумева индивидуалне разлике а одлуке су колективне. Добровољна размена на тржишту је повезана са врло различитим мотивима. То не значи да тржиште подстиче егоизам, оно просто није компатибилно са признањима, вредностима као што су поштење и брига за друге. Али, етичка позиција тржишта зависи од чињенице да оно омогућује појединцима да делују на бази својих властитих циљева и вредности без да морају да их подређују одлукама других појединаца или колективитета. „Слобода аутономних појединаца на тржиштима није у праву гласа (да имају улогу у доношењу колективних одлука) него на праву, слободи изласка... Супротно политичким институцијама које захтевају изгарђивање политике која ће се примењивати на све, тржишта дозвољавају свакоме да иде својим путем и тако она подстичу индивидуалност и разноликост”.[4]

Заговорници оваквог мишљења истичу да су право на индивидуалност и различитост једини и најважнији морални аргумент у прилог тржишта. Ако желе да успеју на тржишту појединци морају да култивишу извесне особине које су, на пример, у командним економијама потиснуте. Тако тржиште развија и

[3] E. Anderson, *The Ethical Limitations of the Market, Economics and Philosophy*, 6, 179-205

[4] J. Gray, *The Moral Foudations of Market Institutions*, Institute of Economic Affairs, 1992.

подстиче не само поштење и вредноћу него и осетњивост на туђе потребе и преференције.

Интереси појединаца, на другој страни, могу да буду угрожени одлукама државе.

Иако се претходна два мишљења разликују у погледу етичких аспеката тржишта, оба се слажу око тога да је право изласка карактеристика тржишта, а право гласа карактеристика државног одлучивања.

Када се мало детаљније размотри слобода изласка може се приметити да постоје две врсте изласка. То су: а) излазак без ичијег утицаја (на пример на аукцијама, берзама) и б) споразумни излазак, што је случај код већине осталих тржишта. Добар пример за прву врсту изласка је на пример берза бакра. Ценовни механизам ту берспрекотнио функционише. Када се зна тржишна цена само треба да се донесе одлука да ли ће се бакар купити или не. Стари пасионирани обожаватељ и бранилац тржишног механизма насупрот планској привреди Фридрих фон Хајек, каже: „Лепота је што у оваквим случајевима када је нека сировина ретка, нема терања да се она користи, најчешће нико неће знати узрок, десетине хиљада људи чији би се идентитет могао установити тек месецима истраживаља, користиће или неће користити тај производ..."[5].

Излазак се на аукцијским тржиштима јавља у свом најчистијем облику. Купци просто одлучују са да или не без обзира на то шта произвођач чини или верује. Такође, одлука о изласку се доноси као одговор на чисто квантитативне вредности као што је цена производа. Зато се овакав излазак назива непосредованим изласком.

Код споразумног изласка излазак је последица не само цене него и квалитета индивидуалних понуђача. Овај облик изласка има две карактеристике: а) ради се о односу између понуђача и потрошача, б) он подразумева одговор на много комплекснију информацију него што је просто нумеричка величина – цена.

Код овог случаја изласка, чешће се дешава да прва куповина не буде и последња, него да се на основу првог искуства са квалитетом и ценом, може наставити куповина код истог понуђача. Ова друга врста изласка је најчешћи случај, а аукцијска тржишта су врло ретка.

Неки економисти сматрају да овај други случај изласка подразумева и развијање друштвених односа између купаца и продаваца који укључују и етичке компоненте. Док су на аукцијским тржиштима односи неперсонални, то није случај са осталим тржиштима. Могло би се чак устврдити да код споразумног изласка постоје и елементи гласања поред слободе изласка. Ту постоје и услови за садржајнију аутономију економског субјекта. Најбољи начин да људи изразе своју слободну вољу али и да сукобе интересе је споразумевање и компромис у међусобном односу. Економски агети на овим тржиштима виде један другог као део заједничког дугорочног властитог интереса и зато су присиљени да развијају међусобне односе. Ово би био јачи аргумент у прилог етици тр-

[5] 5. F. Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, American Economic Review, 35, 519-53

жишта – спознаја овог аспекта аутономије који је садржан у друштвеним односима карактеристичним за потрошачка друштва.[6]

Кад је у питању етика појединачног предузетника (власника мале или средње фирме) нужно је узети у обзир његов/њен однос према клијентима, запосленима, држави и другим фирмама (стејкхолдери). Пошто сваки предузетник жели да остане у бизнису и буде успешан, његов јасан интерес је да испуњава обавезе према клијентима и према запосленима. Неки предузетници могу да профитирају ако преваре једну или другу групу али само у кратком року. У дужем року се то окреће против њих. Ово исто важи и за однос предузетника према држави и фирмама код којих купују робе или услуге. И једни и други могу да уведу санкције фирми која крши законе и уговоре.

Истакли смо предности конкуренције за економију које потичу од фирми које се понашају у складу са принципом максимизације профита. Међутим, веома је присутно и мишљење да је овакво понашање фирми неморално односно да се може критиковати са етичког становишта. Покушајмо да ово питање поставимо на обрнут начин. Замислимо да фирма не тежи да оствари што већи профит због тога што њени власници сматрају да је то неморално. Та фирма ће пословати мање успешно од осталих. Могу да постоје појединци и организације који ће финансирати непрофитне организације. Али задатак је банкарских менаџера да новац својих депонената инвестирају на профитабилан начин, у фирме које ће доносити профит. Профитабилност је тако нужна за егзистенцију приватне фирме, као што је храна нужна за постојање живих бића. Ако фирма не жели да унапреди своју ефикасност, смањује се ефикасност економије и губе се предности конкуренције. Ако конкуренција одржава фирме на нивоу сталног усклађивања са новим трендовима у технологијама, онда ће успех једних и пропадање других одржавати целу економију на нивоу савремених технолошких трендова. На овај начин, конкуренција испуњава своју сврху у промовисању економског развоја. Битан саставни део овог процеса је да лоше фирме затварају врата.

Свака фирма која учествује у конкуренцији има могућност да унапређује квалитет својих производа и развија производну технологију која ће омогућити смањење цене производа. Ово утиче на промет производа фирме јер потрошачи купују производе на бази односа квалитет/цена. У тржишној економији фирме конкуришу једна другој а радници унутар фирме се такмиче око статуса фирми. Ако су оба ова процеса конкуренције фер и ако клијенти могу слободно да бирају између различитих добара, а каријере запослених зависе од њихових личних способности, најбоље фирме ће освојити тржиште а најспособнији радници стићи на највиша места у хијерархији послова. Фер конкуренција производи резултат који се може сматрати ефективнм и етичким. Овај резултат не мора задовољити оне који нису успели у овој конкуренцији.

[6] G. Dawson, Exit, *Voice and Values in Economic Institutions*, Economics and Philosophy, 13, 87-100

Пословна етика као део савремене теорије менаџмента

Теоретичар менаџмента Франџис Фукујама истиче како је раширено схватање да капитализам глорификује похлепу, а према његовом мишљењу, похлепа је у природи човека а не економског система. Тежња за профитом може да генерише вредности. У потрошачком друштву примарно је испуњавање апетита појединаца. Бизнис користи ту чињеницу, али претеривање у томе може да га дисквалификује. Пословни човек/жена жели репутацију праведне особе, способне да испуни обавезе и захваљујући томе што је у стању да оствари профит. У социјализму људи су такође били похлепни, каже Фукујама, похлепни за влашћу, положајима, местом у хијерархији, производима који се нису могли купити у радњама. Капитализам цивилизује људску грамзљивост, као што брак смирује „животињске" нагоне. На слободном тржишту егоисти доминирају, али то не значи да су им страни сви облици духовности.[7] (према Гаспарски, с. 155)

Оно што повезује бизнис и етику је „јесте и треба" који имају важну функцију у етици. То је веза између емпиријских чињеница економије и моралних вредности, јер економска продуктивност има везе са производњом моралних вредности, она треба да служи људима.[8] Пословна етика се мора тако поставити да служи људима укљученим у производњу, као и свима онима који долазе у везу са производима/услугама.

Пословна етика се дефинише као схватање правилности индивидуалног понашања, одлука или процедура запослених у пословним организацијама у једној привреди.

Данас се корпоративна етика посматра са становишта како менаџмент корпорације следи етичке принципе одређеног друштва, пошто корпорација није само правни ентитет него такође и етички ентитет.

Етички стандарди у бизнису су се разликовали у зависности од друштва у којем су се формирали и често су се развијали заједно са укупним променама у једном друштву. Поред основних старих етичких стандарда као што је да се од сваког очекује да испуни уговорну обавезу или да се не сме погрешно рекламирати производ/услуга, стално настају и развијају се нови етички стандарди.

Подручје пословне етике све више је веома битна компонента практичног менаџмента и лидерства, па је тако постало једна од значајних дисциплина у области менаџмента. Могло би се рећи да пословна етика постаје незаобилазна дисциплина након друштвених промена у шездесетим годинама прошлог века. У тој деценији покрети који су позивали на свест о друштвеној одговорности свих па и бизниса, захтевали су да они користе своја огромна финансијска средства и друштвени утицај за решавање проблема као што су сиромаштво,

[7] Према W. Gasparski, *Business Ethics on the Way to Integrated Europe*: As Seen From the Polish Pespective, Business Ethics: *From Theory to Practice*, Vilnius University, Vilnius, 2002 153-171

[8] R. Weiler, *Wirtschaftsethik*, Graz, Verlag Ulrich Moser, 1993.

криминал, заштита околине, једнака права, јавно здравство и унапређење образовања. Ако већ предузећа зарађују профит користећи заједничке ресурсе они су дужни да унапређују своју земљу. Од тада су предузећа полако почела да уместо речи стокхолдер у својим планским и другим документима све више користе нови много шири термин и концепт – стејкхолдер.[9] Пракса стејкхолдер менаџмента је кичма пословне етике. Постоје два основна приступа стејкхолдер теорији фирме. Једна полази од тога да стејкхолдер менаџмент треба да оптимизује вредност за стејкхолдере, а друга види јачу улогу стејкхолдера као равноправних партнера у фирми.[10]

Каже се да су у економској сфери субјекти вођени са три димензије које се називају и „троструко Е" према њиховим првим словима. То су ефективност, ефикасност и етичност. Ефективношћу се мери степен остварености сврхе, циља. Ефикасност је однос између резултата и трошкова. Етичност је димензија степена друштвеног задовољства активношћу која се предузима у датој култури, а степен задовољства се заснива на нормама понашања које су у складу с културом окружења.

Ефективност и ефикасност су чисто економске категорије уколико се могу квантитативно измерити. Етичност, упркос неким напорима да се формализује је по природи квалитативни феномен. Све три димензије су међусобно повезане и зависне. Најплеменитија намера у етичком смислу није остварива без минималне ефикасности. С друге стране, и најефикаснија али морално негативна активност, губи практичну вредност због културно дефинисаних граница етичког понашања.

Уобичајена дефиниција етичког кодекса је да је то скуп моралних норми и директива које препоручују прихватање одређених ставова и одређеног понашања у односима са другим људима унутар одређене професије или компаније.

Корпоративна етика или друштвена одговорност корпорације односи се на број моралних питања са којима се бизнис или компанија сусрећу, на пример, сељење пословања у земљу у којој је јефтинији рад, поштена реклама и сл.

Одрживост бизниса и компанија подразумева најмање четири предузетничке димензије: 1) интерну социјалну политику: задовољство на раду, услови рада, односи и окружење, 2) политику заштите околине: адекватно коришћење сировина и енергије, спречавање емисије штетних елемената и контрола смећа, 3) екстерну социјалну политику:компанија и њено окружење, однос према људским правима, према земљама у развоју, итд., 4) етичку економску политику: да ли компанија може да гарантује за свој економски потенцијал, да ли тежи дугорочним и конструктивним односима са клијентима, снебдевачима, деоничарима и властима?

Успешне компаније углавном доносе етичке кодексе. Шта све треба да садржи етички кодекс компаније? Најкраће то су следећи елементи: а) сврха и

[9] Видети: Ф. Станковић, *Пословна етика и одговорност бизниса према друштву,* Зборник радова, Правни факултет у Новом Саду, 2003., с. 135-140)

[10] L. Bouckaert, *Business Ethics and Economic Democracy*, Business Ethics: From Theory to Practice, Vilnius University, Vilnius, 2002 59-76

вредности бизниса б) однос према запосленима ц) односи са купцима/клијентима д) са деоничарима и осталим који улажу новац е) однос са снабдевачима ф) однос са ширим окружењем, локалном, регионалном заједницом.[11]

Најчешће навођени етички принципи и вредности су интегритет, поштење, фер понашање и одговорност према друштву.

Добар пример етичког кодекса донетог 2002. има компанија *Johnson & Johnson*. У њему се између осталог каже: „*...Ми смо одговорни нашим запосленима, мушкарцима и женама који раде са нама у целом свету. Свако се мора посматрати као појединац. Ми морамо да поштујемо њихову част и препознамо њихове резултате. Они се морају осећати сигурним за свој посао. Компензација мора да буде фер и адекватна, радни услови чисти, уредни и сигурни. Ми морамо да будемо у стању да проналазимо начине да помогнемо нашим запосленим да испуњавају своје породичне обавезе.*"

Лична одговорност се сматра веома важном компонентом пословне етике. Сваки члан компаније мора да буде свестан својих властитих одговорности за свој живот и живот и безбедност својих суседа као и одговорности за материјална добра. Осећај одговорности се може ојачати јасним набрајањем последица или санкција ако се пропусти поштовање правила у етичком кодексу. Сва правила и упутства у етичком кодексу морају да буду јасна и разумљива. Нејасне, противречне одредбе се морају избегавати. Сваки члан компаније треба да буде у стању да спозна своју властиту одговорност у предузећу. Ниједан захтев не сме да тражи нешто што није могуће испунити.

