

Универзитет у Нишу
Правни факултет

ПРОЈЕКАТ
"УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА
СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕУ"

ЗБОРНИК РАДОВА

Ниш, 2015

ПРОЈЕКАТ
"УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕУ"

ЗБОРНИК РАДОВА

Издавач
Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача
Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник
Проф. др Мирослав Лазић

Преводи
Гордана Игњатовић

Технички уредник
Ненад Милошевић

Штампа
„Медивест“ Ниш

Тираж
100

ISBN 978-86-7148-203-5

Зборник радова резултат је истраживања на пројекту Усклађивање права Србије са правом Европске уније, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 18000 Ниш,
Трг Краља Александра 11, Тел: 018/500-221, <http://www.prafak.ni.ac.rs>

САДРЖАЈ

Проф. др Марко Трајковић, Проф. др Војислав Ђурђић, ВРЕДНОСНИ СМИСАО И ИЗАЗОВИ ОПШТЕ И КРИВИЧНО-ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ	1
Проф. др Зоран Радивојевић, УБРЗАНИ И ХИТАН ПОСТУПАК ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	15
Проф. др Драган Чорбић, ПРОГРЕС КАО ТЕМЕЉ ТЕОРИЈЕ РЕВОЛУЦИЈЕ РУСКОГ НАРОДЊАШТВА	35
Проф. др Предраг Димитријевић, МОДЕЛИ ПРАВНЕ РЕГУЛАЦИЈЕ „ЋУТАЊА“ УПРАВЕ	55
Проф. др Драган Јовашевић, МЕЂУНАРОДНИ ЗЛОЧИНИ У СТАТУТУ ТРИБУНАЛА ЗА РУАНДУ	69
Проф. др Миомира Костић, БЕСКУЋНИШТВО – НЕОСТВАРЕНО ПРАВО НА АДЕКВАТНО СТАНОВАЊЕ	85
Проф. др Предраг Н. Цветковић, ЕЛЕМЕНТИ УГОВОРА КАО НОСИОЦИ „РЕЛАЦИОНАЛНОСТИ“ УГОВОРНОГ ОДНОСА.....	105
Проф. др Видоје Спасић, МОГУЋНОСТИ ЗАШТИТЕ ЗВУЧНИХ И МИРИСНИХ ЗНАКОВА У ОБЛИКУ ЖИГОВА	125
Доц. др Тања Китановић, СПОРАЗУМНИ РАЗВОД БРАКА У ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ.....	147

ВРЕДНОСНИ СМИСАО И ИЗАЗОВИ ОПШТЕ И КРИВИЧНО-ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ

Апстракт: *Шта су темељи права? Колико ће право и правни систем бити дуготрајни без вредности? У тај корпус вредности улазе све моралне и типично правне вредности које чак могу бити и у сукобу, те се у том сукобу могу и наћи изазови опште и кривично-правне теорије. Вредности испуњавају смислом и сврхом целокупно право, односно све његове елементе и сам правни поредак као целину. Зато оне нису нису пуки збир, какав је случај са простим скупом елемената, већ целина која се може објаснити тек када се доведе у везу са целином света који је испуњен моралним вредностима. Тако оне постају стуб друштва и државе као и ослонац оних који управљају друштвом и државом, како би избегли „патологију ума” и одсуство вредности, што ће даље изазвати подозривост према праву и коначно побуну против њега.¹ Зато вредносни карактер позитивном праву не припада сам по себи, нити правна теорија може да се задовољи само правном сигурношћу, већ је неопходно прихватање вредности, јер: „Ако људско срце није добро, онда ниједна друга ствар не може постати добра” (Јозеф Рацингер – Папа Бенедикт XVI / Joseph Ratziger – Benedictus PP. XVI).*

Кључне речи: *право, вредности, позитивно право, правна теорија.*

Увод

Зашто вредносни изазови? Зашто би вредности уопште „замарале“ позитивно право? И зашто посебно кривично-правну теорију? Јер: „The most basic function of any government is to provide for the security of the individual and his property. *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451, 455. These ends of society are served by the criminal laws which for the most part are

¹ Ј. Рацингер – Бенедикт XVI, *Европа, Њени темељи данас и сутра*, Београд, 2010, 66 и 75.

aimed at the prevention of crime. Without the reasonably effective performance of the task of preventing private violence and retaliation, it is idle to talk about human dignity and civilized values".² Без вредносне основе општа и кривично-правна теорија нису у могућности да одговоре на бројне изазове које им нуди стварност, јер су и они као и правна филозофија „Lehre vom richtigen Recht“.³ Таква поставка опште и кривично-правне теорије представља ваљану основу целокупног правног система који се гради на вредностима уместо на пукој послушности санкцијама. Наравно да се и сам правни систем сусреће са изазовима, али уз општу и кривично-правну теорију које почивају на вредностима он ће бити дуготрајан, јер „Recht kann nur begriffen werden im Rahmen des wertbeziehenden Verhaltens“.⁴ Без овог повезивања понашања људи по правним нормама и вредности ми нисмо у могућности да објаснимо обавезујућу снагу правне норме. Тај фактички део правног поретка, који је заправо и сврха целокупног нормирања одређених друштвених односа, мора да буде повезан са нечим дуготрајнијим но што су то санкције.

Вредносни изазови долазе сасвим природно, јер: „Wir treten in die Jahrzehnten des juristischen Positivismus ein. Man sucht nicht mehr in der Rechtswirklichkeit auch den Rechtswert, man erklärt vielmehr sich bewußt auf die empirische Erforschung des Rechts“.⁵ Тако је потребно ту општу теорију права и правну теорију кривичног права „испунити“ вредностима како би оне могле да што боље одговоре на изазове стварности. Дакле, смисао бављења правом би морале да буду вредности, а не пуке заповести власти, које нису дуготрајне. Такав правни систем изграђен на послушности санкцијама, као делу правне норме, ће се сам урушити пред изазовима који наилазе.

1. Шта су вредносни смисао и изазови теорије?

Избор вредности које могу да унесу промену у људско понашање које се управља према правним нормама је веома широк, те смо изабрали неке које су и саме по себи изазов.

Пошто је појам права „Kulturbegriff“ онда је јасна обавеза теорије да право повеже са вредностима јер је „ein Begriff von einer wertbezogenen Wirklichkeit, einer Wirklichkeit, die den Sinn hat, einem Werte zu dienen. Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.“

2 R. P. Davidow, *Introduction in Natural Rights and Natural Law: The Legacy of Georg Mason*, edited by Davidow R. P., The Georg Mason University Press, Boston, 1986, 29.

3 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Verlag von Quelle & Meyer in Leipzig, 1932, 6.

4 Ibid., 4.

5 Ibid., 21.

Der Rechtsbegriff ist also ausgerichtet an red Rechtsidee. Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die Gerechtigkeit".⁶ Правда, која ваља да држи читав правни систем као јединствену целину, врхунска је друштвена и правна вредност која се „удружује са спровођењем у дело одговарајуће основне врлине”.⁷ То је једна врста сразмерности и склада, све до постизања хармоније, која је други назив за апсолутну правду, те се увек изводи из оног што јесте, што је природно и истинито и креће се као ономе треба, јер је она истина, а праведно је само оно што је истинито (Д. Обрадовић). Али, наравно да је могуће да право и поред тога буде неправедно, ипак „aber es ist Recht nur, weil es den Sinn hat, gerecht zu sein”.⁸ Зато су људи „у обавези да на посебан начин стално теже истини, да је поштују и да одговорно о њој сведоче”.⁹ Поред те апсолутне, природне правде, постоји и друштвена правда која је релативна, а она се препознаје у позитивном праву као законска правда или правичност.

Правна правда је свом основном облику синоним за оно што је сразмерно или једнако, те постоје два формална обрасца правне правде, Аристотелова (*Αριστοτέλης*) дистрибутивна правда, дакле, „свакоме сразмерно”, која је првобитна, положајна, и налаже да се „неједнако поступа с неједнаким”, и комутативна „свакоме једнако”, која је разменска и налаже да се „једнако поступа с једнаким”. И на крају, правда означава саображавање закону или законска правда. Она се састоји у општости, једнакости и непристрасном вршењу закона, односно права., јер „Gesichtspunkte zwiefacher Art. Man kann gerecht nenen die Anwendung oder Befolgung eines gesetzes oder aber dieses Gesetz selbst. Jene erste Art der Gerechtigkeit, insbesondere die Gerechtigkeit des gesetzestreuen Richters, würde man besser Rechtlichkeit nenen. Hier jedenfalls ist nicht von jener Gerechtigkeit die Rede, die am positiven Recht, sondern an der das positive Recht gemessen wird”.¹⁰ Али, у чему се састоји материјална правда? Покушаји са одређивањем солидарне правде, која упућује на то да од заједничких добара више треба дати слабим и сиромашним, а мање јачим и богатим,¹¹ нису обрасци материјалне, већ Аристотелове формалне дистрибутивне правде. Зато је правду лакше замислити, него је остварити, што ће се само потврдити да је солидарност вредност сиромашних народа. Значај правде, па макар и у формалном смислу, изражен је у називима су-

6 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 29-30.

7 Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења Католичке цркве*, Београд, 2006, 107.

8 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4.

9 Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења Католичке цркве*, 105.

10 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 30.

11 Видети: N. Visković, 143. и Г. Вукадиновић, 270.