Посебно се наглашава пословна етика на радном месту. Она се пре свега односи на то шта је исправно а шта је погрешно чинити на радном месту и пре свега је везана за последице по производе/услуге и односе са стејкхолдерима.

Сматра се да етички програми унапређују тимски рад и продуктивност. Они помажу запосленима да боље схвате реалност, и оно што је добро и оно што је лоше у организацији и код њих самих. Етички програми такође јачају свест о легалности политике коју води предузеће. Они често спречавају касније спорове за накнаду штете. Етичко однос према запосленима за време запошљавања, вредновања, отпуштања и сл. спречава касније радне спорове. Етичко понашање смањује грешке и кажњавање.

Етички програми промовишу позитиван имиџ о компанији у јавности. Јавност жели да види предузећа која ће поред профита вредновати људе, пословати са интегритетом и часно. Као позитиван пример наводи се како је *Johnson and Johnson* поступао у афери око лека (*tylenol*), насупрот *Exxon*-у који није добро водио аферу када је нафта загадила Аљаску.

Организацију која се може назвати етичком карактерише индивидуална уместо колективне одговорности. Свака значајнија одлука менаџмента мора да садржи етичку димензију.

У најновије време посебна пажња се поклања духовном аспекту менаџ-

[11] *Outline of the Content of a Code of Business Pratice and Ethics*, Institute of Busienss Ethics, London, http://www. ibe. org. uk)

мента. Уместо традиционалних модела и парадигми нови начин размишљања се описује као „нови духовни императив". Савремена пракса менаџмента се анализира интегрисано са духовном, спиритуалном димензијом, односно мотивацијом. Људска бића имају потребу да се социјализују учествујући у раду, тржишним процесима и заштити околине. Људи имају потребу за личним емотивним лојалностима или се осећају као духовни делови тима. Систем вредности, спознаја циљева корпорације и положај менаџмента у односу на ширу заједницу и природно окружење чине оквир за анализу спиритулне димензије менаџера.[12]

Бизнис етика у времену глобализације и међународном бизнису

Економски системи међусобно конкуришу један другом на светском тржишту у односу на то који систем може да произведе добра највећег квалитета са најповољнијим односом квалитет/цена за купце Ако нека земља не успева да се одржи у овој конкуренцији стандард њених становника се смањује у односу на друге земље и многи појединци желе да оду у те земље у којима се живи боље.

Најчешће су то најталентованији појединци који имају највише храбрости да оду из своје средине у потрази за новим могућностима. То још више отежава ситуацију земље из које они одлазе.

Стандард живота мерен на пример друштвеним бруто производом по глави становника се обично узима као најбољи показатељ успешности појединачних земаља у креирању благостања за своје становнике. Становници економски успешне земље уживају плодове успешности у различити видовима као што су добре шансе за образовање, високи нивои плата и запослености, квалитетно здравствено осигурање и сл.

Бизнис етика се данас разликује од традиционалне етике економије развијане пре много година. Разлика постоји због чињенице да економија постаје стимуланс и инспиратор науке и технологије. Зато се друштва са развијеним привредама називају друштвима знања а економија заснована на новим технологијама новом економијом. Етички проблеми економске активности се обогаћују новим подручјем: питањима изазваним глобализацијом.

Три нивоа глобалне економије прате три нивоа како се развијала пословна етика. Нивои су: а) микро ниво тј. ниво људске/индивидуалне акције, б) мезо ниво, тј ниво активности организације/компаније и ц) макро ниво – ниво националних економских система. Микро ниво је ниво индивидуалне или приватне етике: менаџера, банкара, добављача, брокера, итд. Инетрмедијарни или мезо ниво пословних активности је везан за организације с различитим правним ста-

[12] Видети: Alpar Losoncz, *Spiritual Motivation in Management,* у *Spiritualitu and Ethics in Management*, ur. L. Zsolnai, Kluwer Academic Publishers, 2004, 75- 86)

тусом. То су компаније, корпорације, мале фирме итд. Ту се највише срећемо са пословном етиком, чији су актери интерни или екстерни стејкхолдери. Етичка димензија на макронивоу везана је за понашање субјеката на националном и интернационалном нивоу. Овде се често појављује проблем мита и корупције.

Етички изазови глобализације су били тема Другог светског конгреса економије, бизниса и етике одржаног у Сао Паолу у Бразилу 2000. године.

Тамо су идентификовани следећи актуелни етички проблеми у свету: запошљавање деце, заштита околине, заштита интелектуалне својине – посебно у односу на економију засновану на креирању и понуди знања, транспарентност у доношењу одлука и операцијама на финансијским тржиштима, корупција, мито и превара, питање колизије/конфликта интереса, компјутерски криминал (заштита личних података, база података, и сл.) и етичка димензија међународног маркетинга и истраживања тржишта...

У 21 веку успешне компаније ће морати да учине више него само да испуне прописане стандарде или обезбеде добра која купци траже. Успешне компаније ће морати да развијају приступе за отварање кључних етичких, социјалних питања и питања заштите околине. Оне морају да раде с другима, укључујући невладине организације у развијању иновативних и креативних решења. Они треба да буду део решења а не део проблема.

Етички аспект је веома важан у међународном бизнису. Познавање културних вредности земље са којом се послује је услов да би се уопште могло пословати и успети. Етика и очекивања као део културе утичу на све пословне трансакције.

Многе земље у развоју следе западни модел пословања али то не значи да морају или да је чак пожељно да следе и етичке вредности. Добар пример за то је савремена Кина, која настоји да од Запада узима све што је добро у економији, а истовремео настоји да то не угрози њене основне културне вредности и традицију.

Да ли ће у томе и колико успети? Пример економског развоја Јапана можда показује да је то могуће?

У време глобализације етичка питања која се повезују са културним колонијализмом су предмет многобројних академских расправа.

Искуства земаља у транзицији

У периоду транзиције бивших социјалистичких зрамља у капиталистичке економије најважнија промена је развој тржишне економије. Са њом иду неизбежне радикалне промене правног система и успостављање владавине права.

Проблеми етике, етичких димензија пословања се обично уочавају тек касније. Они су ипак нужан елемент у пакету транзиције у тржишну привреду. Мера достигнутог стварног тржишта би могло да буде присуство етичких критерија у укупним економским активностима. Јер тржиште и етика не могу јед-

но без другог. Стварна конкурентска тржишта ће све више стављати на дневни ред етичка питања.

У временима фундаменталних промена у друштву веома је важно посветити пажњу пословној етици. Вредности које су се раније сматрале незамењивим у временима промена се доводе у питање, а многи етички принципи се више не поштују. И обично нема јасног моралног компаса који би помогао лидерима у компанијама да решавају дилему шта је добро а шта лоше.

Доминантан стереотип често присутан у капиталистичким привредама скоро да је доминатан у земљама у транзицији а то је да је бизнис по својој природи неетичан, да тежња за профитом потпуно елимише етичко размишљање и понашање компанија. Доста је раширено и погрешно схватање да „све што није законом забрањено је дозвољено".

Пољска је једна од земаља у транзицији у којој се од почетка процеса велика пажња поклања пословној етици. Етички проблеми у друштву, па и у бизнису, изазвали су бројне дискусије у овој земљи које се на крају углавном сводиле на закључак да неодговарајуће понашање неких бизниса у Пољској није узроковано тиме што су пословни људи евентуално мање етични од осталих људи, него чињеницом да се није поклањало довољно пажње организацијама где запослени треба да се понашају и раде у складу с етичким принципима.[13] Пословна етика је у Пољској уведена као дисциплина која се изучава на универзитетима. Одржане је неколико конференција о бизнис етици у организацији Научног друштва за праксологију и Фондације за предузетничко образовање, а то је била и једна од тема на Конгресу пољских филозофа (посебна секција за пословну филозофију и етику).

И у Мађарској се уочава значај пословне етике. Универзитет економских наука у Будимпешти је основао Центар за пословну етику и електронски бизнис са намером да користи интернет као изванредну технолошку основу за комуникацију и сарадњу различитих стејкхолдера у напорима на очувању окружења, развијању јавних служби и одрживом развоју. Такође су покренули пројект „Етичка структура економија у трансфомацији".

На веома интересантан начин се у Кини сусрећу конфучијанска етика и свакодневно понашање у пословању. Искуство западних пословних људи је да Кинези веома тешко склапају послове с људима које не познају, да су веома неповерљиви и да је зато добро прво се с њима добро упознати па тек онда кренути у пословне преговоре. У Кини се такође воде интересантне расправе о етичким питањима у бизнису. Једно ид таквих питања је илегална производња видео дискова. У Јужној Кини се дневно производи 200.000 таквих дискова. Под насловом „Етика насупрот профиту" лист *China Daily* (август 2002.) пише о настојањима владе да сузбије ову илегалну производњу. Један од проблема је што се опрема и програми за ову производњу кријумчаре из западних земаља. Однос између моралности и тржишта је чест предмет расправа. Неки сматрају да тржиште уместо планске привреде доноси са собом неетичко понашање.

[13] W. W. Gasparski, *op. cit*.

Други сматрају супротно. Да управо тржиште потенцира индивидуализам, па према томе индивидуалну моралну одговорност.

У бившим социјалистичким земљама једно од веома важних етичких питања је везано за подручје сукоба јавног и приватног интереса. Тај сукоб постоји пре свега када лице које врши јавну функцију доноси одлуке под утицајем приватних (личних или групних) интереса које има. Чак кад тај сукоб још не постоји, него постоје само шансе да до њега дође и тада се ради о потенцијалном сукобу интереса који се мора избегавати. Зато се доносе норме које предупређују могућност да уопште дође до сукоба интереса а такође се прописују норме поступања у случају да таква могућност наступи.

Нажалост, још увек је раширено схватање да је вршење јавне функције прилика да се остваре приватни интереси. Сматра се да су подстицај у том правцу, веома ниске зараде јавних службеника, и уопште стручњака у поређењу с приватним сектором. Несразмера између одговорности коју носи јавна функција и зараде коју државни фунционери остварују, наводи на сумњу грађане да су многи јавни службеници дошли на функцију да би мимо официјелне зараде на друге начине остварили свој приватни интерес. Од великог је значаја у земљама у транзицији да се промени понашање јавних службаника и да се развија ново схватање јавне функције.

У Србији су до сада уведене извесне појединачне мере за превазилажење проблема сукоба интереса и корупције, али не постији јединстве систем који би се односио на све области јавног живота. Не постоји ниједан општи акт на основу кога би могли да буду развијани стандарди за посебне области у којима се јавни интерес остварује, него су и постојеће норме често садржински различите јер су доношене у различитим периодима. Нови Закон о конфликту интереса који се најављује биће основа да се у свим областима регулише ово веома важно питање.

У овом контексту интересантна је Препорука о правилима понашања изабраних именованих, постављених и запослених лица у органима покрајине коју је 2002. године донела Скупштуна Аутономне покрајине Војводине. То јесте нека врста етичког кодекса, који не садржи санкције за повреду норми нити прописује механизме за поступање у случају да се утврди прекршај тих одредби.

Препоруком су позвана изабрана лица да пре ступања на дужност објаве своје пословне, финансијске и друге профитне активности, као и да пријаве надлежном скупштинском телу (не наводи се којем телу) имовину и дугове за себе, супружника и издржавана лица. Још увек недовољно, али показатељ сазревања свести о потреби регулисања таквих питања.

У многим земаљама у транзицији постоји традиција поклона и врло је тешко повући линију разграничења. између допустивог и недопустивог поклона, када поклон постаје мито. У многим земљама се одређује горња граница вредности поклона у јавним институцијама која се може толерисати.

У Србији се ово питање регулише једино у Закону о средствима у својини Републике Србије из 1995. године којим је утврђено да су поклони које представник Републике прими од страних држава, органа или организација тих

држава, међународних организација или страног држављанина и страних правних лица средстава у државној својини (чл. 38).

У Србији је у протеклих неколико година у оквиру неколико пројеката истраживан однос грађана према корупцији и сарадњи грађана и власти. Најновији пројект који је иницирала невладина организација „Транспарентност – Србија" бавио се анализом ставова грађана о свим битним питањима у вези са сукобом интереса државних функционера и слободним приступом информацијама. Истраживање је обухватило четири тематске области: појам јавног интереса, сукоб јавног и приваног интереса држави функционера, право на слободан приступ информацијама и акциони потенцијал грађана за борбу против сукоба интереса и за остварење права на слободан приступ информацијама. Ставови грађана о сукобу интереса, примању мита и поклона, јасно указују да и ови елементи утичу на ставове о политичарима. Међу испитаницима преовлађује мишљење да се спречавање сукоба нтереса код државних фунционера може најефикасније спровести методама које укључују и могућност смене, односно опозива. Мањи део анкетираних сматра да би државни функционери требало да имају изразито велике зараде и забрану обављања других послова. Нарочито је негативан однос према преклапању функција у држави и привреди, као и обављању више државних функција у исто време.

Такође су грађани незадовољни тренутно важећим прописима и општим стањем у друштву. Веома су строги предлози превентивних и рестриктивних мера према политичарима, што је резултат деценијама таложеног неповерења у политичаре.