дова који често у свом називу садрже реч правда. Таква правда коју право штити будући да потиче од несавршених људи није ни сама савршена, те је гарант опстанка само неких у њиховом достојанству.¹² А пошто „Religion als Überwindung des Unswerts – und damit notwendig zugleich Überwindung des Werts, der nur als sein Gegensatz denkbar ist: Wert und Unwert werden gleich gültig und damit gleichgültig; „Wer alles gleiche (gleichermaßen) schätzt, der tritt schon in der Zeit in den gewünschten Stand der lieben Ewigkeit“ (Angelus Silesius)“¹³ онда је религијска правда јача од правне правде.¹⁴ Наравно, да позитивно право не мора да се „поведе“ за религијском или моралном правдом, те може да буде вредносно изопачено, али остаје питање његовог трајања.

Правичност представља посебну, примењивачку правду, правду конкретног „тешког“ случаја који не може да се реши само на основу правних прописа. И њу је одредио већ Аристотел који је сматра да она мора да буде боља од саме правде али не и нешто супротно од ње.¹⁵ Међутим, она је тек у римском праву доживела свој врхунац, те се појављује код великог броја правни установа, тако се појављује код доцње, уговорне казне, те постаје основ законске правде. Она је такође и пут да се исправи претеране строгости закона и спречи механичка, незаконита или неправедна примена правила у конкретном случају, чиме се потврђује да је „Billigkeit ist die Gerechtigkeit des Einzelfalles, die Rücksichtnahme auf sie zwingt uns also nicht, etwas zu ändern an unserer Formel: daß Recht die Wirklichkeit sei, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen“.¹⁶ Тако је правичност нека врста методолошке корекције саме правде, а што се испољава у овлашћењима за еластичнијом применом права од стране државних службеника, посебно судија, те правда добија још једно обличје, судско праведно поступање.

Још један од вредносних изазова који стоје пред правом је слобода као човеково генеричко својство и „знак узвишеног достојанства сваке људске личности“¹⁷, а не само основна друштвена и правна вредност. Пошто је човек по својој природи слободан, то се поставља захтев за остварењем ове суштинске вредности, јер без њеног остварења он и није човек. Те можемо рећи да он није пуки органски процес, већ личност у својој пунини. Наравно,

12 Видети: Р. Лукић, *Систем филозофије права*, Савремена администрација, Београд, 1992.

13 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 3.

14 Видети: Х. Келзен, *Шта је правда*, Београд, 1998.

15 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 32.

16 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 32.

17 Папаско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења Католичке цркве*, 106.

намеће се питање човековог доживљаја слободе и њеног неразумевања и свођења на „самовољно и неконтролисано уживање личне аутономије”.¹⁸ Што значи да је далеко од тога да се она „одвија у потпуној анархији нашег „ја“ и у одсуству односа са другима”.¹⁹ Против злоупотребе слободе могу се дати аргумент општег добра, јавног реда и одговорности, а све то мора да се одвија унутар „чврстог правног контекста”.²⁰ У аксиолошком смислу она мора да се представи као способност одбацивања „онога што је морално негативно, у ком год облику да се јавља”.²¹ То значи да она у вредносном смислу носи собом могућност избора, који достиже свој врхунаца када се лична слобода усклади са општим добром., јер супротно нико неће моћи да буде слободан, па тиме ни поседник основних права на живот, личну слободу и власништво. Тада слобода лишена права постаје „анархија и због тога је разарање слободе”.²² Зато је остваривање ове вредности изазов за право, јер носи поље ризика усклађивања личне слободе и општег добра. Зато слобода и представља вредносни изазов за право, јер право може да помаже остваривање слободе, али и да органишава и забрани њено остваривање. Та сразмера која се тешко остварује између остваривања слободе и њеног правног ограничавања, представља прави изазов посебно унутар кривично-правне теорије, која мора да увек одговара на питање ограничавања слободе и права на кажњавање. Односно на питање до које мере је слобода вредност, а одакле постаје самовоља коју ваља ограничити.

Људско достојанство представља изузетан изазов за правни систем, јер представља тачку сусретања и прожимања свих људских права и слобода, свих моралних, религиозних, друштвених и правних вредности, те на прави начин представља скуп човекових моралних апспеката. Ипак, још је Артур Шопенхауер (*Arthur Schopenhauer*) у свом делу „О темељу морала“ у ироничном тону написао: „Само што је тај израз „људско достојанство“, након што га је Кант једном изрекао, постао „лозинка“ свих глупих и лакоумних моралиста, који недостатак темеља морала, стварног или барем прикладног, скривају иза звучних ријечи „људско достојанство“, рачунајући лукаво с тим да би се и њихов читатељ радо видио обдареним тим достојанством и да би због тога остао задовољан”.²³ Из тог разлога се и каже да је људско достојанство вредносни изазов за правну теорију. Јер,

18 Ibid.

19 Ibid.

20 Ibid.

21 Ibid.

22 Ј. Рацингер – Бенедикт XVI, *Европа, Њени темељи данас и сутра*, 66.

23 А. Schopenhauer, *Il fondamento della morale*, Bari, 1991, 168. Наведено према: Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Glas Koncila, Zagreb, 2009, 636-637.

поред декларативног поштовања људског достојанства стоји и стварна могућност његовог остваривања које и представља сврху дрштва, а остварује се у идеји да „сваког ближњег, сваког понаособ, треба сматрати за другог себе, водећи у првом реду рачуна о његовом животу и средствима која су му за достојанствен живот потребна”.²⁴ То је заправо, та ортопедија усправног хода²⁵ која се постиже не „силама егоизма и ексклузивизма, него снагом признања и потврђивања човјештва у сваком људском бићу”.²⁶ Ово одмах имплицира да је људско достојанство основна друштвена вредност која је стално изложена скрнављењу. Тако изложена врло често постаје празна фраза која се појављује у позитивно-правним прописима, декларацијама, конвенцијама, и осим што лепо звучи писцу и читатељу правног прописа остаје само „искривљени“ ехо сопствене суштине. Зато је људско достојанство вредносни изазов за правну теорију. У правној теорији мора да дође до радикалног заокрета у схватању достојанства човека, од етике квалитета живота ка етици светости живота. То секуларна држава мора да најпре схвати а онда и да прихвати као основу за своје делање у циљу заштите достојанства човека. То је истовремено њен „бег“ од „смртног“ загрљаја пуког правног позитивизма.

Пошто „Нема више Јудејаца ни Јелина, нема више роба ни слободнога, нема више мушког ни женског...”²⁷ онда има само једнакости. А она је саставни део општег аксиолошког мозаика правног система. Данашњи позиви на једнакост као вредност морају да буду превазилажење онога што је већ у једнакости остварено. Данас се већ као друштвени стандард и правно достигнуће препознаје једнакост пред законом, и то достигнуће јесте ваљано. Али, оно што данашњем тренутку недостаје је даље разумевање једнакости, јер у формалном смислу једнаки могу да буду и робови, и кметови и поданици, али да ли је то суштина једнакости? Да ли данас ваља да говоримо о једнакости у понижењу? Тада се само вредност једнакости окреће у своју супротност. Додуше, она је у процедуралном и формалном смислу остварена, сви поданици су једнаки, али да ли је то њена суштина. Данашња процедурална демократија нуди само једнакост пред законом у формално-правном смислу. Што даље значи да се исцрпљује у процедуралном објашњењу једнакости и ништа више и ништа даље. Али, аксиологија права нам намеће потребу за даљим и вишим проучавањима једнакости, те тако од једнакости пред законом стижемо до једнакости до закона. Шта је једнакост до закона? То је материјални део једнакости, док је

24 Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења Католичке цркве*, 69.

25 Видети: Ернст Блох, *Природно право и људско достојанство*, Београд, 1977.

26 Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 638.

27 Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења Католичке цркве*, 74.

једнакост пред законом процедурални део. Наравно, да нико није умањио овим значај једнакости пред законом, само је форму испунио суштином. Како форма не може без своје суштине, тако ни једнакост пред законом не може без своје суштине једнакости до закона. Заправо, једнакост до закона је предходно питање једнакости пред законом. Само тако неће бити поданика једнаких пред законом, већ грађана једнаких до закона. Тада се једна форма, једнакост пред законом, претвара у животну чињеницу којој је право окренуто у једнакост до закона. Право постаје живот, а живот испуњава својим вредностима право. То је сусрет са вредносним изазовом, а не његово избегавање.

Шта је једнакост у аспекту остварења ако нема реда што доводи до следећег закључка да ред „сам по себи има вредност, и то једну велику вредност ... Ред значи на првом месту предвидљивост и извесност”.²⁸ Иако се често жели рећи да је ред друштвена вредност, он је ипак најпре морална вредност, па тек онда друштвена. Ако се ред посматра као друштвена вредност он ће се увек само релативно остваривати правом. Зашто релативно? Право само по себи није носилац реда, иако то звучи јако необично. Право само може да буде гарант реда, али и творац нереда. Иако је то „жељена“ вредност, као уосталом све вредности, право ствара и ред и неред. Да ли ће право остварити ред зависи од носилаца власти саме државе. Али, ако ред посматрамо као моралну вредност, онда је он у нама самима или није, тада није у зависном односу према држави и може бити јачи но онај који држава ваља да гарантује. Само након аксиолошке, а не позитивистичке поставке реда можемо да говоримо о остварењу реда у целом друштву. Јер, се врло често брише разлика између аксиолошког посматрања вредности и позитивистичког, са намером да превлада позитивистички. А позитивистичко превладавање значи брисање реда као вредности и наметање послушности уместо реда, те претварање послушности у вредност. Тада право ни правна теорија нису одолели изазову и искушењу. Сада уместо реда имамо послушност, а уместо једнакости грађана до закона, имамо једнакост поданика. А у чисто правном смислу, неког нормативног света, ред и неред правници сами стварају својим приступом изградње правног система. Те се тако из релативног сређеног правног система може прећи у његову супротност што ће касније изазвати потпуни неред и несигурност грађана, те сасвим могућу неједнакост чак и пред законом. Иако се може извући закључак да је онда ред релативна вредност, то је погрешно. Ништа у вредности

28 Ђ. Тасић, *Правда и ред као принципи права*, у: *Избор расправа и чланака из теорије права*, стр. 211-212.

реда није релативно. Оно што је релативно је наш приступ реду, и наша имплементација вредности реда. Наш неред, није умањио вредност реда.

Морално-друштвено-правна вредност мира биће постигнут „остваривањем социјалне и међународне правде, али и спровођењем у дело оних врлина које поспешују заједнички живот и које нас уче да живимо заједно, и да тако уједињени, дајући и примајући, изграђујемо ново друштво и бољи свет”.²⁹ Јер, „Мир је вредност, и општа дужност, и темељи се на рационалном и моралном поретку друштва које има своје корене у самом Богу, „примарном извору бивствовања, суштинској истини и врхунском добру”.³⁰ Зато се са поуздањем може рећи: „*Opus solidaritatis pax*, мир је плод солидарности”.³¹ У појму мира видимо оно што папа Бенедикт XVI (*Benedictus XVI*) види као сарадњу вере и разума, руководећи се најбољим делом учења Аристотела и Св.Томе Аквинског (*Thomas Aquinas*), јер „Not to act reasonably, not to act with *logos*, is contrary to the nature of God”.³² Зато у односу на саму поставку мира морамо да прихватимо следеће: „Politics says: ‘Be ye therefore clever as serpents’; but morals adds as a limiting condition: ‘and innocent as doves’. So says Kant, who believes that serpents and doves can coexist, and furthermore that the doves will prevail. A more wary philosopher would say: the serpents and the doves shall lie down together, but the doves will not get much sleep.”³³ Из овог произлази да је стање мира, такође жељена вредност која је могућа само уз апсолутно прихватање сарадње вере и разума, као и њихову превласт над патологијама у држави и у религији, јер и држава и религија могу да буду гарант мира и веома перфидни извор насиља. Ово зато што је мир “многа више него одсуство рата...”³⁴ и далеко да је мир, као и друге вредности, творевина човека. Он је као и друге вредности дат, а не задат, и самим тим остављена је слобода његовог прихватања као вредности, или одбацивања, као и прихватања последица које произлазе из тог прихватања мира или његовог одбацивања. Где је место права и правне теорије у односу на мир као вредност? Иста као и место друштва и државе. Много је боље питати да ли право може да истисне мир као вредност. Чини

29 Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења Католичке цркве*, 108.

30 Ibid. 256.

31 Ibid.,108.

32 Видети: APOSTOLIC JOURNEY OF HIS HOLINESS BENEDICT XVI TO MÜNCHEN, ALTÖTTING AND REGENSBURG (SEPTEMBER 9-14, 2006) MEETING WITH THE REPRESENTATIVES OF SCIENCE LECTURE OF THE HOLY FATHER, *Aula Magna of the University of Regensburg Tuesday, 12 September 2006* Faith, Reason and the University Memories and Reflections.

33 I. Kant, *Eternal Peace*, у D. F. Thomson, *Political Ethics and Public Office*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1987, 1.

34 Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења Католичке цркве*, 255.

се да може, јер констатним одбацавањем вере, разума и читаве палете вредности право остаје самодовољно без обзира на последице које одатле произлазе. Правна норма је сасвим сигурно и извор насиља и извор мира. Ако је она нормативни део правног поретка, по којем ће се људи понашати, онда је свакако разумно да ће она бити извор мира или извор насиља. Како ће правна теорија одговорити на овај изазов, кад се сматра да се о миру не може говорити без насиља? Наравно да је могуће прихватити и другачију идеју да је мир „плод правде схваћене у широком смислу као поштовање равнотеже између свих димензија људске личности“.³⁵ А да је мир у опасности „када се човеку не признаје оно што му се као таквом дугује, кад се не поштује његово достојанство и када заједнички живот није усмерен ка општем добру“.³⁶

2. Сукоб вредности унутар правне теорије

Тај сукоб вредности унутар правне теорије заправо се може схватити као „Antinomien der Rechtsidee“.³⁷ Ако прихватимо да је право обезбеђује мир онда над свима мора постојати „eine Ordnung über allen sein“³⁸ и морамо да прихватимо сигурност као посебну моралну, друштвену и правну вредност. Пошто се сматра да је потпуна друштвена сигурност недостижна вредност ми прихватамо релативну сигурност коју нам гарантује позитивно-правни поредак јер: „Die Sicherheit des Rechts fordert Positivität des Rechts: wenn nicht festgestellt werden kann, was gerecht ist, so muß festgesetzt werden, was rechtens sein soll und zwar von einer Stelle, die, was sie festsetzt, auch durchzusetzen in der Lage ist“.³⁹ Тада по Радбруху (*Gustav Radbruch*) позитивност права постаје претпоставка за његову исправност. Таква сигурност омогућава правну предвидљивост као могућност људи да своје животе унапред уреде а не да живе стихијски и у правној неизвесности. Те се онда сматра да је боље правну ствар решити, окончати без обзира на праведност и срсисходност.⁴⁰ Што даље значи да долази до сукоба вредности и позитивности права. Правна позитивност уздиже као темељну вредност правну сигурност негирајући значај правде и других моралних вредности. Жели се поуздано, али не и праведно, важење права, што посебно долази

35 Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења Католичке цркве*, 257.

36 Ibid.

37 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 70.

38 Ibid.

39 Ibid., 70-71.

40 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 71.

до изражаја у сукобу између правде и сврсисходности у кривичном праву.⁴¹ Јер „Rechtssicherheit fordert Positivität, das positive Recht aber will gelten ohne Rücksicht auf seine Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit. Positivität ist ein Faktum, Recht und Macht voraus, die doch Gegensätze sind, zugleich in nahe Verbindung“.⁴² Тада је јасно да пред правном теоријом стоји изазов који се састоји у одабиру коме се приклонити. Сили која обезбеђује важење прописа или вредностима који обезбеђују садржину правног захтева. Тако се и сама сигурност распростире на захтев за стабилност правних прописа једног правног система у времену, стабилност садржаја самих прописа и регулисање свих истоврсних односа унутар друштва.⁴³ Мада чак и уважавајући све димензије правне сигурности и она сама себи може да противречи када баш у сврху те сигурности једно „revolutionäres Recht“⁴⁴ које је достигло ниво превласти над позитивним правом почне да важи. Дакле, правна сигурност постаје противречна не само вредностима, већ и сама себи. Тако Радбрух наводи да у интересу сигурности правоснажност допушта важење и неправедној одлуци за тај случај, те додаје и у том контексту и друге правне појмове,⁴⁵ чиме се не везује само за материју кривичног права. На овај начин се донекле може одбацити арбитрерност правних односа, односно правни односи ће у аспекту правне сигурности зависити од објективнијих фактора. Дакле, избегава се самовоља, те омогућава „објективизација дјеловања или ограничавање моћи носиоца политичке власти“.⁴⁶ Наравно да вредности саме по себи нису противречне, њихова примена их чини протвиречним, и утолико се слажемо да нема „антиномије правде и сигурности in genere“.⁴⁷ Али, вредности до наше стварности и стижу преко примене те је сукоб у примени веома чест инеминован, те зато оне задобијају увек призивок одређених идеологија, и то се до сада никада није избегло.

Тако је Радбрух сматрао да би могли да извршимо неку врсту поделе рада између правде, сврсисходности и правне сигурности, дајући свакој неку улогу. Па би требало да правда процењује да ли је налог који се издаје уопште правни, сврсисходност да ли је његова садржина исправна а да се путем правне сигурности призна важење тог налога. Иако он сматра да у погледу садржине ваља да влада принцип сврсисходности, ми сматрамо да

41 Ibid.72.

42 Ibid.

43 Е. Pusić, *Društvena regulacija*, Zagreb, 1989, 208 и даље.

44 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 73.

45 О томе више у: G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 73.

46 N. Visković, *Pojam prava*, LOGOS, Split, 1981, 142.

47 Ibid.,143.

у погледу садржине мора да важи чист вредносни принцип. Јер, садржина права је увек императивна, те би се ваљало питати каква је садржина заповести.⁴⁸ Те да је заправо наредба „*Rechts fahren*“⁴⁹ синоним за позитивно право и однос државе према слободи избора грађана. Таква поставка права сасвим сигурно и искрено указује на чињеницу да са позитивним правом нема „разговора“ и нема „договора“, те је зато веома важно не утврдити само да ће норма бити заиста примењена, да ће важити, већ и каква је садржина те норме која ће важити. Јер су године правног позитивизма зауставиле испитивање вредности права док ће „*Rechtsphilosophie und rechtspolitik Jahrzehnte hindurch nahezu zum Schweigen gebracht waren*“.⁵⁰ Али то ућуткавање било каквог бављења аксиологијом права није ствар прошлости, будућност није ништа боља и она у односу на вредности нуди само једну алтеративу за коју сматра да је савршена, „*Rechts fahren*“.