Један од закључака овог истраживања је да грађане треба информисати не само о њиховим правима и новим обавезама државних органа, него и о практичним последицама до којих ће усвајање нових прописа довести. Као кључна питања издвајају се повећање ризика од корупције, повећање одговорности носилаца власти, претварање јавних служби у истинске сервисе грађана, као и повећано интересовање грађана за јавна питања.[14]

Закључак

Још од времена Адама Смита потврђују се предности слободног тржишта и конкуренције. Смит је сматрао да слободна конкуренција егоистичних економских агената, фирми, потрошача, повећава благостање друштва. Неопходно је да држава обезбеђује администрирање правде да би се решавали сукоби интереса појединаца. Уз то она мора да штити њихову имовину и њене плодове, без чега не би било мотивације појединаца за побољшање властитог живота.

[14] Видети: *Сукоб јавних и приватних интереса и слободан приступ информацијама, Транспарентност – Србија*, Београд, 2003).

Жеља сваког појединца да унапреди стандард свог живота креира конкуренцију између појединаца и фирми што представља главни извор економског развоја.

У друштву са високим етичким критеријумима постоје институције социјалне сигурности које брину о људима који се не сналазе у конкуренцији. Ствар је политичке одлуке да се одлучи колико ће се опорезивати успешне фирме и појединци да би се обезбедила средства за оне којима је помоћ потребна. Ако се жели безбедна заједница, разлике у стандарду између појединаца не би смеле да буду превелике.

Ниво развијености друштва се може мерити и тиме како се оно брине о својим најсиромашнијим и најмање способним члановима. Дакле, известан степен социјалне сигурности је неопходан али он не сме да умањи мотивисаност појединаца да учествују у конкуренцији, јер једино конкуренција доноси ефикасност и ефективност.

Неетичко понашање по својој природи је често структуралне природе. Да би се оно отклонило потребно је развијати стратегију друштвене одговорности за пословну сферу. Стратегију би требало да подржава етичка инфраструктура.

Ово захтева координирану активност јавне администрације, бизниса и невладиних организација. Одговарајућа тела јавне администрације, као део етичке инфраструктуре друштва би требало да: а) раде на обезбеђењу одговарајућих прописа који ће регулисати лобирање, корупцију, мито, б) стварају услове за ефикасно функционисање права, ц) развијају свест о томе да је етички одговоран бизнис једнако важан у процесима приватизације, јавних набавки, државне помоћи, кредита, итд. као и економска снага бизниса, д) свест о важности етичког понашања бизниса би требало да резултира у укључивању пословне етике као дисциплине у програме економије и менаџмента, е) развијају понос код особља што ради у службама јавне администрације дајући одговарајуће место у друштву, цивилној служби, ф) штите природно окружење.

Фирме у земљама у транзицији би требало да примењују интерне етичке програме усклађене са европским стандардима друштвено одгворног бизниса и пословне етике. Оне би требало до донесу и примењују етичке кодексе. То се односи и на све друге организације.

Требало би оснивати организације и удружења који ће се бавити неговањем пословне етике, подстицати друштвену одговорност бизниса и спроводити етичку евалуацију компанија. Позитиван резултат је да се у свим земљама у транзицији оснива велики број владиних и невладиних организација које се баве заштитом околине.

Невладине и академске организације би требало да: а) промовишу пословну етику и друштвену одговорност бизниса, б) обезбеђују независни мониторинг понашања бизниса, ц) развијају институције цивилног друштва повезане са етичким понашањем бизниса и организују релевантне активности на томе, д) организују такмичења у пословној етици и лидерству

Недовољно изграђен правни систем, слаба грађанска одговорност, поремећаји на тржишту, недостатак моралне индивидуалне самоконтроле честе су слабости економија у транзицији. Оне су делимично и последица великих социјалних раслојавања и великих неједнакости на које грађани бивших социјалистичких земаља нису навикли. Због тога се у овим земљама често уводе ригорозне казне за неетичко понашање које иначе не би биле препоручљиве. Ипак, сматра се да се етичке дилеме најбоље решавају дијалогом и у малим организацијама и на нивоу друштва.

Fuada Stanković Ph.D., Full professor
Novi Sad School of Law

Business Ethics in the Transition Countries

Abstract

This piece primarily explains historical roots of the contemporary notion of business ethics, which might have been found in the utilitarian philosophy of Jeremy Bentham. This philosophy was mainly applied through the marginal economical doctrine, which saw the essence of economy as a „sum of pleasure and pain" and which was followed by the economy of welfare.

The piece reveals the core of different views related to the „ethicalness" of the market. It subsequently shows how business ethics became an inevitable component part of the contemporary management theory and a mandatory course at the studies of economy and management. Along with the efficiency and effectiveness, ethics became one of the key goals of companies and other organizations within a society. It is emphasized that a greater attention needs to be dedicated to ethical issues within the transition economies and it is concluded that ethics would gain in significance within these economies by strengthening of the real market. The paper discusses experiences of Poland, Hungary, China and our country with respect to ethical issues and it puts an emphasis on legal regulation related to the conflicts of interests, bribery and corruption.

Finally, it is concluded that underdeveloped legislation, lack of civil responsibility, market disorders, lack of individual ethical self-control are often encountered weaknesses of the transition countries. The drawbacks are partially caused by great social differences and inequalities, not used to by the citizens of former socialist countries. Although they are often followed by severe sanctions for unethical behavior, the ethical dilemmas are optimally resolved through a dialog both within small and large organizations and at the social level.

УДК 338.2 (497.11) „18”
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 611-628

Др Момчило Вукићевић, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду

ПРИВРЕДНО „ОКРУЖЕЊЕ“ И РАЗВОЈНА ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА МОДЕРНЕ СРПСКЕ ДРЖАВЕ

Сажетак: *Ако се под „теоријску лупу” доктринарних опредељења опште економске политике ставе основне компоненте ангажмана организоване друштвене заједнице око уређења, заштите и унапређења привреде установичке Србије, долази се до недвосмисленог закључка о постојању само елемената – зачетака (оваквог) активног односа. Иначе, кључно подручје постепеног конституисања новог функционалног и развојног амбијента националне економије налази се у оквирима њених основних грана. У том смислу, посебне секторско – факторске економске политике, које „покривају” (само) њене кључнегране, добијају у свом, ионако великом, значају. Иницијална и најважнија компонента њихове мреже, актуелне у установичкој Србији, јесте аграрна политика. Објашњење кључних исказа везаних за оцене (непотпуне) конституисаности општег економско – политичког комплекса и његове (недовољне) ефикасности, лежи у – за почетак* XIX *века карактеристичном – „балканском окружењу” привредног и, уопште, друштвеног живота. Први српски устанак је, ценимо, представљао за нашу земљу својеврсну балканску варијанту буржосаке демократске револуције. Њена је специфичност да се њоме зачиње инкубациони процес са клицама које су требале да произведу (и) нове друштвене услове привређивања. У питању је симултани сплет различитих стремљења чији је заједнички именитељ увођење, у развијеним земљама Западне Европе већ стасалог, робног наместо превазиђеног азијског типа затвореног – речју, натуралног – привређивања. Позадину ове и овакве коренште трансформације чине, теоријски већ објективизирани и дуљем Западне Европе успешно оживотворени, интеракцијски (суб) процеси кри-*

сталиѕације и седиментације привредног живота. Међутим, њихово законито пропулзивно (са) дејство, у условима устаничке Србије не представљају „моторну снагу" напретка њене националне привреди. Основни разлог за овакво стање је њихова неливелисаност и супротстављеност:

кристализација	→	*contra*	←	*седиментација*

Ова и оваква „одбранбена економија" устаничке, па и поступаничке, Србије логично резултира „разводњени" однос организоване друштвене заједнице према функционисању, односно развоју привреде чији су основни индикатори: са једне стране, неразвијеност опште економске политике, а са друге неразуђеност мреже посебних економско-политичких ангажмана који, опет парцијално, „покривају" само кључне делове њене, готово моноструктурне, националне економије. Да закључимо: у иницијалној фази модерне српске држав, током целог XIX века, уочљиво је сучељавање турско-левантијског и прозападно–европског економског модела привређивања, као и одговарајуће опште економске политике. При томе својеврсне химере прошлости – засноване на натуралном начину привређивања-су доминантне у односу на нов начин тржишно организовања економског живота.

Кључне речи: *привредно „окружење" с' почетка XIX века; народна економија – општа економска политика – аграр и аграрна политика устаничке Србије;*

Теоријске основе опште економске политике

(Изабрани искази модерне доктрине мешања „јавне руке" у привредни живот – основ објективизације општег економскополитичког ангажмана устаничке Србије)

1. Један од најважнијих *резултата вишевековног развоја човечанства* од XV до века XX – јесте, на почетку III миленијума недвосмислено, опредељење организоване друштвене заједнице – пирадимидалне мреже различитих националних, односно наднационалних субјеката на челу са модерном државом – за њену активну улога у односу на пулсирање и развој материјалне основе савременог друштва. Речју, залагање за *мешање „јавне руке" у* комплексан *процес репродукције* – од производње, преко размене и расподеле, до потрошње.

Ове и овакве револуционарне промене у *општем ставу друштва према материјалној бази* свога битисања и развоја, који одређује и његов однос према свим деловима друштвене надградње, први је од два „теоријска репера" који ће бити уважаван у (каснијој) анализи привредне политике устаничке Србије.

Истоветни статус, улогу и значај има *модерна доктрина о економској улози друштва* (пре свега, јаке и ауторативне државе „која наступа у име и интересу свих заинтересованих субјеката – са једне стране, произвођача и носилаца размене, а са друге учесника расподеле и потрошача).

Развој капитализма на Балканском полуострву

(пример Београдског пашалука, тј. предустаничке Србије под турском окупацијом)

2. *Историјат* (исто као и резултати) *развоја и преображаја турске царевине* – једне од најмочнијих империја најпре, само на азијском континенту, а затим и у европском простору – квантитативно и квалитативно гледано, битно се разликује од овог дела еволутивне транзиције других велесила Европе.

Са једне стране, *развој феудализам у османској империји* знатно касни у односу на „моменат победе" ове друштвено – економске формације на Старом континенту. Разлоге за ово треба тражити, пре свега, у веома специфичним, а током вишевековног периода узрочно – последично нанизаним, објективним факторима.

Са друге стране, када после етапе свог „скоковитог" државнотворног оформљена (почев од XI века, тј. од епохе Селџука) и завидног димензионирања своје територије (у периоду XII – XVI век за време доминације Османлија) Турска израста у изразито моћну империју, постепено су се зачеле и *квалитативне посебности турског феудализма.*

3. Корени, релативно *динамична транзиција османске царевине* која је имала све одлике, коначног распада турског феудалног система налазе се у сложеном, за Царевину изразито неповољном, глобалном друштвеном (пре свега, политичком) миљеу на европском континенту у последњим декадама XVIII века: избијање француске буржоско–демократске револуције, прачено револуционарним таласањима диљем Европе, диктира постојање „наглашене жеље" европских велесила – окупљених у Тројном савезу – за мир уопште, а посебно на источном ратишту са „смртно болесном феудалном старцу на Босфору".

Овако изнуђену шансу „спаса", коју је Европа дала Турској, требала је да баштинику османских реформи султану *Селиму III* омогући кореницу измену традиционалних феудалних институција османске империје – пре свега, војске, управе, система финансија и основних односа у социјалној сфери. Очигледно, да је у пракси приоритет интересовања *„Новог уређења" (nizam – i – d-žedita)* дат турског феудалног система. Али, постављени крајњи циљ реформе – спасавање – био је од старта нереалан. Наиме, сплет објективних унутрашњих неповољних околности у османској царевини у целини – рефлектованих и у Србији на прелазу из XVIII у XIX век, који генерише, димензионира и опре-

дељује квалитативне аспекте галопирајуће кризе феудалне Турске предпоставља кореniту, енергичну и комплексну реформу која је, ценимо, постепено требала да усмери турску империју на колосек еволутивне транзиције из феудалне у модерну државу. Насупрот томе, кључна решења „Новог уређења" су, са једне стране, парцијална, палијативна и неефикасна, а, са друге, недовољно припремљена те немају ширу друштвену подршку. Речју, „стари проблеми" су покушани бити одложено решени „старим методама". Истовремено, не треба заборавити на евидентно (неповољно) дејство спољњег окружења које је, пре желело скидање отоманске велесиле са историјске сцене Новог века, него сталну борбу са „рањеним османских лавом на издисају".

Симбол, боље речи врхунац, *жестоког отпора „nizam – i – d-žedita"* била је отворена оружана побуна јаничара (1807.), на чије су се чело ставиле конзервативне снаге турског феудалног друштва, а током које је свргнут Селим III, но-ви суверен – његов братић Мустафа IV – свео је своје султановање, као пион „старих феудалних кадрова", на политику систематског укидања правних основа реформе свог претходника, владавину терора – прогона њених протагониста и систематску акцију *сасецање у корену свих реформских достигнућа.* Наведено се непосредно се рефлектовало на стање, односно процесе у свим деловима отоманске империје. Уз то, у простору предустаничке Србије догађања у „Стамболу на Босфору" директно су утицала на, са једне стране њен привредни миље, а са друге на стање – функционисање и развој – њених економских потенцијала, као и елемената опште привредне политике

Пошто се, врло брзо, показала сва погубност ове и овакве преваге парцијалних на општим интересом, морао је уследити нови (последњи) покушај спасавање отоманске империје. Наместо традиционалног реформског концепта, нужно је креирана и спроводена *реформска стратегија* (инаугурисана, пре свега, у визији Кемала Ататурка) која није тежила одржавању феудалног модела Турске, већ њеном *републиканском преуређењу у модерну евро – азијску државу.*

Привреда устаничке Србије

4. *Материјална основа* окупиране *српске земље* – најпре, пет векова у турско „тамном вилајету", затим 20 година под Аустроугарском „заштитом од ислама", на крају у „очајничком загрљају смртно рањене босфорске аждаје „– била је изложена вековном пустошењу. Стога је њена – претежно заостала натурална привреда – на преласку из XVIII у XIX век доспела у критично стање. Суштина, односно димензије типичног *функционално – развојног колапса*, који свој врхунац достиже уочи I спрског устанка, очитују се, ценимо најбоље, у три животно важне области – ресурсној основи националне економије, њеном репродукционом циклусу и, коначно, у структури привреде поробљене Србије.