Та крутост правног система, као логички непогрешиве целине на чему правни позитивизам инсистира, може да буде ублажен целисходношћу права. Она је такође и техничко средство за отварање права ка животним чињеницама, али такође није изнад основних вредности и мора да им служи, а да истовремено није супротна законитости. У сасвим блиској вези са целисходношћу налази се делотворност или ефикасност права, јер закаснела правда и није правда, сматра правни позитивизам. Делотворност је природни продужетак правне сигурности јер недозвољава да друштвени и правни односи остану нерегулисани. То би опет значило да је битније било како нормирати стварност и регулисати друштвене односе но региулисати их аксиолошки ваљано. Оваква примена права биће увек праћена принудом, а не вредностима.

Закључак

Сви ови вредносни изазови права који се могу сажети у реченици „*Rechts fahren*“ доводе нас до питања да ли право може да истисне вредности? Колико ће бити дуготрајан правни систем који не почива на вредностима, већ почива на санкцијама, као саставном елементу правне норме?

Године правног позитивизма унеле су као посебне и веома често једине вредности правну сигурност и ефикасност права. Те се посебно унутар кривичног права често дешава сукоб правне сигурности са другим вредностима. Тако се лако од питања „*Wer hat dir, Henker, diese Macht über*

48 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 74.

49 Ibid.

50 Ibid., 75.

mich gebebe?“⁵¹ које сви ми можемо да поставимо стиже до идеје до чега у вредносном смислу доводи „поправљање“ кривичног права? Да ли ми „поправљамо“ кривично право или га само усавршавамо, прецизирамо? Ако га у аксиолошком смислу „поправљамо“ онда је тачна Радбрухова мисао да то не доводи до бољег кривичног права већ до права које ће „sowohl klüger wie menschlicher als das Strafrecht wäre“.⁵²

Самим тим је јасно да је пут изграђивања права, пут вредности, јер сви други путеви нису сигурни. Сви аксиолошки изазови који стоје пред правом захтевају да се право најпре отвори пред животним чињеницама и да их „пригрли“ а потом да на њих ваљано одговори.

Заправо, питање једнакости биће у директној вези са односом правде и сигурности. Сигурност на неки начин подразумева у позитивистичком маниру мирење са задатим стањем, па у неку руку и мирење са ропством. Да ли таква поставка може да допринесе остварењу једнакости? Данас је баш то присутно, мирење са задатим стањем формалне једнакости и суштинске неједнакости показује у правом смислу шта значи превласт правне сигурности над осталим вредностима. Зато понављамо не за боље кривично право, већ за неко мудрије и хуманије право но што је кривично право. Таква поставка води до једнакости до закона, до хуманијег односа према човеку. Води до право које се бригом за човека бори против сопствене дехуманизације. Како можемо да размишљамо о реду и миру ако стојимо пред садржинском неједнакошћу. Ми говоримо о миру у друштву, али нас никако не дотиче немир појединца, који чини дрштво. Ми говоримо о реду, реду каквом год, или о реду у сагласју са вредностима. Да ли смо сигурни да су аксиолошки ред и позитивистички ред иста ствар?

Из таковог реда, мира и једнакости постављених и омеђених правним позитивизмом и условљеним правном сигурношћу људско достојанство у својој пунини постаје недостижно. У каквом се односу налази људско достојанство и „Rechts fahren“. Ту нема ни спомена људског достојанства. Тако остаје наредба у циљу остварења правне сигурности и ефикасности права, а не борба за неко мудрије и хуманије право. Тада правна теорија није одговорила на вредносне изазове, већ је и сама постала „слуга“ правног позитивизма. Ваљало би борбу за право, преформулисати у борбу за боље право, како би се избегле „замке“ правног позитивизма.

51 G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 167.

52 Ibid., 166.

Dr Marko Trajković

Associate professor at the University of Niš Faculty of Law

Dr Vojislav Đurđić

Full professor at the University of Niš Faculty of Law

VALUATION AND CHALLENGES OF THE GENERAL AND CRIMINAL LEGAL THEORY

Summary

What are the foundations of law? How long would law and legal system last without values? That corpus of values consists of all moral and typically legal values, which can even contradict each other, so the conflict may exist between challenges of general and criminal legal theory. The values give sense and purpose to all of the law – to all of its elements. They help determine the objectives in the legal order. Those values are not mere collection as a simple group of elements, but represent the unity. They cannot be explained differently, except in relation with other phenomena and their elements. Therefore, we demand the application of basic moral, social and legal values. Values are unavoidable leaning point for those responsible in the society and in the state, where good life for all is attainable only through respect of values. However, the “pathology of the mind” and absence of values cause the suspicion towards the law and, finally, the rebellion against it. Therefore, the moral character does not belong to the state as it is, not the human consciousness may be satisfied only by their interior evidence – it is necessary to accept values and life according to them.

Keywords: *law, values, positive law, legal theory.*

УБРЗАНИ И ХИТАН ПОСТУПАК ПРЕД СУДОМ ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт: Поред редовног или уобичајеног поступка, процесно право Европске уније познаје убрзани и хитан поступак пред Судом правде. Увођење ових врста поступака последица је превеликог оптерећења Суда и озбиљног пролонгирања времена које је потребно да се дође до пресуде. Убрзани поступак уведен је у процесно право ЕУ за одлучивање по директним тужбама, као и код одлучивања о претходном питању. Нешто касније предвиђен је хитан поступак за преиспитивање одлука Општег суда донетих поводом жалби против пресуда Службеничког трибунала. У исто време установљен је хитан поступак за прибављање одлуке о претходном питању у области слободе, безбедности и правде. Лисабонски уговор проширио је могућност за примену хитног поступка претходног одлучивања на све случаје пре националним судовима у којима се лице налази у притвору.

Кључне речи: Европска унија, Суд правде, директне тужбе, претходно питање, преиспитивање, жалбе, редовни поступак, убрзани поступак, хитан поступак.

I Уводне напомене

Поред редовног или уобичајеног поступка, процесно право Европске уније познаје убрзани и хитан поступак пред Судом правде. Увођење ових врста поступака последица је превеликог оптерећења Суда и озбиљног пролонгирања времена које је потребно да се дође до пресуде. Последњих неколико деценија, наиме, постало је очигледно да се пред њим покреће много већи број поступака него што је он у стању да пресуди¹. Тај стални

¹ В.Кнежевић-Предић, Утицај придруживања на развој и функционисање правосудног система Европске уније, Србија у процесу придруживања Европској унији (ур. С.Самарџић), Службени гласник, Београд, 2009, стр.49.

пораст броја предмета негативно је утицао на квалитет вршења правосудне функције јер продужава просечно трајање поступака до те мере да се поставило питање да ли је пред овим Судом могуће остварити право на правично суђење у разумном року, загарантовано Европском конвенцијом о људским правима². То је био главни разлог који је навео државе чланице и институције ЕУ да изменама и допунама процесних правила омогуће брже одвијање и краће трајање поступка пред Судом правде.

Убрзани поступак (*expedited or accelerated procedure, procédure accélérée*) уведен је у процесно право ЕУ најпре за одлучивање по директним тужбама, као и код одлучивања о претходном питању³. У првом случају овај поступак подразумева изостављање реплике и дуплике тужиоца, односно туженог и заказивање усмене расправе одмах по пријему одговора на тужбу. Примена убрзаног поступка код одлучивања о претходном питању, пак, значи краће рокове за подношење писмених примедби, њихово ограничавање на суштинска правна питања, те давање приоритета одређеном предмету у односу на све друге случајеве.

Изменама Статута и Пословника Суда нешто касније предвиђен је хитан поступак (*urgent procedure; procédure d'urgence*) за преиспитивање одлука Општег суда (ранији Првостепени суд) донетих поводом жалби против пресуда Службеничког трибунала. У исто време установљен је хитан поступак за прибављање одлуке о претходном питању у области слободе, безбедности и правде⁴. Лисабонски уговор проширио је могућност за примену хитног поступка претходног одлучивања на све случајеве пред националним судовима у којима се лице налази у притвору⁵.

II Убрзани поступак одлучивања о директним тужбама

Могућност спровођења убрзаног поступка одлучивања о директним тужбама унета је у процесно право ЕУ изменама пословника Суда правде и Првостепеног суда од 2000. године. У важећем праву овај поступак регулисан је петим поглављем Главе V Пословника Суда правде измењеног 2012. године⁶ и чл. 76а Пословника Општег суда од 1991. године, који је до

2 М.Станивуковић, *Појединац пред Судом европских заједница*, Службени гласник, Београд, 2007, стр.134.

3 De la Serre, E.Barbier, Accelerated and expedited procedures before the EC courts: a review of the practice, *Common Market Law Review*, 2006, no 3, pp.523-524.

4 Т.Петрашевић, *Novi hitni prethodni postupak za područje slobode, sigurnosti i pravde*, *Hrvatska javna uprava*, 2010, br.2, str.427-428.

5 Чл.267 Уговора о функционисању Европске уније (даље: УФЕУ).

6 Consolidated version of the Rules of Procedure of the Court of Justice, Official Journal of the European Union (даље: ОЈ) L 265 (29 September 2012); последња измена ОЈ, L 173/2013.

сада више пута мењан⁷. Практична упутства за странке пред Судом правде⁸ из 2014. и Општим судом⁹ из 2012. године садрже, такође, посебне одредбе које се односе на захтев за одлучивање у убрзаном поступку. Наведена процесна правила веома су слична, али постоје неке разлике које се тичу начина покретања убрзаног поступка, обима и садржине поднесака и рокова за њихово подношење.