За реалност поступка приказа и оцене привредне политике *устаничке Србије* посебан значај („снаге која генерише „квантитативне и квалитативне аспекте основних економско – политичких компоненти) има *стање* њених *производних ресурса.*

5. *Српска раја* имала је особине *„номадске популације",* тачније становништва којој је генетска одлика стално кретање уз често мењање места боравка, тачније незаснивање трајнијих пребивалишта. Посебан неповољан ефект ове и овакве, рекли би смо неприродне, хипер – мобилности становништва јесте пораст броја напуштених, тј. запуштених насеобинама диљем Србије.

6. Готово истоветан став имао је турски окупатор и у односу на, завидне по обиму и високо квалитетне, *природне ресурсе* привреде поробљене Србије. Овај се закључак, пре свега, односи на њене расположиве фондове плодног обрадивог земљишта. Турски локални и регионални феудални господари, припадници типично номадског ратничко – освајачког народа, нису имали готово никаква искуства у вези са земљорадњом, нити осечај да је основни предуслов и предмет рада у овој привредној делатности (земља) дефицитаран и исцрпљив те да, стога, императивно захтева посебан однос *Bonus pater familias* (пажње доброг привредника) у поступку његове експлоатације. Уосталом, ово није ни било компатибилно са њиховим упрошћеним обрасцом егзистенције – „ратовање, освајање и владање поробљеним народима". Изостајање бриге, тачније пажње, домачинског односа надомештавали су сталним увечавањем феудалних (радних, натуралних и новчаних) обавеза покорене и обесправљене раје.

7. *Друштвени ресурси* – расположиви фондови средстава за рад и опреме, односно капитала – представљају најслабију карику привреде поробљене Србије.

Са једне стране, земља се обрађује са примитивним *пољопривредним оруђима* и на „традиционални „начин.

Са друге, што се тиче *капитала*, турски извори не постоје, а преостали локални новчани ресурси нису посебно стимулисани за улазак у производњу. Њихов је приоритет на другом сегменту процеса репродукције – сферу промета и, практично, своди се на зеленашење или потпомагање увоза потребних роба које домаћа продукција није способна да изнесе на, готово „закржљало" тржиште. Ипак, у форми својеврсне спољнотрговинске експанзије у привреду поробљене Србије је за кратко време ушао капитал Аустроугарске као финансијска потпора колонизираних занатлија и радника из Аустрије, Немачке и Мађарске. Ове и овакве повољне токове прекинула је поновна окупација османлија, да би устанички период поновно генерисао, ценимо још већу, динамику финансијског „отварања" привреде устаничке Србије према Европи после пестогодишњег азијатског ропства. Као што ће касниј анализа потврдити, у овом и свим претходним, односно потоњим случајевима радило се о наглашеном интересу земаља – националног порекла капитала – да заузму оптималну позицију у простору са: значајним производним и прометним ресур-

сима – јефтином радном снагом, бесплатним сировинама и енергентима, као и највећим тржиштем на Балкану које карактерише завидна, а недовољно задовољена тражња.

8. *Привреда устаничке Србије* је била, готово, *моноструктурна* – у производној сфери скоро да апсолутно доминира пољопривреда, док у сфери промета буја предимензионирана трговина.

При томе, *репродукцијска* (узрочно – последична) *функционална*, исто као и *развојна веза, основних грана националне економије* устаничке Србије:

пољопривреда + рударство ≤ трговина ≥ занатство

је оптерећена бројним „уским грлима „ као резултат њихове квантитативно – квалитативне ненивелисаности.

Елементи опште економске политике устаничке Србије

9. Два су основна *полазна исказа* битна за изведене аналитичке закључке, који следе о суштини, основним аспектима и дометима економске политике у устаничкој Србији: са једне стране, изразито *кратак временски хоризонт валоризације економске политике;* са друге, готово без изузетка, у питању су *„иницијална решења „*која ће, са мање или више одступања, у будућности – по ослобођењу од турског ропства – бити *основ за коначно оформљење свих компоненти* опште и, на њој надограђеног, система посебних *економских политика српске државе.*

10. Генерално гледано, обавезну полазну основу и једино реално могући оквир опште економске политике, представљао је *вољни утицај устаника на смер привредног развоја Србије* с' почетка XIX века чији су *основни параметри* следећи:

- *задржавање економског приоритета аграра*
  са диференцираним циљевима у његовим основним сегментима:
  – натуралној биљној производњи
  продукција материјалних добара намењених исхрани устаника, односно целокупног становништва;
  – робно оријентисаној *сточарској производњи*
  (пре свега, свињарство, док у претходном столећу развијено говедарство, овчарство и говедарство „одлазе у други план") продукција, пре свега сирових роба које су високо конкурентне контурне на ино – тржиштима диљем Европе;

- *оптимално димензионирање трговине*
  (пре свега, њених извозних токова у функцији пласмана производа сточарства, уз увечани увоз оружја и барута за потребе устаннка – све посредством српских трговаца из Земуна и Срема, док унутартрговински токови, под непосредним утицајем натуралне пољопривредне продукције, остају минимализирани) ;

- *кренити преображај занатства:*
  – са једне стране, *динамично проширење мреже*
  (пре свега, производних, али и услужних) *занатских радионица;*
  – са друге стране, *обогаћења „турско – оријенталне палете „ европским занатима*
  који су својеврсну „припрему" будуће прерађивачке индустрије – кожарске, обучарске, вунарске, текстилне, металопрерађивачке (пре свега, ливења топова и прављење оружја за потребе устанка) и производње грађевинског материјала (црепа, цигала и слично) и друго;

- *интензивно обнављање рударства;*

- *убрзање и „стављање под контролу „*коренитих *преображаја социо – економског положаја српског становништва:*
  – са једне стране, *процеса друштвеног раслојавања становништав,*
  – а са друге, *социјалне диференцијације;*

- *радикално мењање* (дотадашњих – историјски даље неодрживих) *односа:*
  – *градова*
  (касаба, са доминантно несрпским становништвом и робно – привредно заснованим турско – левитантским начином живота, које је захватила развојна криза и, стога, се поставља питање њиховог даљег опстанка) и
  – *села*
  (насеобина искључиво српског етничког и друштвеног карактера са натуралном основно привређивања, у оквирима породично – задружне оргнизације и са снажном кнежињском самоуправом).

11. Ако се под „теоријску лупу" доктринарних опредељења опште економске политике, као дела друштвене политике, ставе *основне компоненте ангажмана организоване друштвене заједнице,* на челу са државом, око уређења, зашптите и унапређења привреде устаничке Србије, долази се до недвосмисленог закључка о постојању само елемената – зачетака (оваквог) активног односа:

м о т и в а ц и о н е о с н о в е м е ш а њ а „ ј а в н е р у к е "

стварање минималних репродуционих услова за такво пулсирање привреде
које ће обезбедити исхрану устаника и целокупног становништва,
уз извоз, на европском тржишту тражених, аграрно – сточарских
продуката као основ увоза барута и оружја у фукцији ослобађања Србије;

нужност вођења опште економске политике

произилази из сплета нагомиланих репродукционих проблема, узрокованих вековном потчињеношћу Србије турском царству који као своју логичну синтезу имају заоштрену кризу привређивања и одсуство привредног развоја који диљем Старог континента има одлике динамичне и „револуционарне „транзиције материјалне базе појединих земаља у смислу превођења њихове економије са натуралног на робни „колосек";

каталог циљева опште економске политике

практично се може поистоветити са мотивационим основом „мешања јавне руке „у привреду устаничне Србије: осигурање „хране и ћебане", тј. обезбеђење исхране устаника и становништва, као и доходовање по основу извоза финансијских средстава функционално резервисаног за увоз барута и оружја и других потребштина устаника;

сплет субјеката опште економске политике

унутар националних граница, превасходно вожд Карађорђе и делимично (законодавни, управни и судски) државни органи, са релативно снажним дејством ино – чинилаца по основу претежно, билатералних уговора о спољњој трговини, а делимично и одредбама мултилатералних мировних споразума европских земаља после ратова са Турском;

општи акциони економско-политички инструменти

практично представља упрошћен модел који чини скроман сплет правно – економско – финансијских мера уоквирених комбинацијом неразвијеног тржишног механизма са елементима плана – планирања;

„окружење" општег економско-политичког ангажмана

превасходно политички, делимично правни а у елементима привредни и само симболично социјални систем устаничке Србије, односно њен међународни политички положај и статус у међународним економским односима; што се пак тиче природних „оквира" (стања животне средине) ова се компонента „окружења" са дејством на оформљене елементе друштвене репродукције може занемарити; коначно, као

о б ј е к т д е ј с т в а о п ш т е е к о н о м с к е п о л и т и к е

јављају се, релативно развијени, делови репроциклуса пре свега, сфера производње (пољорпривреда + рударство), односно сфера промета (превасходно спољна трговина)

12. Очигледно, *кључно подручје постепеног конституисања новог функционалног и развојног амбијента националне економије* – најпре установичке, а касније оне у ослобођеној Србији – налази се у оквирима њених основних грана. У том смислу, посебне гранске, односно секторско – факторске економске политике, које „покривају „ (само) њене кључне секторе, добијају у свом, ионако великом, значају. Отуда, специфично место које су као објект анализе у оквирима Пројектне теме добиле, с' почетка XIX века у Србији актуелне, *посебне економске политике.*

Аграрна политика

13. Иницијална и најважнија компонента њихове мреже, актуелне у установичкој Србији, јесте *аграрна политика.* Наиме, *пољопривреда*, најстарија људска производна делатност, већ је указано, представљала је *„стожер „привређивања*, како у овом тако и другим – претходном и пос-тпериодима Србије и *„моторну снагу „њеног развоја.* Ове и овакве функционално – развојне атрибуте, истина, има само један њен њен део – сточарство – који, квантитативно и квалитативно релативно несразмерно, прати земљорадња и шумарство.

14. Ова и оваква (некомплетна) основна структура аграра, непосредно утиче на појаву и других – веома различитих и све заоштренијих – *функционаолних, односно развојних противучености* чији је заједнички именитељ претежно натурални карактер продукције, екстензивност газдовања, као и постизање резултата који су, са становишта расположивих ресурса, испод реално могучих. Речју, са једне стране, није постигнута оптималиазација коришћења природних богатстава (пре свега, обрадивих површина), затим предимензионираног фонда радне снаге, на крају и ионако скромних друштвених ресурса. Истовремено, и њихова комбинација у функцији продукције разноврсних биљака и животиња, те њихова примарна прерада на ратарско – сточарским газдинствима има изразите одлике екстензивног привређивања. У таквом миљеу – као својверсно наследство из претходног периода који означава коначно распадање турског феудалног система на простору поробљене Србије – с' почетка XIX века постепено се стварају услови за специфично, мање или веће, испољавање и међусобно преплетање свих *„класичних „ проблема аграра* – уситњеност земљишног поседа, аграрна пренасељеност, ниска продуктивност рада, нестабилност тржишта пољопривредних продуката и, коначно, аграрно питање

15. Снажан мотивациони основ подржавања пулсирања и развоја пољопривреде – њен значај за осигурање исхране устаника и целокупног српског живља, односно конкурентност и конјунктурност пласмана основних пољопривредних (пре свега, сирових сточарских производа, а у мањој мери њихових финалних прерађевина) подуката на тржиштима Старог континента, генерисали су активан однос власти и других – националних субјеката устаничке Србије према овим и оваквим изазовима. Осветлимо преостале *компоненте аграрне политике* с' почетка XIX века у националном српском простору: од каталога циљева економско-политичког ангажмана, преко чиниоца и акционог механизма аграрне политике, до организације, односно нивоа њене реализације и „окружења „мешања „јавне руке „у сфери пољопривредне производње.