Тако према Пословнику Суда правде одлуку о спровођењу убрзаног поступка доноси председник на захтев тужиоца или туженог, пошто саслуша супротну страну, општег правобраниоца и судију известиоца. Да би се захтев усвојио потребно је доказати да природа предмета захтева поступање у кратким роковима. Изузетно, председник може по службеној дужности одлучити да примени убрзани поступак након што саслуша странке, судију известиоца и општег правобраниоца¹⁰.

Пословник Општег суда предвиђа да председник може на захтев тужиоца и туженог одлучити да спроведе убрзани поступак када у вези са предметом постоје нарочито хитне околности. Супротна страна о том захтеву даје своје мишљење, као и општи правобранилац, али не и судија известилац. Друга разлика је што према Пословнику Општи суд не може да донесе одлуку о спровођењу убрзаног поступка по службеној дужности без захтева странака¹¹.

Захтев за одлучивање о тужби по убрзаном поступку подноси се у облику посебног поднеска у исто време кад и тужба или одговор на тужбу. У том захтеву морају се навести околности које оправдавају спровођење убрзаног поступка. Подношење овог захтева има за последицу да су главни поднесци странака краћи него што је то случај у редовном поступку. Према раније важећим практичним упутствима за странке пред Судом правде ови поднесци нису смели да, осим у посебним околностима, премаше десет страница¹². Нова упутства, међутим, не ограничавају број страница, већ само уопштено предвиђају да је у убрзаном поступку уобичајена дужина

7 Rules of Procedure of the General Court, OJ L 92 (26 March 2010); последња измена OJ L 173/2013.

8 Practice directions to parties concerning cases brought before the Court, OJ L 31 (31 January 2014).

9 Practice directions to parties before the General Court, OJ L 68 (7 March 2012).

10 Чл.133 Пословника СП.

11 Чл. 76а, став 1 Пословника ОС.

12 Тачка 46 Упутстава; више о томе: G.Isaak, M.Blanquet, *Droit général d'Union européenne*, Sirey, Paris, 2012, p.529.

поднесака скраћена¹³. Практична упутства за странке пред Општим судом, пак, изричито одређују да тужба поводом које је поднет захтев за одлучивање у убрзаном поступку не сме премашити двадесет и пет страница¹⁴.

Друга последица подношења захтева за убрзани поступак тиче се могућег продужења рока за подношење одговора на тужбу пред Општим судом. Наиме, када је овај захтев поднео тужилац рок за одговор туженог износи месец дана у случају да Суд одобри спровођење убрзаног поступка. Уколико Суд одлучи да одбије тај захтев пре или пошто је тужени поднео свој одговор у овом року Пословник предвиђа да се њему за подношење или, по потреби, за допуну одговора на тужбу одређује додатни рок од месец дана¹⁵.

У захтеву за одлучивање у убрзаном поступку прецизно се наводе разлози, аргументи и одређени делови главног поднеска (тужбе или одговора на тужбу) уз назнаку да се они износе само за случај да се о предмету не буде одлучивало по убрзаном поступку. Уз захтев се може поднети скраћена верзија овог поднеска, као и списак прилога које треба узети у обзир у случају ако се одобри примена убрзаног поступка¹⁶.

Уколико се донесе одлука о примени убрзаног поступка долази до прилагођавања писменог дела овог поступка. У том случају тужба и одговор на тужбу могу се допунити репликом тужиоца и дупликом туженог само ако председник Суда процени да су неопходни пошто саслуша судију известиоца и општег правобраниоца. На исти начин се поступа са захтевом умешача за учешће у поступку¹⁷.

Председник Суда у убрзаном поступку заказује усмену расправу одмах по пријему одговора на тужбу или, ако је захтев поднет тек по подношењу одговора на тужбу, одмах по доношењу одлуке о спровођењу убрзаног поступка. Датум одржавања усмене расправе одмах се саопштава странкама. Ова расправа се може одложити само ако је то потребно ради извођења доказа у оквиру припремне истраге или када то захтевају мере управљања поступком.

У убрзаном поступку странке могу допунити своје захтеве и изнети нове доказе у току усмене расправе. Оне, међутим, морају образложити због чега

13 Тачка 17 Упутстава СП.

14 Тачка 69 Упутстава ОС.

15 Чл.76а, став 2 Пословника ОС

16 Чл.76а, став 1 Пословника ОС и тачке 71.74 Упутстава ОС.

17 Чл.134 Пословника СП.

са закашњењем подносе нове доказе, односно стављају доказне предлоге. После завршетка усмене расправе Суд доноси пресуду након што саслуша мишљење општег правобраниоца¹⁸.

У досадашњој пракси Суд правде имао је веома рестриктивни став у погледу могућности коришћења убрзаног поступка по директним тужбама. Тако је у периоду од 2000. до 2013. године само у два случаја донео одлуку о спровођењу овог поступка, а одбио седам захтева за његову примену¹⁹. Насупрот томе, Општи суд је много чешће одлучивао о примени убрзаног поступка, прихватајући скоро трећину поднетих захтева. Тачније, овај Суд је у наведеном периоду одобрио убрзани поступак у 54 предмета, док је у 177 случајева донео одлуку да одбије захтеве за његову примену²⁰.

III Убрзани поступак одлучивања о претходном питању

Као други изузетак од редовне процедуре убрзани поступак прибављања одлуке о претходном питању установљен је, такође, изменом Пословника Суда из 2000. године. У важећем процесном праву ЕУ овај поступак регулисан је чл. 23 Статута²¹ и посебним, другим поглављем у оквиру Главе III Пословника измењеног 2012. године. Поред тога, Суд је 2014. године саставио препоруке за националне судове²² које садрже посебне одредбе о условима примене и спровођењу убрзаног поступка.

Према ранијем Пословнику²³ убрзани поступак могао се применити само уколико то захтева национални суд који поступа у главној ствари и уколико околности на које он указује потврђују да је одговор на постављена питања изузетно хитан. Одлуку да одобри примену убрзаног поступка доносио је председник Суда правде у форми образложеног решења на предлог судије известиоца, а након што о томе саслуша општег правобраниоца. Међутим, Суд није могао да одлучује о примени убрзаног поступка по службеној дужности нити су његову примену могле да траже странке из

18 Чл. 135-136 Пословника СП.

19 Court of Justice of the European Union, Annual report, 2013. Приступљено 23. новембра 2014. са <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001enc.pdf>

20 Court of Justice of the European Union, Annual reports 2000- 2013. Приступљено 23. новембра 2014. са <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001enc.pdf>

21 Consolidated version of the Statute of the Court of Justice of the European Union, OJ L 228 (23 August 2012).

22 Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings, OJ C 30 (1 February 2014).

23 Чл.104а.

главног поступка пред националним судом или овлашћени учесници у претходном поступку.

Нови Пословник²⁴ дозвољава да изузетно и без захтева националног суда председник Суда по службеној дужности, пошто саслуша судију известиоца и општег правобраниоца, донесе одлуку о примени убрзаног поступка. С друге стране, примена овог поступка више није везана за случајеве изузетне хитности. Сагласно новом решењу Суд може одобрити примену овог поступка увек када природа предмета захтева поступање у кратким роковима.

Убрзани поступак обухвата све уобичајене стадијуме одлучивања о претходном питању. Од редовног тока процедуре прибављања одлуке о претходном поступку овај се поступак разликује само по краћем трајању појединих процесних фаза и давању у свакој од тих фаза одређеном предмету апсолутне предности у односу на све остале случајеве. Другим речима, убрзање поступка постиже се скраћивањем рокова у појединим стадијумима редовног поступка, али без њиховог прескакања или изостављања²⁵.

Уколико одобри примену убрзаног поступка, председник Суда одмах заказује датум усмене расправе. Странке у главном поступку пред националним судом и остали овлашћени учесници морају бити обавештени о том датуму у исто време када им је саопштено да је поднет захтев за одлуку о претходном питању. Ови субјекти могу доставити своје поднеске или писмене примедбе у року који одреди председник Суда. Тај рок не може бити краћи од 15 дана, што је значајно мање од двомесечног рока у редовном поступку.

Председник може затражити да поднесци и писмене примедбе овлашћених учесника у поступку буду ограничени само на суштинска правна питања која су постављена у захтеву за одлуку о претходном питању²⁶. На овај начин се не само олакшава превођење потребних докумената на службене језике држава чланица Уније, већ је време потребно за њихово превођење у значајној мери скраћено. Пре усмене расправе поднесци и писмене примедбе се достављају свим учесницима који су овлашћени да их поднесу. У убрзаном поступку општи правобранилац не подноси формално

24 Чл.105, став 1

25 Т.Петрашевић, *Убрзани и хитни поступак пред Европским судом, Претходни поступак у праву Европске уније-сурадња националних судова с Европским судом* (ur. Т.Џапета, I.Goldner Lang, Т.Перишин, S.Rodin), *Narodne novine*, Zagreb, 2011, str.108.

26 Чл.105, став 3

писмено мишљење, већ усмено иступа на расправи. Пошто саслуша општег правобраниоца Суд доноси одлуку о претходном питању²⁷.

Да би се убрзао ток поступка процесна правила предвиђају коришћење савремених техничких средстава у комуникацији између Суда правде, националних судова и других овлашћених учесника у поступку. Сматра се да су процесни акти поднети Суду упућивањем секретаријату путем факса или другим техничким средством комуникације једног примерка потписаног изворника и пратећих доказа и докумената са њиховим пописом. Изворник акта и наведене доказе и документе треба доставити секретаријату без одлагања. Све доставе и саопштења могу се извршити упућивањем примерка документа телефаксом или другим техничким средством комуникације којима располажу Суд и адресат.