16. Целокупан *аграрно– (економско–) политички механизам* свео се, у условима *устаничке Србије,* на неколико елемената – теоријског модела активног односа друштва према пољопривреди:

Каталог циљева аграрне политике

- *доминација економских развојних опредељења;*
- *комплементарно ублажавање корпуса социјалних проблема села;*
- *специфичан просветно – културни програм;*

анализа оваквог портфолија аграрно-политичких опредељења води до следећих неколико закључака:

– *уочљива је квантитативна ограниченост* и
– *структурне неподударност*
циљева са основним проблемима пољопривреде устаничке Србије;
– *приоритет економских циљева*

економски циљеви ≥ (социјални циљеви ≥ просветно– културни циљеви)

, односно

– *доминација структуралних*
(у односу на конјунктурна) *аграрно – политичких опредељења;*
– *нереална временска динамизираност;*

Чиниоци аграрне политике

- национална компонента мреже аграрно – политичких субјеката
  – *начелно је комплетна*, али су уочљиве
  – *разлике у месту, улози и значају* појединих од њих (законодавних, односно државних органа управе и судства) у процесу иницирања, креирања и спровођења посебне политике уређења, заштите и унапређења пољопривреде:

вожд ≥ (скупштина ≤ правотељствујуће совет ≥ судство)

истовремено, уочљиво је да је овако неуравнотежено „ресорна надлежност остваривана претежно „нехомогено" – њихова права су хипертрофирана у односу на њихове, доста смањене, агрополитичке обавезе и, нарочито, готово непостојећу одговорност као носилаца аграрне политике (што противуречи, једној од основних максима оптималне аграрне политике квантитативна и квалитативна усклађеност права, обавеза и одговности чинилаца посебне економске политике у области пољопривреде);

• *наднационални субјекти аграрне политике*
своде се на, претежно, суседне земље – који су партнери спољнотрговинске размене са устаничком Србијом – потписнике одговарајућих билатералних, односно (у мањој мери) мултилатералних уговора;

Акциони механизам аграрне политике

• опредељен је *претежно натуралним карактером привреде*
устаничке Србије са растучим уделом робно-новчаних елемената;
• одликује се изразитом *квантитативном неразвијеношћу*
у релативном смислу, тј. у односу на мултиинструменталност мешања организоване друштвене заједнице других земаља Европе
, односно
у апсолутном смислу, тачније у поређењу са теоријским моделом ефикасне аграгро – политичке интервенције;

• *општа квалитативна особеност аграрно – политичког механизма*
јесте његова (само) елементарна и, уз то, ненивелисана разтвијеност:

мере регулисања поседовних односа	+ ≥	административно организационе мере	+ =	агротехничке мере	+ ≥	економско-финансијске мере

, односно

Аграрна реформа	+ =	унутрашња колонизација	+ =	колективизација и просветно-образовне мере	+ =	механизација и мелиоризација	+ ≥	кредитирање и опорезивање

17. Од два у теорији и пракси успешно реализована модела *аграрне реформе*, у устаничкој Србији је предност дата оном који се своди на укидање кметских правних односа између власника и непосредних произвођача без напоредне промене организационе основе пољопривредне производње. У његовој су функцији били елементи, касније разрађене, државне акције предузимања различитих мера претходне заштите–још увек неослобођених – сељака којима је

је заједнички именитељ поправљање њиховог економског, политичког, а делимичном и социјалног положаја (смањење привилегија, односно ограничење самовоље спахија у одређивању давки и кулука, подложних им, сељана; укидање физичке подчињености кметова, одузимање локалне судске и полицијске власти властеле; смањење броја разноврсних локалних такси, тј. снижавања њихових износа; укидање спахијских службености и друго).

18. Напоредо са аграрном реформом, практично као њена будућа логична и обавезна надградња, у аграрно – политичком ангажману организоване друштвене заједнице тече *процес*, са једне стране, *техничко–технолошког и организационо – кадровског*, а са друге, социјалног *прилагођавања села и сељаштва новоуспостављеним (*нефеудалним) *имовинским односима.*

19. Посебно место, улогу и значај међу њима има у*нутрашња колонизација.* Ради се о првој и, ценимо, најважнијој, са аграрно реформом комплементарно преплетеној револуционарној промени у привредном бићу (пољо) привреде: организовано – планско пресељавање сеоског становништва из делова националног простора са минималним, односно апсолутно и релативно гледано, неповољним условима у подручја где се људски ресурси могу оптималније комбиновати у функцији производње биљака и животиња, као и њихове прераде на газдинствима.

Већ у (овој) припремној фази „основних услова „за спровођење унутрашње колонизације у ослобођеној Србији, уочљив је *отпор променама* – по интензитету готово истоветан ономе везаном за аграрну реформу, али и за преостале аграрнополитичке мере – најпре, колективизације; затим економско-финансијске (кредитне или фискалне) подршке рефоирмисаном селу и сељаштву; најпосле, мелирационо – механизациони захвати у функцији јачања, као и оптимализацији искоришчавања материјалне основе пољопривреде. Објашњење за ово треба тражити у чињеници да унутрашња колонизација, један од свакако најтежих народно – привредних захвата, засеца у основе читавог земљишног права и покреће ревизија „традиционалног" (феудалног) аграрноправног и аграрно-друштвеног система, а тиме и целокупног друштвеног поретка.

20. За национални простор Србије, сеоски начин рада и живота – за који се током шестовековне подчињености османској империји реално везује гро српске раје – функционално и развојно је у оквирима традиционалне, из Феудализма преузете породичне задруге. Стварање и развијање *задружног покрета* представља једну кључних јавних мера за унапређење пољопривреде која је у „надлежности „ослобођених сељака – непосредних произвођача.. Речју, то је њихово новостечено право, у условима робноновчане привреде, али и дужност на општу ползу, тако да је она ужива подршку „јавне руке" активирањем, пре свега, система кредитирања породичних задруга, бенефицираног система њиховог опорезивања, као и стварања амбијента, тј. конкретних повољних услова за стручно преваспитање задругара – аграрних продуцената и подизања културног нивоа, вековно заосталог, србијанског села.

Стање карактеристично за десетолеће устаничке државе, са једне стране, погодовало је, а са друге диктирало нужност оваког облика колективизма. Крајње упрошчено, разлог за ово је био разуђени сплет задатака који су постављени пред *породичне задруге.* С обзиром да се и у ослобођеној Србији задржао овај доктирнарни став, односно оваква аграрно – политичка мера, сврсисходно је билансирати његову успешност са становишта оживотворености економских и економских функција.

Неекономски ефекти система породичних задруга, чије је оснивање и подржавање од „јавне руке „ евидентно, су повољни: људски ресурси су скоро у потпуности сачувани, све оптималније искоришчавани и, истовремено, постепено укључени у процес свог (пре) васпитања и стручног образовања у функцији квалификационог усаглашавања са битно развијенијим друштвеним реурсима, тј. новом техничко-технолошком и организационом основицом производње у области пољопривреде. Тако је кроз задружни начин живљења и, нарочито, делања, заједно са новим начином експлоатације природних ресурса, измењен квалитет радне снаге (сељаштва) у смислу да креће процес његове транзиције у активног и плодоносног субјективног фактора аграра на путу преображаја из екстанзивног у интензивни облик производње.

Успех породичних задруга у политичкој, социјалној, техничко-васпитној и образвоној сфери није био довољан да „компензира" њен дебакл као „стожера „*позитивних економских помака* пољопривреде, односно сељаштва и села. Наиме, нити једна од „класичних" – задатака овог облика – колективног газдовања у аграру :

- *активизациона функција*
  (прерастање породичних задруга у „моторну снагу" развоја пољопривреде и достизање статуса „партнера индустрије");

- *акумулациона функција*
  (конституисање породичне задруге као генератора димензиониране аграрне продукције);

- *доходовна функција*
  (израстање породичне задруге у извор увечаних индивидуалних прихода и животног стандарда задругара сразмерно остваренојзадружној, односно укупној аграрној акумулацији);

није остварен – ни у условима устаничке, нити ослобођене Србије.

21. За анализирани период стасавања српске државе, могу се констатовати само „трагови „*политике кредитне подршке* пољопривреди, односно селу и ситним аграрним робним произвођачима обједињених у породичним задругама. То је још један показатељ степена заостајања Србије, као у свих хришћанских земаља до XIX века поробљених од турске империје, у односу на преостале делове Старог континента и света у целини.

Битна организациона одлика *националног система кредитирања* пулсирања и развоја *пољопривредне производње Србије* с' почетка XIX века, јесте његова претежна *моноструктура субјеката – давалаца кредита*: наместо квантитативно – квалитативне нивелације извора кредитних „инјекција" преовлађује приватни зеленашки, на штету скромних димензија задружног кредита док се место, улога и значај јавних кредитних давања готово минимализују. Ово је, између осталог, логична последица закаснелог уласка српске привреде и друштва у иницијалну фазу капитализма коју, стога, одликује (по карактеру) немилосрдна и (по погубним последицама на ситне робне произвођаче уопште, а посебно оне на селу) првобитна акумулација. Слични закључци стоје и у вези са *„упрошћеним спектром „облика кредитирања* њеног аграра:

имобилијарни	+	обртни
кредити	≥	кредити

– пре свега, ради се о хипотекарно осигураним (већ је речено, имобилијарним) кредитним аранжманима који су, уз то, превасходно намењени осигурању обртног капитала у функцији годишњег циклуса привређивања (тачније, најчешће само просте репродукције ситних сељачких газдинстава).

22. Други сегмент, изузетно значајног комплекса економско – финансијских мера, чине захвати везани за *систем опорезивања* за који важе обе, претходно за систем кредитирања изнете, констатације. Ипак, евидентно је да се у оквирима аграрно – политичке стратегије и политике устаничке Србије стварају иницијални услови за касније (у) вођење „класичне „политике фискалне неутралности јавних финансија. У питању је формула по којој држава треба да, својом посебном економском политиком опорезивања, непосредно брине само о оптималном покрићу својих буџетских расхода која је, иначе карактеристична за анализирани период – с почетка XIX века – *за* општу економску политику европском и северноамеричком привредном простору.

23. С обзиром да је пољопривреда (уопште, па и у наши просторима) вековима развијана као емпиријска вештина – ради се о типичном еволутивном процесу „стагнантног одржавања" аграрне продукције – спроведене индустријске револуције (које, поред осталог, законито производе и огроман напредак у домену пољопривредне технике и технологије) уз напоредне епохалне резултате биолошких истраживања, релативно лако су узроковале напуштања „традиционалног начина" рада у аграру. Радило се, једноставно, о *квантитативно – квалитативном прилагођавању људских ресурса револуционисаној техничко – технолошкој и биолошкој основи производње у сфери пољопривреде.*

У том смислу, у оквирима аграрно – политичког аранжмана устаничка Србија чини прве припремне кораке каснијег (у оквирима ослобођене земље) процеса масовног укључивања широких слојева сеоског становништва у *систем*, пре свега, (њиховог) *стручног оспособљавање*, али *и културног уздизања.* У функцији овога је разуђен систем субјеката сложеног и дугорочног

процеса изграђена је, истина скромна, мрежа субјеката – са једне стране, стручних пољопривредних школа, истраживачких институција, завода за огледе и контролу у интеракцијској повезаности са наднационалним установама такве врсте; са друге стране, дејствује сплет разноврсних облика „преквалификације" старијих генерација (у функцији иновације њихових искуствених знања, као и специјализације за поједине субгране аграра); коначно, кроз основно школско васпитање најмлађе генерације стартују са „новим погледима и знањем земљоделовања".

24. Логична последица изразито неповољних услова десетолетног живота устаничке Србије, у комбинацији са „привременошћу стања ослобођења", тј. кратком року постојања устаничке државе је битно сужена *палета (*теоријски могучих и сврсисходних) предузетих *агротехничких захвата.* Речју, ради се само о повременим – једнократним и појединачним (територијално веома ограничених размере) – мерама:

- *механизације*
  увођење појединих врста нових оружа за рад у земљорадњи;
- *зоотехнике*
  у функцији селекције и боље ветеринарске заштите стоке за извоз;
- *хидромелиорација*
  изградња импровизованих насипа ради заштите од поплава.

Истовремено, евидентан је изостанак читаве групе агротехничких интервенција које су од посебног значаја (уопште, а нарочито у условима устаничке Србије): са једне стране, хемијске мелиоризације (хемијско – биолошке заштите биља и животиња, као и употреба вештачких ђубрива), а са друге, (нарочито) тзв. агротехничког минимума.

25. Овакво стање *аграрне политике устаничке Србије,* чији су општи рудименти уочљиви још током периода XVI – XVIII век, истина искључиво у европском простору, резултат је историјског преображаја посебне политике у области пољопривреде у глобалним размерама, као и „економске климе „која је владала у њеном европском „окружењу".

Што се тиче *Балканског* (и у његовим оквирима *српског) села, сељаштва и пољопривреде,* њих одликују посве другачији развојни трендови. Наиме, османски освајачи су затечени византијски феудални систем – уопште, а нарочито у руралном простору поробљених хришчанских земаља – „кориговали „у смислу његовог садржинског и функционалног потчињавања војничкој организацији која је била „моторна снага" њихове освајачке експанзије диљем Старог континента. Стога је, у новонасталим условима, уочљиво постојања економских слобода на српском селу које су веће него ли оне у феудалном систему деспотовине Србије, као и у односу на положај сељаштва под националним средњевековним племством Европских држава. Истовремено, на устаљење оваквог статуса српског сељаштва под Турцима позитивно утиче реалност на крају XVIII века:

„... захваљујући шумама, сточарству, хајдучком животу
и великим крвним задругама..." оно је
„... увек остало у једном положају који се приближавао слободи...".

Ова је, коначно, материјализована у процесу његовог ослобађања феудалне зависности од земље, тј. њених самопроглашених власника – „властелина „израслих из слоја банова и жупана Душаново царства.

Завршне констатације

26. Објашњење кључних исказа везаних за оцену конституисаности општег економско – политичког комплекса, тачније његових акционих компоненти (тачке 11 – 12) и његове / њихове реалне ефикасности, уз „примерно", а детаљно аналитичко, фокусирање посебног модела интервентног односа државе на челу пирамиде разноврсних субјеката устаничке Србије у области пољопривреде (тачке 14 – 24), лежи у – за почетак XIX века карактеристичног – *„балканског окружења" привредног и*, уопште, *друштвеног живота*.

27. *Први српски устанак* је, ценимо, представљао за нашу земљу својеврсну *балканску варијанту буржоаске демократске револуције*. Њена је *специфичност* да се њоме зачиње инкубациони процес са клицама које су требале да произведу (и) нове друштвене услове привређивања. У питању је симултани сплет различитих стремљења чији је заједнички именитељ *увођење*, у развијеним земљама Западне Европе већ стасалог, *робног наместо* превазиђеног азијског типа затвореног – речју, *натуралног* – привређивања.

28. Основни *ефекти „законитог „сукоба „новог „и „старог „*су (најпре) снажан *економски шок* (а затим) и, на њега надограђено, *економско „освешћивање"*– започето у фази устаничке, а делимично окончано у постустаничкој Србији.

29. Његову позадину чине, теоријски већ објективизирани и диљем Западне Европе већ успешно оживотворени, интеракцијски *(суб) процеси*

кристализације vsv *седиментације*

, тј.

- *кристализације привредног живота*
  процеса изоштравања, тачније оформљења „кристално јасних ставова" о прошлости, садашњости и будућности економског бића Србије с' почетка XIX века;
- *седиментације привредног живота*
  процеса неконтролисаног мешања елемената „новог" и окошталог комплекса „старог" економског поретка који (до) води до замучења оп-

штепривредног миљеа устаничке Србије, као последица подизања са „дна прошлости „старих натуралних решења нетржишне привреде османлијске окупационе империје, наместо реално могучих промена у духу успешне „револуционарне тржишне праксе „привредно развијених земаља Западне Европе.

Стога, законито пропулзивно (са) дејство, претходно наведених, историјских процеса кристализације и седиментације у условима устаничке Србије не представљају „моторну снагу „напретка њене националне привреде. Поновимо: основни разлог за овакво стање је њихова ненивелисаност и супротстављеност тако да је *измењена „основна формула"* њиховог *односа (са) дејства на привредно и* уопште *друштвено биће устаничке Србије*:

кристализације contra *седиментације*

30. Ова и оваква *„одбранбена економија„* логично *резултира „разводњени однос организоване друштвене заједнице према функционисање,* односно *развоју привреде* чији су *основни индикатори*:

- *неразвијеност опште економске политике*
  у смислу постојања само неких од њених компоненти које, уз то, нису оптимално конституисане (цит. тачка 11) ;
- *неразуђеност мреже посебних* – секторских, алт. факторских – *економских политика*
  које, опет парцијално, „покривају „само кључне делове готово моноструктурне националне економије устаничке Србије (са једне стране, пољопривреде, а са друге рударства, трговине и занатства) који су, уз то, квантитативно – квалитативно неусклађени, као и функционално – развојно недовољно повезани.

Да закључимо: у иницијалној фази (период устаничке, односно постустаничке Србије током готово целог XIX века) уочљиво је сучељавање турско – левантијског и прозападно – европског општег економског модела привређивања, као и одговарајуче опште економске политике. Ради се о својеврсним химерама прошлости заснованим на натуралном начину привређивања које су (пре) доминантне на нов начин тржишног организовања економског живота унутар националних граница, али и у наднационалном простору Старог континента. Ова и оваква „затвореност „и одбојност устаничке Србије према прогресивним променама очигледна, пре свега, у форми (већ поменутог) чињеничног стања сукоба процеса кристализације и седиментације привредног живота ценимо представља својеврсну константу националне стратегије и тактике привређивања, односно привредног развоја на нашим просторима, Ипак, промене на боље, у складу са општим европским, односно глоаблним трендовима су неминовне.

Momčilo Vukićević, Ph.D., Full professor
Novi Sad School of Law

Commercial Surrounding and Economic Policy of the Modern Serbian State

Abstract

If one puts under the «theoretical magnifying glass« of the general economic policy doctrine the efforts made by organized social community so as to arrange, protect and improve the commerce of rebel Serbia, one undoubtedly concludes that there are only the rudimentary elements of such an active relationship. The key area of a gradual setting up of a new functional and development environment of any national economy lies within the framework of its main branches. Therefore, separate section-factor economic policies, which cover only the key branches, gain in their already great significance. The initial and the main component part of their network, of current interest in rebel Serbia, was the agricultural policy. Explanation for the key statements related to evaluation of partially established general economic and political complex and its low efficiency, lies within the Balkan commercial and social environment, which was characteristic for early 19th century. In our opinion, the First Serbian Uprising represented for our country a kind of Balkan bourgeois democratic revolution. Its main characteristic was that it initiated the incubation process, which nourished seeds for introduction of new economic climate. It represented a simultaneous compilation of different aims, with a common denominator. The joint aim was to introduce the trade in goods, already well rooted in Europe, instead of obsolete, Asian type of closed, i.e. barter commerce. Background to this fundamental transformation was made of interactive (sub) processes of crystallization and sedimentation of commercial life already applied across Europe. However, their legally propulsive co-effects did not make the driving force of the advance of national commerce in rebel Serbia. The main reason for such a state was the fact that they were unleveled and contrary to each other:

crystallization	→	*contra*	←	sedimentation

This «defensive economy« of rebel and post-rebel Serbia had its logical result in a "diluted,, attitude of organized society towards functioning and development of commerce, whose main indicators were: underdevelopment of the economic policy in general on one hand, and narrow scope of special economic policy arrangements on the other. Such arrangements again covered only the key parts of its almost nonstructural national economy. Let us conclude: the initial phase of modern Serbian state of 19th century witnessed facing of Turkish-Levantine economic model and the related economic policy with the western-European one. In this period, the chimeras of the past, impersonated in natural commerce prevailed over the new market-oriented economy.

УДК 347.724 : 012
Изворни научни рад
Предато: децембар 2004.
BIBLID: 0550-2179, 38 (2004) 2:1: p. 629-648

Сандра Фишер, асистент-приправник
Правног факултета у Новом Саду

БИБЛИОГРАФИЈА ЗА ДРУШТВА СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ

Сажетак: *Рад са темом „Библиографија за друштва са ограниченом одговорношћу" је подељен у 6 тематских целина. У прве четири целине су груписана дела домаћих аутора на следећи начин: прве две групе обухватају књиге домаћих аутора у којима је обрађено право друштава са ограниченом одговорношћу и то како актуелно право након доношења Закона о предузећима из 1996. године (први део), тако и раније право друштава са ограниченом одговорношћу до 1996. године, односно до доношења Закона о предузећима 1996. године (други део). Трећи и четврти део обухватају чланке домаћих аутора, с тим да је опет примењен исти принцип класификације тј. да ли су чланци написани пре или након доношења Закона о предузећима. Приликом прикупљања чланака прегледани су следећи домаћи часописи: Правни живот, Право и привреда, Право теорија и пракса, Привредноправни приручник, Зборник Правног факултета у Новом Саду. У последња два дела су груписана дела страних аутора, с тим да пети део обухвата књиге страних аутора, а шести њихове чланке. Приликом сакупљања страних чланака коришћени су следећи страни журнали: Recht der internationalen Wirtschaft, Journal of Comparative Law, The Journal of Business Law, The International and Comparative Law Quaterly, The International Lawyer, The Law Quaterly Review, The American Journal of Comparative Law.*

У циљу целовитог приказа свих домаћих извора који чине библиографију, у рад су поред дела која обрађују искључиво питања друштава са ограниченом одговорношћу, укључена и дела у којима је обухваћено целокупно право привредних друштава, коментари Закона о предузећима, као и старија дела из ове области.

Приликом систематизације дела страних аутора стављен је нагласак на што потпунији обухват упоредног права, те су тако укључена дела, упоредне анализе и коментари закона који се односе на немачко, холандско, турско, јапанско, енглеско, руско, француско, шпанско, аустријско, хрватско и словеначко право.

При изради библиографије коришћена су дела доступна у библиотеци Правног факултета у Новом Саду и Peace Palace Library у Хагу.

Кључне речи: *привредно право, привредна (трговачка) друштва, друштва капитала, друштво са ограниченом одговорношћу, Закон о предузећима.*

1. Домаће књиге након доношења Закона о предузећима (након 1996. године):

Васиљевић М.,
- *Пословно право*, Београд, 2004.
- *Привредна друштва – домаће и упоредно право*, Београд, 1999.
- *Коментар Закона о предузећима*, Београд, 1996.

Дивљак Д.,
- *Компаније – заштита и сукоби интереса*, Висио Мунди, Академик Прес, 2003.

Јанковец И.,
- *Коментар Закона о предузећима*, Службени лист, Београд, 2003.
- *Привредно право*, Београд, 1999.

Царић С.,
- *Правни положај привредних организација*, Нови Сад, 2000.

Шогоров С.,
- *Право привредних друштава*, Пословни биро СБ, Нови Сад, 2003.

2. Домаћи радови пре доношења актуелног Закона о предузећима (до 1996. године):

Антонијевић З.,
- *Привредно право*, Београд, 1986.

Бусарац Р.,
- *Коментар ЗОП-а*, Београд, 1989.

Васиљевић М.,
- *Трговинско право*, Београд, 1993.
- *Предузеће – правни аспекти*, Београд, 1990.
- *Упоредно-правни коментар Закона о предузећима*, Београд, 1989.

Вељковић С.Ј.,
- *Објашњење Трговачког законика за Књажество Србију*, Београд, 1886.

Грађански Б.,
- *Постанак друштва са ограниченом одговорношћу*, докторска дисертација, Сомбор, 1941.

Госпавић О.,
- *Трговачко право*, Београд, 1938.

Давид Р.,
- *Увод у приватно право Енглеске*, Институт за упоредно право, Београд, 1960.

Дивљак Д.,
- *Правни положај друштва са ограниченом одговорношћу у југословенском и упоредном праву*, магистарски рад, Нови Сад, 1992.

Јанковец И.,
- *Предузећа и друштва према Закону о предузећима*, Београд, 1990.

Јовановић В.,
- *Предузећа и друштва према Закону о предузећима*, Београд, 1990.
- *Закон о предузећима са предговором*, Београд, 1989.
- *Привредно право – привредне организације*, Београд, 1961.

Круљ В.,
- *Правни режим и облици концентрације у привреди*, Београд, 1978.

Легрaдић Р.,
- *Наука привредног права*, I део, Београд, 1972.

Лемаић Ч.,
- *Правни субјективитет основних привредних субјеката*, магистарски рад, Нови Сад, 1990.

Лукић Р. – Ђорђевић Р. Ђ.,
- *Трговачко и менично право*, Београд, 1939.

Мирковић Ђ.,
- *Две теорије о правној природи трговачких друштава*, Београд, 1934.

Пахоруков Н.,
- *Трговачки закон за Краљевину Југославију од 20. октобра 1937 године са образложењем Министарства Правде*, Београд, 1938.

Поповић Р. С.,
- *Проблеми трговачког права*, Београд, 1932.

Павловић М.,
- *Правни положај мешовитог предузећа у совјетском праву*, магистарски рад, Нови Сад, 1988.

Радоњић,
- *Органи друштва капитала,* Подгорица, 1998.

Стрезоски,
- *Трговац, трговачка друштва и њихово удруживање у капиталистичким земљама*, Скрипта, Нови Сад, 1977.

Таубер Л.,
- *Уџбеник трговачког права*, Београд, 1935.

Царић С.,
- *Правно регулисање образовања удруженог рада*, Нови Сад, 1978.
- *Општи акти „малих" привредних организација*, Београд, 1969.

Царић С. – Шогоров С. – Арсић З. и др.,
- *Привредно право са основама права за економисте*, Нови Сад, 1992.

Царић С. – Забел Б. – Шогоров С.,
- *Обављање привредних делатности у иностранству – коментар закона*, Београд, 1986.

Царић С. – Ђ Жарковић Д. и др.,
- *Коментар Закона о предузећима са изменама и допунама*, Нови Сад, 1989.

3. Чланци домаћих аутора након доношења Закона о предузећима:

Арсић З.,
- *Појам и класификација предузећа у Закону о предузећима*, Право и привреда, бр. 5-8/1997.

Бабић И.,
- *Оснивање друштва са ограниченом одговорношћу*, Право и привреда, бр. 5 -8/1998.

Велимировић М.,
- *Привредно друштво са ограниченом одговорношћу чланова*, Правни живот, III том, бр. 11/2000.

Димитријевић М.,
- *Одговорност оснивача за обавезе предузећа*, Право и привреда, бр. 5-8/2002.

Дивљак Д.,
- *Клаузула конкуренције*, Правни живот, бр. 10/1997.

Јанковец И.,
- *Органи једночланог друштва капитала*, Правни живот, III том, бр. 11/2000.
- *Правне карактеристике предузећа*, Правни живот, бр. 10/1997.
- *Оснивање друштава капитала у земљама чланицама ЕУ*, Право и привреда, бр. 5-8/1996.

Јовановић Н.,
- *Побијање правног субјективитета компанија*, Правни живот, бр. 10/1997.

Мићовић М.,
- *Лојалност и трговачка друштва*, Правни живот, III том, бр. 11/2000.

Павић М.,
- *Уговор о преносу удела у трговачком друштву*, Право и привреда, бр. 5-8/2003.
- *Право на информисање у трговачким друштвима*, Право и привреда, бр. 5-8/2001.

Радоњић Д.,
- *Правна природа односа међу органима друштва капитала у Закону о предузећима*, Право и привреда, бр. 5-8/1997.

Рилке Б.,
- *Органи друштва са ограниченом одговорношћу*, Правни живот, III том, бр. 11/1998.
- *Једноперсонално друштво*, Правни живот, бр. 10/1997.
- *Партиципација запослених у управљању друштвима капитала*, Правни живот, III том, бр. 11/1996.