У циљу олакшања комуникације са националним судовима и странкама у главном поступку који се води пред њима, суд који је затражио спровођење убрзаног поступка треба да наведе адресу електронске поште, евентуално и број факса, које ће Суд моћи да користи, као и адресе електронске поште и бројеве факса заступника странака у поступку. И сам захтев за примену убрзаног поступка подноси се путем *e-mail-a* или телефакса. Поступак се сматра покренутим када је Суд на овај начин примио примерак тог захтева. Међутим, изворници докумената морају се доставити секретаријату Суда у најкраћем року редовном поштом²⁸.

Будући да убрзани поступак намеће битна ограничења свим овлашћеним учесницима, а посебно државама чланицама које су позване да поднесу своје писане или усмене примедбе у роковима знатно краћим од уобичајених у редовном поступку, његова примена ограничена је само на посебне околности које могу оправдати потребу да се Суд врло брзо изјасни о постављеним питањима. Пословник не прописује када околности, односно природа предмета захтевају поступање у кратким роковима. У препорукама намењеним националним судовима само се каже да велики број лица или правних ситуација потенцијално обухваћених одлуком коју мора донети суд пошто се обратио Суду правде у поступку претходног одлучивања сам по себи не представља ванредну околност која би могла оправдати спровођење убрзаног поступка. Из тога произилази да је ближе одређивање услова за примену убрзаног поступка препуштено дискреционој оцени председника Суда.

У досадашњем раду Суд је доста уско тумачио могућност одлучивања о претходном питању у убрзаном поступку. Имајући у виду да давање

27 Ставови 4 и 5

28 Чл.106

апсолутног приоритета одређеном случају увек има за последицу застој у решавању осталих предмета, Суд је веома ретко прихватио захтеве за примену убрзаног поступка. Тако је у периоду од 2000. до 2009. године његова примена затражена у 48 случајева, а одобрена само у три предмета. Године 2010. Суд је одбио седам захтева за убрзани поступак, а прихватио у четири предмета, што је више од броја који је одобрио у претходних девет година. Међутим, у току наредне три године (2011-2013) примена убрзаног поступка затражена је у 28 предмета, а одобрена у свега три²⁹.

Из овакве судске праксе могле би се издвојити одређене типичне околности на основу којих је Суд одбијао захтеве за убрзани поступак одлучивања о претходном поступку. Међу разлоге који нису представљали довољно оправдање за примену овог поступка Суд је најпре уврстио економске интересе страна у поступку и њихове евентуалне или потенцијалне губитке³⁰. Дужина трајања кривичног поступка, такође, сама по себи није прихваћена као основ за примену овог поступка. Тако је, рецимо, у случају *Kita* Суд оценио да околност што притворено лице очекује доношење одлуке о томе у којој ће земљи издржавати казну не задовољава услов изузетне хитности, будући да таква одлука нема никакав утицај на трајање његовог притвора.

Надаље, број предмета који су у току пред националним судовима, а чије решавање зависи од доношења одлуке о претходном питању, Суд није сматрао одлучујућим за примену убрзаног поступка. Ни већи број странака у поступку пред националним судом на које може утицати исход поступка одлучивања о претходном питању није прихваћен као околност која оправдава његову примену. Исто тако, став је Суда да убрзани поступак не може да буде алтернатива привременој мери коју треба да донесе национални суд³¹. Чак ни питање оцене ваљаности неког правног акта институције Уније не мора нужно да представља разлог који оправдава примену убрзаног поступка³².

29 Annual Report, Court of Justice of the European Union, 2013, p.103. Приступљено 23.11.2014 са <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001enc.pdf>

30 Case C-344/04 *The Quin on the application of International Air Transport Association and European Low Fares Airline Assotiation v Department for Transport* (2006), European Court Reports (даље: ECR) I-403

31 M.Broberg, N.Fenger, *Preliminary References to European Court of Justice*, Oxford University Pres, 2009, p.388.

32 Т.Петрашевић, *Убрзани и битни поступак пред Европским судом, Претходни поступак у праву Европске уније-сурадња националних судова с Европским судом* (ур. Т.Џапета, I.Goldner Lang, Т.Перишин, S.Rodin), Narodne novine, Zagreb, 2011, str.109.

Кад су у питању околности на основу којих су прихваћени захтеви за спровођење убрзаног поступка судска пракса је много скромнија. До сада је Суд одобравао примену убрзаног поступка углавном из разлога заштите јавног здравља, у циљу заштите права на поштовање породичног живота или због предузимања рестриктивних мера за сузбијање тероризма. Овоме треба додати случајеве везане за веома кратке рокове у погледу поступања које су морали да поштују национални судови, а код којих су заинтересована лица била лишена слободе³³.

Статистички подаци показују да су резултати постигнути на плану скраћивања трајања убрзаног поступка претходног одлучивања углавном позитивни. Тако је просечно време потребно за одлуку у убрзаном поступку око четири и по месеца³⁴. Ово свакако представља значајан напредак у односу на дужину трајања редовног поступка претходног одлучивања која износи између шеснаест и седамнаест месеци. Упркос томе, даља скраћивања у убрзаном поступку тешко се могу остварити с обзиром на то да он има исте процесне стадијуме као и редовни поступак. Према оцени самог Суда убрзани поступак има веома ограничен потенцијал јер иако омогућава да се да приоритет одређеним важним предметима, ово убрзање иде на уштрб свих осталих предмета који су у току пред Судом³⁵. Уз то, овакав начин скраћивања поступка није погодан за све предмете који захтевају још брже поступање Суда. То се посебно односи на неке случајеве из домена породичног права, као из области слободе, безбедности и правде које треба хитно решавати.

IV Хитан поступак преиспитивања одлука донетих по жалби

Одлуке које донесе Општи суд по жалби против одлука Службеничког трибунала су коначне. Изузетно, оне могу бити предмет преиспитивања

33 Видети случајеве: C-189/01 *H. Jippes, Afdeling Groningen van de Nederlandse Vereniging Bescherming van Dieren and Afdeling Assen en omstreken van de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Dieren v Minister van Landbouw Natuurbeheer en Visserij* (2001), ECR I-5689; C-127/08 *Blaise Baheten Metock and Others v Minister for Justice, Equality and Law Reform* (2008), ECR I-6241; C-296/10 *Purrucker* (2010); ECR I-11163; C-550/09 *Criminal proceedings against E and F* (2010), ECR I-6213; C-188/10 and C-189/10 *Proceedings against Aziz Melki and Sélim Abdeli* (2010), ECR I-5667.

34 Annual Report, Court of Justice of the European Union, 2013, p.103. Приступљено 23.11.2014 са http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001_enc.pdf

35 Discussion Paper on the treatment of questions referred for preliminary ruling concerning the area of freedom, security and justice, 2006. Приступљено 23.11.2014 са <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st13272.en06.pdf>

од стране Суда правде. Претпоставка за то је постојање озбиљне опасности по јединство и усклађеност права Уније. Предвиђајући ову могућност, оснивачки уговор³⁶ оставља да се Статутом Суда правде ближе дефинишу услови и границе под којима је допуштено преиспитивање одлука Општег суда донетих поводом жалбе. Поред одредаба Статута, који прописује да ће Суд правде у том случају применити хитан поступак,³⁷ процесна правила од значаја за преиспитивање одлука Општег суда садржи Глава VI Пословника измењеног 2012. године.

Право да покрене поступак преиспитивања одлуке Општег суда има само први општи правобранилац. Предлог за преиспитивање мора се поднети у року од месец дана од датума објављивања одлуке Општег суда. Суду правде остављено је да у даљем року од месец дана од дана пријема овог предлога одлучи да ли треба преиспитати одлуку донету поводом жалбе³⁸. Том приликом Суд одлучује у хитном поступку на основу списка које му је доставио Општи суд³⁹. Предлози за преиспитивање и одлуке да се покрене поступак преиспитивања немају суспензивно дејство у односу на одлуку Општег суда⁴⁰.

За спровођење хитног поступка надлежно је једно од судских већа од пет судија које је за ту сврху одређено на период од једне године⁴¹. Одмах по пријему предлога за преиспитивање председник Суда одређује судију известиоца међу судијама који су чланови овог већа. Ово веће одлучује о преиспитивању одлуке Општег суда на предлог судије известиоца. У тој одлуци наводе се само она питања која су предмет преиспитивања. Обавештење о датуму доношења одлуке о преиспитивању и питањима која су предмет преиспитивања објављује се у Службеном листу ЕУ⁴².

Секретар Суда правде одлуку да се преиспита одлука Општег суда доставља странкама у поступку пред тим Судом и другим заинтересованим субјектима. Они су овлашћени да поднесу писмене примедбе о питањима која подлежу преиспитивању у року од месец дана пријема одлуке. Одмах по доношењу одлуке о преиспитивању први општи правобранилац додељује предмет једном од правобранилаца.

36 Члан 256, став 2 или 3 УФЕУ.

37 Члан 62а Статута.

38 Члан 62 Статута.

39 Члан 62а, став 1.

40 Члан 62б, став 1.

41 Члан 191 Пословника СП.

42 Члан 193.

Суд може одлучити да пре доношења коначне одлуке спроведе усмени поступак. Веће за преиспитивање одлучује о меритуму пошто саслуша општег правобраниоца. Ово веће, међутим, може тражити од Суда да предмет додели бројнијем саставу судија⁴³.

Уколико Суд правде утврди да одлука Општег суда донета поводом жалбе утиче на јединство или усклађеност права Уније, предмет се враћа овом Суду. Тада је Општи суд везан одлуком суда о правним питањима. У случају потребе Суд може навести која се дејства одлуке Општег суда имају сматрати коначним за стране у спору. Међутим, Суд правде може сам донети коначну одлуку ако исход поступка очигледно произилази из чињеничног стања на коме се заснива одлука Општег суда. Када се утврди да одлука Општег суда утиче на јединство и усклађеност права Уније, одлука Суда о питању које је подвргнуто поступку преиспитивања замењује одлуку Општег суда⁴⁴.

У јуриспруденцији Суда готово да нема података о случајевима спровођења хитног поступка преиспитивања одлука Општег суда донетих поводом жалби. Томе је допринела не само околност да су до сада предлози за преиспитивање ових одлука подношени изузетно ретко, већ и то што је сам поступак био прилично нетранспарентан. Наиме, мишљење општег правобраниоца није објављивано, а Суд своје одлуке којима одбија те предлоге није образлагао⁴⁵. Први до сада познати предмет у коме је примењен хитан поступак тичао се одлуке о необнављању уговора о раду службеника привремено запосленог у једној од агенција Уније. Преиспитујући одлуку Општег суда донету по жалби против одлуке Службеничког трибунала, Суд правде је по први пут констатовао да због погрешног тумачења неких појмова и непоштовања захтева у погледу правичног поступка постоји озбиљна опасност по јединство и усклађеност права ЕУ⁴⁶. Због тога је предмет враћен Општем суду који га је, затим, проследио Службеничком трибуналу, да би на крају спор био решен мирним путем.

V Хитан поступак одлучивања о претходном питању

Хитан поступак као најзначајније и највеће одступање од редовне процедуре одлучивања о претходном питању установљен је одлуком

43 Члан 195.

44 Члан 626 Статута.

45 G.Isaac, M.Blanquet, *op.cit.*, p.517.

46 C-197/09 RX-II, Réexamen M/EMEA (2009), ECR I-12033.

Савета из 2007. године⁴⁷, а почео је да се примењује од 1. марта 2008. године. Његовом увођењу у процесно право Европске уније претходила је широка дебата о реформи поступка прибављања одлуке о претходним питањима из области слободе, безбедности и правде. Расправу о томе иницирао је Европски савет још на састанку одржаном новембра 2004. године позивајући Комисију да му, пошто обави консултације са Судом, достави предлоге измена које ће омогућити да се ефикасније и брже него што је то случај у убрзаном поступку одговара на питања упућена од националних судова⁴⁸. У склопу дебате о увођењу хитног поступка Суд правде је са своје стране предложио два могућа модела. Полазна тачка у овим предлозима био је постојећи убрзани поступак уз нужне промене које подразумевају скраћивање рокова, изостављање одређених стадијума поступка и ограничавање броја учесника у овом поступку. За оба модела заједнички је и предлог да се образује посебно веће састављено од пет судија које би одлучивало о допуштености и спровођењу хитног поступка⁴⁹.

Према првом моделу хитни поступак био би двостепен. Првостепени поступак је обавезан и трајао би релативно кратко, што се постиже смањивањем фаза и броја актера који су у њих укључени. Другостепени поступак је факултативан и био би инициран само у случају жалбе на првостепену одлуку. Тај поступак наликовао би редовном поступку прибављања одлуке о претходном питању. Захтев националног суда за хитан поступак подносио би се само у случајевима који се тичу заштите слобода појединаца и поштовања основних права уколико би одлагање заштите могло да нанесе озбиљну и непоправљиву штету бенефицијару. Овај би се захтев преводио само на радни језик Суда, а у поступку би могли учествовати само стране из главног поступка, држава чланица чији је суд упутио захтев, Комисија и институција чији је акт у питању. Општи правобранилац не би подносио формално образложено мишљење, већ би иступао на затвореној седници већа. Првостепени поступак би се завршавао образложеном одлуком Суда која се затим преводи на језик случаја и одмах доставља суду који је поднео захтев и странама у главном поступку.

Против одлуке већа допуштена је жалба којом би се покретао другостепени поступак. Сврха жалбе је да се и другим државама чланицама и осталим заинтересованим субјектима омогући да се укључе у поступак и изнесу

47 Council Decision of 20 December 2007 amending the Protocol on the Statute of the Court of Justice, OJ L 24 (29 January 2008, p.44).

48 В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.60.

49 Discussion Paper on the treatment of questions referred for preliminary ruling concerning the area of freedom, security and justice, 2006, p.6.

своја становишта. Право на жалбу заинтересоване стране имале би у року од месец дана од саопштавања одлуке. Исто право имао би први општи правобранилац у року од два месеца. Сам жалбени поступак био би сличан редовном поступку одлучивања о претходном питању, пре свега у погледу режима превођења, броја учесника и временских ограничења. Уколико је коначна одлука по жалби другачија од одлуке донете у првостепеном поступку, тада тумачење из ње замењује оно из првостепене одлуке. То тумачење, међутим, неће утицати на дејство које је одлука о претходном питању већ произвела у главном поступку пред националним судом.

Према другом моделу који је предложио Суд хитан поступак одвијао би се само у једном степену без могућности жалбе. Поступак се покреће захтевом из кога се преводе само питања која су у њему садржана, а не и сва пропратна документација. Заинтересовани субјекти који су овлашћени да узму учешће у поступку добијали би одлуку о спровођењу хитног поступка на службеном језику националног суда који поднео захтев. Сви ови субјекти имали би могућност да поднесу писане поднеске и да учествују у усменој фази поступка. Рокови за достављање поднесака требало би да буду краћи од рокова у убрзаном поступку, а Суд би имао право да одлучи о дужини писаних поднесака. Суду би требало оставити право да изостави писмену фазу поступка и да директно пређе на усмени део поступка. Општи правобранилац, такође, не би подносио формално писмено мишљење, већ би иступао на затвореној седници. Одлука Суда имала би исту форму као и у редовном поступку и производила би дејство од дана када је донета. Преводила би се на све званичне језике и њоме би се окончавао поступак.

Из ових предлога није тешко закључити да први модел обећава драматично скраћивање времена да се прибави одговор на постављено питање. У исто време, јасно је да првостепени поступак не допушта свим заинтересованим субјектима да узму учешће у расправи која претходи одлуци Суда. То им омогућава тек другостепени, жалбени поступак. Други модел, пак, гарантује њихово пуно учешће, што нужно продужава време потребно да се прибави одлука о претходном питању⁵⁰. Суочен са овим предностима и манама понуђених модела Савет је оценио да треба разрадити још нека спорна питања како би се потребна брзина поступка ускладила са процесним правима свих заинтересованих учесника, посебно држава чланица за које је други модел ипак био прихватљивији⁵¹.

50 В.Кнежевић-Предић, *op.cit.*, стр.64

51 A.Lazowski, Towards the reform of the preliminary ruling procedure in JHA area, *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen* (ed. S.Braum, A.Weyembergh), Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, p.22.4

У међувремену Суд је припремио нови јединствени предлог на основу кога је Савет својом одлуком из 2007. године унео нови чл.23а у Статут Суда. Овом одредбом отворена је могућност да се Пословником Суда уведе хитан поступак одлучивања о претходном питању у домену слободе, безбедности и правде. Суду је остављено да одлучи о роковима за достављање поднесака и писмених примедби, као и да изостави писмено мишљење општег правобраниоца. Уз то, отворена је могућност да се ограничи круг субјеката који узимају учешће у писменој фази поступка, па чак да се ова фаза изостави у крајње хитним случајевима. На основу ове одредбе Статута хитан поступак ближе је уређен чл.104б измењеног Пословника Суда из 2008. године. У данас важећем процесном праву ЕУ хитан поступак регулисан је посебним трећим поглављем у оквиру Главе III Пословника измењеног 2012. године. Поред тога, као што је већ наведено, Суд је 2014. године саставио препоруке за националне судове које садрже посебне одредбе о условима примене и спровођењу хитног поступка⁵².

Хитан поступак спроводи се на основу образложеног захтева националног суда који је упути претходно питање. Изузетно, када национални суд пропусти да упути такав захтев, Суд може по службеној дужности одлучити да спроведе хитан поступак ако природа или околности предмета то захтевају. У овом случају председник Суда је овлашћен да предложи примену хитног поступка ако се на први поглед чини да је такав поступак потребан⁵³.

За спровођење хитног поступка надлежно је једно од судских већа од пет судија које је за ту сврху одређено на период од једне године. Одлуку да се о захтеву за претходно питање одлучује у хитном поступку веће доноси на основу предлога судије известиоца и после саслушања општег правобраниоца. Ако је предмет повезан са другим предметом о којем већ тече поступак пред Судом, а који је додељен судији известиоцу који није члан већа одређеног за хитан поступак, ово веће може предложити председнику Суда да предмет додели том судији известиоцу. Када је извршена нова додела предмета, дужност већа одређеног за хитан поступак у том предмету врши веће од пет судија чији је члан судија известилац. Надлежно веће има пуну слободу приликом одлучивања о спровођењу хитног поступка. Уколико донесе одлуку да не примени хитан поступак, поступак о захтеву за претходно питање наставља се по редовној процедури⁵⁴.

52 Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings, OJ C 30 (1 February 2014), pp.5-6.