Романић К.,
- *Општи и посебни услови за оснивање и обављање делатности привредних друштава*, Право и привреда, бр. 3-4/1997.

Савић Г.,
- *Одговорност предузећа за обавезе оснивача и права поверилаца*, Право и привреда, 1-2/1998.

Шогоров С.,

- *Од друштва са ограниченом одговорношћу ка друштву неограниченог ризика*, Право и привреда, бр. 5-8/2004.
- *Предмет улога у друштву са ограниченом одговорношћу*, Правни живот, III том, бр. 11/2003.
- *Искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу*, Право и привреда, бр. 5-8/2003.
- *Иступање члана из друштва са ограниченом одговорноћу*, Право и привреда, бр. 5-8/2002.
- *Допунске уплате чланова друштва са ограниченом одговорношћу*, Правни живот, III том, бр. 11/2001.
- *Одговорност оснивача за обавезе предузећа – преддруштва*, Право и привреда, бр. 5-8/1998.

4. Чланци домаћих аутора до доношења Закона о предузећима (до 1996. године):

Арсић З.,

- *Принципи управљања трговачким друштвима*, Правни положај привредних организација у својинском плурализму, Београд, 1990.

Варади Т.,

- *О Закону о привредним друштвима НР Мађарске*, Европа данас, бр. 1-2/1989.

Васиљевић М.,

- *„Пробијање" правне личности*, Правни живот, III том, 11/1995.
- *О неким питањима партиципације запослених у управљању друштвима капитала*, Правни живот, 9-10/1994.
- *Закон о предузећима – критички осврт*, Привреда и право, бр. 5-6/19.

Велимировић М.,

- *Престанак предузећа*, Правни живот бр. 11-12/1990.

Вукадиновић Р.,

- *Опште питања слободе оснивања предузећа и хармонизације права трговачких друштава у оквиру Европске економске заједнице*, Правни живот бр. 11-12/1990.
- *Друштво са ограниченом одговорношћу*, Привредно правни приручник, бр. 12/1989.
- *Одговорност органа предузећа*, Право и привреда, 3-6/1993.

Гиунио М.,
- *Основне карактеристике мјешовитих предузећа*, Привреда и право бр. 3-4/ 1989.

Дабић Љ.,
- *Појам и оснивање мешовитих предузећа у Југославији*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 5/1989.

Дивљак Д.,
- *Право на обавештавање у привредним друштвима,* Правни живот, III том, бр. 10/1995.

Драшкић М.,
- *Транснационална предузећа и права*, Привредно правни приручник, Београд, 3/1990.

Ђуровић Р.,
- *Мешовито предузеће – појам, врсте и национална припадност*, Самоуправно право бр. 1/1989.

Ивањко Ш.,
- *Трансформација друштвеног предузећа у друштво*, Привреда и право бр. 5-6/1990.

Јанковец И.,
- *Поступак за утврђивање вредности неновчаних улога у друштву капитала*, Правни живот бр. 11/1995.
- *Правна и пословна способност предузећа,* Правни живот, Београд, бр. 11-12/1990.

Јовановић В.,
- *Однос уговора о оснивању и статута (правила) друштва капитала*, Правни живот, I том, 9-10/1993.
- *Приватизација друштвених предузећа*, Правни живот, Београд, 11-12/1990.
- *Заступање*, Право – теорија и пракса, Нови Сад, 6-7/1989.

Костић Д.,
- *Органи управљања у мешовитим предузећима*, Привреда и право, бр. 5-6/1989.

Круљ В.,
- *Пословне групације у капитализму*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 35/1987.

Миленовић Д.,
- *Одговорност чланова привредног друштва за обавезе друштва*, Правни живот, III том, бр. 11/1995.

Мирковић Ђ.,

- *Удели код друштва са ограниченом одговорношћу*, Архив за правне и друштвене науке књига бр. XXXI.
- *Вршење пословодства у друштвима са ограниченом одговорношћу*, Правосуђе бр. 1-2/1938.
- *Уклањање чланова управе*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 1-2/1938.
- *Правна природа правила трговачких друштава*, Правосуђе бр. 2/1940.

Митровић Ј.,

- *Уговор о преносу улога, удела, акција и других права оснивача предузећа и трговачких друштава*, Правни живот, I том, 9-10/ 1993.

Прица Р.,

- *Искључење и иступање из друштва са ограниченом одговорношћу из оправданих разлога,* Правни живот, III том, бр.11/1995.
- *Одредбе о трговачким друштвима у Закону о предузећима*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4/1989.

Радосављевић Љ.,

- *Услови за упис у судски регистар предузећа и других правних лица која обављају привредну делатност*, Привредно-правни приручник, Београд, бр. 4/1989.

Рилке Б.,

- *Друштво са ограниченом одговорношћу према предлогу Закона о предузећима из марта 1995. године*, Право и привреда, бр. 3-6/ 1995.

Филиповић В.,

- *Основе законског уређења трговачких друштава у Савезној Републици Немачкој*, Информатор бр. 3676-3677/1989.
- *Осврт на поједина питања страних правних система*, Информатор бр. 3649/1989.

Царић С.,

- *Друштво са ограниченом одговорношћу*, Право и привреда, бр. 3-6/1993.
- *Односи између уговора о оснивању и других општих правила друштва са ограниченом одговорношћу*, Правни живот, 1993.
- *Упоредно-правна разматрања улоге и функција државе у процесу статусних и својинских трансформација привредних субјеката у источноевропским земљама и код нас*, О својинским и статусним трансформацијама привредних субјеката, Нови Сад, 1992.

- *Својински и политички плурализам и доградња југословенског правног система*, Привредни преглед, Београд, 1990.
- *Стање и перспективе пословодних органа у условима привредне реформе*, Право – теорија и пракса, Нови Сад, 6-7/1989.
- *Правни субјективитет привредних субјеката*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1989.
- *Правни положај мешовитих предузећа у социјалистичким земљама*, Нека питања привредних реформи у социјалистичким земљама, Нови Сад, 1989.

Шкерљ М.,
- *Друштва са ограниченом одговорношћу,* Архив за правне и друштвене науке бр. 2, 3, 4/19.
- *Да ли је основан назив друштва са ограниченом одговорношћу*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 5-6/1939.

Шогоров С.,
- *Уговор о преносу удела у друштву са ограниченом одговорношћу*, Правни живот, I том, 9-10/1993.
- *Оснивање друштва са ограниченом одговорношћу*, О својинским и статусним трансформацијама привредних субјеката, Нови Сад, 1992.
- *Појам друштва са ограниченом одговорношћу*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, 1992.

Шулејић П.,
- *Друштво са ограниченом одговорношћу*, Правни живот, бр. 1-2/1992.
- *Друштво са ограниченом одговорношћу (имовинскоправни режим и заштита поверилаца)*, Својински односи у правном поретку, Београд, 1991.
- *Именовање и разрешење пословодног органа*, Право – теорија и пракса, Нови Сад, бр. 6-7/1989.

5. Књиге страних аутора:

Albrecht A.,
- *Die GmbH & COKg unter dem MitbestG 1976,* Gotingenn, 1980.

Arah J.,
- *Družba sa omejanim jamstvom po jugoslovanskem in avstrijskom pravu – Die Gesellschaft mit beschrankter Haftung nach jugoslawischem und osterreichischem Recht,* Ljubljana, 1989.
- *Pravno uređenje društava,* Ljubljana, Beograd, 1990.

Barbić J.,
- *Pravo društava – opći dio*, Organizator, Zagreb, 2001.
- *Pravo društava – društva kapitala*, Organizator, Zagreb, 2001.

Barbić J. – Gorenc V. – Parać Z. – Petrović S. – Porobija B. – Vukmir B.,
- *Zakon o trgovačkim društvima – vodič za čitanje zakona,* Zagreb, 1995.

Balser – Meyer – Pichura,
- *Die GmbH*, Freiburg in Breisgau, 1972.

Bartl H. – Henkes U.,
- *GmbH-Recht: Handbuch und Kommentar: mit Gesetz über Kapitalerhöhung und Verschmelzung, Teilkommentierung zum Umwandlungsgesetz und Löschungsgesetz und zu den §§ 142ff. FGG.,* C.F. Müller, Heidelberg, 1986.

Bavelaar P.,
- *Der konzernrechtliche Gläubigerschutz nach deutschem und nach niederlåndischem Recht: eine rechtsvergleichende Studie zum Schutz der Glåubiger einer konzernierten AG, GmbH, NV und BV,* Lang, Frankfurt am Main, 1994.

Baumbach A.,
- *Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank – und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht),* Beck, Beck'sche Kurz-Kommentare, München, 2003.
- *GmbH-Gesetz : Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung,* Beck, München, 1996.

Baumbach A. – Hueck
- *GmbH Gesetz,* 13 Auflage, Munchen, 1970.

Behrens P.,
- *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und ausländischen Recht*, de Gruyter, Berlin, New York, 1976.

Bürklin W.,
- *Die strukturellen Unterschiede im GMBH-Recht der EWG-Mitgliedstaaten an Hand der Übertragung der Geschäftsanteile*, Mainz, 1970.

Fichtner D.,
- *Der GmbH – Geschaftsfuhrer – Vertrag,* Bonn, 1971.

Fischer R. – Lutter M. – Scholz F.,
- *GmbH-Gesetz: Kommentar,* Schmidt, Köln, 1985.

Gellis,
- *Kommentar zum GmbH – Gesetz,* Wien, 2000.

Gorenc V.,
- *Trgovačko pravo – društva*, Zagreb, 1996.
- *Privredno pravo – poduzeće*, Zagreb, 1989.

Gorupić D. – Gorupić D. Jr,
- *Poduzeće – postanak i razvoj preduzetništva i poduzeća*, Zagreb, 1990.

Gower L.C.B. – Prentice D.D. – Pettet B. G.,
- *Gower's Principles of Modern Company Law*, London, 1992.

Hachenburg M. – Hohner G.,
- *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) : Grosskommentar,* De Gruyter, Berlin, 1985.

Hefermehl W.,
- *Aktiengesetz, GmbH-Gesetz: Textausgabe mit ausführlichem Sachregister und einer Einführung,* DTV, München, 1989.

Hirsch E. E. – Tekinalp Ü.,
- *Das türkische Aktien – und GmbH-Recht,* Nomos, Baden-Baden, 1993.

Hoffmann T.,
- *Die actio pro socio und ihre Anwendung in der GmbH,* Hamburg, 1962.

Hommelhoff P.,
- *Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht,* De Gruyter, Berlin, 1986.

Iwahara,
- *Das japanische GmbH-Gesetz,* Inst. für Handels-u. Wertpapierrecht, Innsbruck, 1986.

Iwamy,
- *Company law*, London, 1978.

Kalbfleisch E.,
- *Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH,* Mauke Söhne, Hamburg, 1990.

Klawitter U. K.,
- *Die GmbH & Co. KG im U.S.-amerikanischen Recht: (limited partnership with a corporate general partner)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

Knaul A. – Mindach C.,
- *Russische Föderation: GmbH-Recht / Übersetzung und Erl.,* Bundesstelle für Außenhandelsinformation, Köln, 1998.

Koch J.,
- *Handelsregisterliche Eintragungen: ein Leitfaden zur AG, GmbH,* Genossenschaft und Stiftung, Schulthess, Zürich, 1996.

Kohler R. M.,
- *The new limited liability Company Law of France*, The Business Lawyer, januar 1969.

Koppensteiner H. G.,
- *GmbH Gesetz : Kommentar*, Wien, Orac,1999.

Le Galle J.,
- *French Company Law,* London, 1974.

Löber B. – Wendland M. – Fröhlingsdorf J.,
- *Die neue spanische GmbH : ein Handbuch für den Praktiker*, Edition für Internationale Wirtschaft, Frankfurt am Main, 1998.

Lübbert H.,
- *Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien – und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Grossbritanniens,* Nomos, Baden-Baden, 1971.

Lutter M. – Hommelhoff P.,
- *GmbH-Gesetz : Kommentar,* Verlag Otto Schmidt, Köln, 1991.

Maiberg H.,
- *Gesellschaftsrecht*, Bonn, 1978.

Meinhardt P.,
- *Company Law in Europe,* Essex, 1978.

Mindach C. – Dino W.,
- *Russische Főderation: GmbH-Gesetz, Anwendungsverordnung,* Bundesstelle für Außenhandelsinformationen (BfAI), Köln, 2001.

Mueller R.,
- *GmbH: German law concerning the companies with limited liability*, Knapp, Frankfurt (am Main), 1977.

Pfitzmann H. J.,
- *Ausschluss und Austritt aus der personalistischen Kapitalgesellschaft: eine rechtsvergleichende Untersuchung über die GmbH und die Klein-AG nach belgischem, französischim, deutschem und schweizerischem Recht,* Herbert Lang, Bern, 1974.

Pretnar S.,
- *Oris primerjalnega trgovinskega prava, deo – Trgovinske družbe,* Ljubljana, 1955.

Rastovčan,
- *Trgovačka društva – glavni nosioci privrede u kapitalizmu*, Zagreb, 1958.
- *Osnovi trgovačkog (privrednog) prava,* Zagreb, 1957.

Reckhorn – Hengemühle M.,
- *Die neue spanische GmbH nach dem Gesetz 2/1995 vom 23. März 1995*, Rasch, Osnabrück, 1997.
- *Die neue spanische GmbH nach der Reform des Gesellschaftsrechts von 1989 : Einführung in das Recht der spanischen GmbH sowie Text der gesetzlichen Bestimmungen mit deutscher Übersetzung,* Beck, München, 1993.

Reich-Rohrwig J.,
- *Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung,* Manzsche Verlags – und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1997.

Reinhardt R.,
- *Gesellschaftsrecht,* Tubingen, 1973.

Roth V. – Alpmeppen ,
- *Gesetz betrefend die Gesellschaft mit beschrankter haftung (GmbH),* München, 1997.

Roweder – Rittner – Sshmidt – Leithoff,
- *GmbHG,* München, 1997.

Scholz F.,
- *Kommentar zum GmbH.-Gesetz in seiner neuesten Fassung,* Schmidt, Köln, 1950.

Scholz F. – Crezelius G.,
- *Kommentar zum GmbH-Gesetz: mit Nebengesetzen und den Anhängen Konzernrecht sowie Umwandlung und Verschmelzung,* Schmidt, Köln, 1995.

Spencer W.H.– Gillam C. W.,
- *A Textbook of Law and Business,* New York – Toronto – London, 1952.

Spitze P. A.,
- *Der Ausschluß eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund bei Schweigen der Satzung: rechtliche Begründung und Ausschlußverfahren,* Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

Steiger W.,
- *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teil/c art. 772-827, Die Geselschaft mit beschrankter Haftung,* Zürich, 1965.

Stražnjicky M.,
- *Tumač Trgovačkog zakona Kraljevine Jugoslavije,* Zagreb, 1939.
- *Predavanja iz trgovačkog prava,* Zagreb, 1926.

Sudhoff H.,
- *Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH,* Schmidt, Köln, 1984.

• *Der Gesellscahftsvertrag der GmbH,* München, 1969.

Sudhoff H. – Sudhoff M.,
• *Der Gesellschaftsvertrag der GmbH: Kommentar und Formularbuch,* Beck, München, 1978.

Šinkovec J.,
• *Družba z omejeno odgovornostju,* Ljubljana, 1990.
• *Pravo družb,* Ljubljana, 1989.

Topham and Iwamy S.,
• *Company Law*, London, 1967.

Ulmer P. – Decher E. C.,
• *Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern: verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil?,* Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2002.

Velimirović M.,
• *Privredno pravo,* Sarajevo, 1990.

Weber H.,
• *Die Einmann G.m.b.H. als Mittel zur Herbeiführung der beschr. Haftung des Einzelkaufmanns : mit kurzem Abriss der Rechte Frankreichs, Englands und Liechtensteins,* Drebkau, 1936.

Westerdijk S. A.,
• *Die GmbH & Co. KG im niederländischen Gesellschaftsrecht,* Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

Woldridge F.,
• *The Private Company in French Law,* October 1970.

Zaphirou G.A.,
• *European Business Law,* London, 1970.

6. Чланци страних аутора:

Aladschov L. I.,
• *Die GmbH im bulgarischen Recht,* Osteur.-Recht, vol. 48, issue 2, 2002.

Arah J.,
• *Pravno uređenje društva,* Ljubljana, Beograd, 1990.
• *Osnovno opredeljenje društva sa ograničenom odgovornošću prema jugoslovenskom pravu,* Povratak privrede tržištu i vlasništvu, Beograd, 1989.

Baetge A.,
• *Die Einführung der Einmann-GmbH in das griechische Recht,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 41, issue 1, page 25-28, 1995.

Barbić J.,
- *Jugoslovenska preduzeća od udruživanja rada do povratka kapitala,* Pravni život br. 11-12/1990.
- *Društvo sa ograničenom odgovornošću u jugoslavenskom pravu,* Privreda i pravo br. 7-8/1990.
- *Upravljanje i vođenje poslova u društvima kapitala po jugoslavenskom pravu,* Privreda i pravo br. 9-10/1990.
- *Tipologija preduzeća,* Privreda i pravo br. 1-2/1989.
- *Društvo sa ograničenom odgovornošću,* Informator br. 3658/1989.

Bohinc R.,
- *Lastinska razmerja in upravljanje v osebnih in kapitalskih družbah,* Pravnik br. 11-12/1987.

Bodungen T.,
- *The defective corporation in American and German Law,* The American Journal of Comparative Law, vol. 15/1966-67.

Borrowdale A.,
- *The Effect of Breach of Share Transfer Restrictions,* The Journal of Business Law, July/1988.

Bungert H.,
- *Rechtliche Auswirkungen der "domestication" einer deutschen GmbH in den USA nach deutschem Gesellschaftsrecht,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 45, issue 2, page 109-114, 1999.

Drury R.,
- *Legal Structure of Small Business in France and England compared,* The International and Comparative Law Quaterly, vol. 27, part 3, 1978.

Fabricius F.,
- *The Private Company in German Law,* The Journal of Business Law, January 1997.

Ficker H.C.,
- *A project for a European Corporation,* The Journal of Business Law, April 1970.

Fischer A. K.,
- *Das neue GmbH-Gesetz in Spanien,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 42, issue 1, page 12-23, 1996.

Flume W.,
- *Die GmbH-Einmanngrundung*, ZHR. 146/1982.

Frank S. – Wachter T.,
- *Neuere Entwicklungen im französischen GmbH-Recht,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 48, issue 1, page 11-27, 2002.

Fröhlingsdorf J.,
- *Die neue spanische GmbH: neues Unternehmen*, Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 49, issue 8, page 584-588, 2003.

Giesen H. M. – Brandi T.O.,
- *International finance transactions: the pledge of shares in a German Limited Liability Company,* The International Lawyer, vol. 31, issue 4, page 1047-1073, 1997.

Gross J. H.,
- *Who is a Company Promoter,* The Law Quaterly Review, vol. 86, October 1970.

Guyon Y.,
- *Evolution of French Company Law from 1984-1988.*, Journal of Business Law, September 1989.

Harris C.,
- *Separate Treatment for Close Corporations : Lesons from England and Australia,* The American Journal of Comparative Law, vol. 17, 1976.

Herrmann H.,
- *Die Einordnung ausländischer Gesellschaften im Ertragsteuerrecht am Beispiel der US-amerikanischen Limited Liability Company,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 50, issue 6, page 445-451, 2004.

Hommelhoff P.,
- *Risikomanagement im GmbH-Recht,* Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, 2000.

Hudge O'Neal F.,
- *Close Corporations – Existing Legislation and Recomended Reform,* The Business Lawyer, January 1987.

Hunnings N. M.,
- *Reform of the Enterprises in France,* The Journal of Business Law, April 1976.

Janssen H. – Fest A.,
- *Unterschiede in der Rechtspraxis ungarischer Kft und deutscher GmbH,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 48, issue 11, page 825-829, 2002.

Kalođera D.,
- *Što je zapravo poduzeće*, Informator br. 3661/1989.

Kaye N. M.,
- *The Theoretical Basic of Modern Company Law,* Journal of Business Law, July 1976.

Knaul A. – Heeg V.,
- *The New Russian Limited Liability Company (LLC) Law,* Revue de droit des affaires internationals, vol. 1998, issue 6, page 691-702, 1998.

Kobe B.,
- *Enoosebna kapitalska družba in načelo omejene odgovornosti,* Slovenski pravnik, Ljubljana, br. 11-12/1940.

Kocbek M.,
- *Pravno-organizacijske oblike opravljanja gospodarskih delatnosti v ZDA*, Privreda i pravo, br. 11-12/1988.

Koziris Ph.J.,
- *Equal Joint-Venture Corporations in France – Problems of Control Anual Resolution of Deadlocks,* The American Journal of Comparative Law, vol. 17, 1969.

Kulms R.,
- *Die US-amerikanische Limited Liability Company : Vorbild für eine deregulierte GmbH?,* Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, vol. 102, issue 2, page 272-287, 2003.

Loges R.,
- *Die Haftung des Geschäftsführers einer tschechischen GmbH,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 44, issue 6, page 454-457, 1998.

Logesová J. – Weigl B.,
- *Verschmelzung einer AG auf eine GmbH nach tschechischem Recht,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 50, issue 2, page 81-88, 2004.

Luxton P.,
- *Share Transfer restrictions and the Relative Nature of Property rights,* The Journal of Business Law, January 1990.

Man F. A.,
- *The European Company,* International and Comparative Law Quaterly, July 1970.

Markus O.,
- *Verwalterhaftung im Gründungs-und Auflösungsstadium nach spanischem GmbH-Recht,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 48, issue 1, page 27-35, 2002.

Morgan D.,
- *Transitional provisions of the Companies Act,* The Journal of Business Law, July 1980.

Peng Chuan R.,
- *Limited liability in China: a partial reading of China's company law of 1994,* Journal of Asian law, vol. 10, issue 1, page 263-280, 1996.

Pistor K.,
- *The evolution of corporate law: a crosscountry comparison,* University of Pennsylvania journal of international law, vol.23, 2002.

Porobija B.,
- *Povlačenje udjela u društvu sa ograničenom odgovornošću,* Privreda i pravo, Zagreb, 5-6/1991.

Puškarić M.,
- *Nastanak i razvoj velikih korporacija,* Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 38(4)/1988.

Pürner S.,
- *GmbH-Recht in Kroatien,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 44, issue 9, page 700-706, 1998.

Raiser T.,
- *Enterprise Law in the German Federal Republic,* The American Journal of Comparative Law, 1/1988.

Rau D.H.,
- *Die Vertretung der portugiesischen GmbH – ein Lotterspiel,* Recht der International Wirtschaft, January 1986.

Rawlings B. M.,
- *Choice of Corporate form available to the Foreign Investor,* The Business Lawyer, July 1975.

Reith T.,
- *The Effect of Pre-incorporation Contracts in German and English Company Law,* The International and Comparative Law Quaterly, vol. 37, January 1988.

Sandars W. J.,
- *Small Business – Sugestions for simplified Forms of Incorporation,* Journal of Business Law, January 1979.

Sanders P.,
- *Introduction of minimum capital (Netherlands),* The Journal of Business Law, January 1979.

Schmitthoff C. M.,
- *Law Reform in England,* The Journal of Business Law, 1965.

Shisido Z.,
- *Problems of the Closely Held Corporation,* The American Journal of Comparative Law, vol. 38, 1990.

Stohlmeier T.,
- *German limited liability company: unlimited liability of parent company?,* International business lawyer, vol. 21, issue 3, page 135-137, 1993.

Suchanov A.,
- *Das neue russische GmbH-Gesetz,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 44, issue 9, page 706-710, 1998.

Šarčević P.,
- *Društvo sa ograničenom odgovornošću kao oblik ulaganja stranog kapitala u SFR Jugoslaviji,* Pravni oblici stranih ulaganja u Jugoslaviji, Zagreb, 1990.

Taubner R.,
- *Enterprise Corpotatism,* The American Journal of Comparative Law, 1988/1.

Vasseur A.,
- *A Company of European Type,* Journal of Business Law, 1965.

Ven de Van J.A.,
- *Corporate developments in the Netherlands,* The Business Lawyer, 6/1972.

Vries H. – Jenger F.,
- *Limited Liability Contract: GmbH,* Columbia Law Review, 5/1964.

Weber-Rey D.,
- *Insolvency of a German limited liability company: De facto shareholders, group liability for individual shareholders,* Pace international law review, vol. 7, issue 2, page 523-531, 1995.

Will M.R.,
- *Recent Modifications in the French Law of Commercial Companies*, International and Comparative Law Quaterly, oktobar 1969.

Winkhaus H. – Stratmann G.,
- *The Close Corporation in Germany – Managemant and capitalization problems for U.S. Controllled Subsidiaries,* The Business Lawyer, July 1973.

Zoll F. – Kuglarz P.,
- *Gründung einer polnischen Einmann-GmbH durch eine deutsche Einmann – Gmbh,* Recht der internationalen Wirtschaft, vol. 45, issue 4, page 277-279, 1999.

Sandra Fišer, Teaching Assistant
Novi Sad School of Law

Bibliography on Limited Liability Companies

Abstract

The paper named „Bibliography on Limited Liability Companies" is divided into 6 theme parts. The first four parts systemize the works of national authors in the following manner: the initial two encompass books of national authors, which discuss law on limited liability companies under both applicable provisions of the Law on Enterprises of 1996 (part one) and the legislation on limited liability companies applicable prior to 1996 and adoption of the Law on Enterprises (part two). The third and fourth part encompass articles of national authors, and classify them with respect to their occurrence, i.e. whether they have been written prior to or upon adoption of the Law on Enterprises. The following national journal were reviewed in search of articles: *(Legal Affairs)*, *(Law and Commerce), – (Law-Theory and Case Law), (Handbook for Commercial Law), (Anthology of Novi Sad School of Law)*.

The last two parts compiled works of foreign authors, whereas the fifth one reviewed books written by foreign authors and the sixth their articles. The following foreign journals were used in compilation of foreign articles: *Recht der internationalen Wirtschaft, Journal of Comparative Law, The Journal of Business Law, The International and Comparative Law Quarterly, The International Lawyer, The Law Quarterly Review, The American Journal of Comparative Law.*

In order to make a consistent listing of all the bibliographical sources, this piece reviews not only the works dealing with limited liability companies, but also the ones entailing the entire law of business associations, comments on the Law on Enterprises and earlier works within the field.

In systematization of foreign authors' works, an emphasis is put on a thorough encompassment of comparative law. Therefore, this piece addresses works, comparative analyses and comments on laws of Germany, The Netherlands, Turkey, Japan, England, Russia, France, Spain, Austria, Croatia and Slovenia.

The resources of Novi Sad School of Law and *Peace Palace Library* of The Hague were used in composition of the bibliography.