53 Члан 107, став 1.

54 Члан 108.

Како би се Суду омогућило да што пре одлучи о томе да ли треба спровести хитан поступак, захтев упућен од стране националног суда мора да садржи прецизан опис правног и чињеничног стања на коме се заснива потреба за хитним поступањем. Посебно је корисно да национални суд објасни опасности и ризике који би настали спровођењем редовног поступка. Уколико је могуће, национални суд у свом захтеву назначује у сажетом облику предлог одговора на постављено питање⁵⁵. Таква назнака треба да омогући странкама у главном поступку пред националним судом и другим заинтересованим субјектима који учествују у поступку да заузму своја становишта. У исто време то олакшава Суду доношење одлуке и у крајњем исходу доприноси брзини поступка.

Захтев за спровођење хитног поступка мора бити изложен на недвосмислен начин и у облику који омогућава секретаријату Суда да одмах утврди да тај захтев тражи посебно поступање. У том циљу захтев би требало поднети у одвојеном документу или у пропратном писму уз захтев за одлуку о претходном питању. Захтев за хитан поступак секретар Суда одмах доставља странкама из главног поступка, држави чланици чији је суд упутио захтев, Комисији и институцији која је донела акт чија су ваљаност или тумачење спорни.

У одлуци о примени хитног поступка одређује се рок у коме наведени субјекти могу поднети своје поднеске и писмене примедбе. Тај рок није унапред фиксиран као у редовном поступку (два месеца), већ га одређује само веће водећи рачуна о степену хитности и сложености предмета. Према необавезујућој изјави Савета тај рок не би требао бити краћи од 10 радних дана како би се учесницима у поступку дало довољно времена за припрему⁵⁶.

Одлуком о примени хитног поступка могу се ближе одредити правна питања на која се поднесци или писмене примедбе морају односити, а може се одредити и њихова максимална дужина. Ако се захтев за одлуку о претходном питању односи на управни или судски поступак који се води у држави чланици различитој од оне чији је суд упутио захтев, Суд може ту државу позвати да у писаном облику поднесе сва корисна појашњења или да то учини у току усмене расправе. Захтев за хитан поступак, као и сама одлука о његовом спровођењу, прослеђује се и другим заинтересованим субјектима који нису овлашћени да учествују у писменој фази поступка.

⁵⁵ Члан 107, став 2.

⁵⁶ Т.Петрашевић, *Убрзани и хитни поступак пред Европским судом, Претходни поступак у праву Европске уније-сурадња националних судова с Европским судом* (ур. Т.Џапета, I.Goldner Lang, Т.Перишин, S.Rodin), *Narodne novine*, Zagreb, 2011, str.117.

Ови субјекти морају се што је могуће пре обавестити о предвиђеном датуму одржавања расправе. Том приликом њима се истовремено достављају сви поднесци и писмене примедбе⁵⁷.

Да би се максимално убрзао поступак, комуникација између националних судова и Суда, као и осталих учесника у поступку одвија се електронском поштом или путем телефакса. Поступак се сматра покренутим када Суд прими на овај начин потписани примерак одлуке о упућивању претходног питања са захтевом за спровођење хитног поступка. Међутим, изворници ових аката морају се доставити секретаријату Суда редовном поштом у најкраћем року⁵⁸.

У случајевима изузетне хитности веће може одлучити да изостави писмену фазу поступка⁵⁹. На овај начин поступак се додатно скраћује јер се избегавају губици у погледу времена док се чека на поднеске и писмене примедбе, као и проблеми око њиховог превођења. Уколико се одлучи да не буде писмене фазе, Суд ће морати да одржи проширену усмени расправу која може трајати дуже него што је то уобичајено у редовном поступку. Међутим, до сада веће није ниједном одлучило да у хитном поступку изостави писмену фазу.

После одржане расправе веће одређено за хитан поступак доноси одлуку пошто саслуша мишљење општег правобраниоца. Оно може одлучити да заседа у већу од троје судија које чине председник, судија известилац и први судија одређен на листи већа од пет судија. Веће за хитан поступак, такође, може затражити да Суд уступи предмет већу састављеном од већег броја судија. Тада се хитан поступак наставља пред новим саставом по потреби после поновног отварања усменог дела поступка⁶⁰.

У досадашњој пракси Суд је доста често прихватио захтеве за примену хитног поступка. Тако је у периоду од 2008. до 2013. године његова примена затражена у укупно 36 случајева, а одобрена у тачно 50%, тј. у 18 предмета. Само у току прве године примене Суд је прихватио и одбио по три захтева за хитан поступак, да би наредне године од три поднета захтева одобрио примену хитног поступка у два предмета. У току следеће три године (2010.-2012.) хитан поступак затражен је у 21 предмету, а одобрен у једанаест случајева⁶¹. Међутим, током 2013. године број одбијених захтева је по први

57 Члан 109.

58 Чланови 106 и 114.

59 Члан 111.

60 Члан 112.

61 Annual Report, Court of Justice of the European Union, 2012, p.4

пут био већи од оних које је Суд прихватио, будући да је хитан поступак затражен у пет случајева, а одобрен само у два предмета⁶².

Из овакве судске праксе могли би се издвојити неколико типичних разлога због којих је Суд одбијао захтеве за хитан поступак одлучивања о претходном питању. Међу њима на првом месту налази се околност да конкретан предмет *ratione materiae* или *ratione temporis* не улази у подручје примене хитног поступка⁶³.

Јуриспруденција Суда правде је, пак, прилично устаљена кад су у питању околности на основу којих су прихваћени захтеви за спровођење хитног поступка. Иако није могуће дати прецизну и исцрпну листу случајева у којима се хитан поступак може применити, посебно зато што се правила која уређују област слободе, безбедности и правде још увек мењају и надограђују, препоруке Суда упућене националним судовима⁶⁴ и досадашња пракса садрже доста јасне смернице у том правцу. Пре свега, сматра се да спровођење овог поступка треба одобрити само у околностима када је апсолутно неопходно да се Суд врло брзо изјасни о питањима које је поставио национални суд. До сада је Суд прихватио захтеве за примену хитног поступка у брачним стварима које се тичу надлежности и признања и извршења пресуде, те у споровима који су везани за вршење родитељског права, односно старатељства родитеља⁶⁵. Овоме треба додати случајеве у којима се лице о чијим је правима реч налази у притвору, а одговор на претходно питање је нужан за оцену правног положаја тог лица, као и ситуације када одређивање надлежности суда која произилази на основу права Европске уније зависи од одговора на претходно питање⁶⁶.

62 Annual report, Court of Justice of the European Union, 2013, p.103. Приступљено 23.11.2014 са http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/qdag14001_enc.pdf

63 Видети случајеве: C-375/08 *Luigi Pontini and Others* (2010), ECR I-5767; C-66/08 *Proceeding concerning the execution of European warrant issued against Szymon Kozlowski* (2008), ECR I-6041; C-123/08 PPU *Dominic Wolzenburg* (2009), ECR I-9621

64 Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings, OJ C 30 (1 February 2014), p.5

65 Видети случајеве: C-195/08 PPU *Inga Rinau* (2008), ECR I-5271; C-403/09 PPU *Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia* (2009), ECR I-12193; C-211/10 PPU *Doris Povse v Mauro Alpego* (2010), ECR I-6673; C-400/10 PPU *McB v L.E.* (2010), ECR I-8965; C-491/10 PPU *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v Simone Pelz* (2010), ECR I-14247; C-497/10 PPU *Barbara Mercredi v Richard Chaffe* (2010), ECR I-14309

66 Видети случајеве: C-296/08 PPU *Santesteban Goicoechea* (2008), ECR I-6307; C-388/08 PPU *Leymann and Pustovarov* (2008, ECR I-8993; C-357/09 PPU *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)* (2009), ECR I-11184; C-61/11 PPU *El Dridi Hassen* (2011), ECR I-3015

Први резултати остварени применом хитног поступка одлучивања о претходном поступку доста су охрабрујући. Према статистичким показатељима просечно трајање овог поступка износило је 66 дана или нешто више од два месеца. Притом време потребно за одлуку у хитном поступку ниједном није било дуже од три месеца што је опет краће и ефикасније у поређењу са просечним трајањем убрзаног поступка од четири и по месеца. Значајни успеси постигнути су и на плану изостављања, али и убрзања појединих стадијума хитног поступка. Тако је Суду за одлучивање о поднетим захтевима за примену хитног поступка у просеку било потребно осам дана. Просечно трајање писмене процедуре и време између подношења писмених примедби и отварања усмене расправе износило је око шеснаест дана, док су општи правобраниоци достављали своја мишљења у року нешто дужем од три дана од завршетка расправе⁶⁷.

Проширење могућности за примену хитног поступка на све случајеве пред националним судовима у којима се лице налазе у притвору, предвиђено чл.267, став 4 Лисабонског уговора, вероватно ће допринети даљем убрзању поступка предходног одлучивања пред Судом правде, али уз једно значајно ограничење. Наиме, хитан поступак може се спровести само за случајеве који спадају у област слободе, безбедности и правде. Изван овог подручја, чак и кад се ради о притворским предметима, преостаје као једина могућност примена убрзаног поступка претходног одлучивања, код кога се већа ефикасност и краће трајање процедуре прибављања одлуке о претходном питању може остварити само на штету осталих предмета који су пред Судом.

67 Report on the use of the urgent preliminary ruling procedure by the Court of Justice, Report delivered to the Council in accordance with the statement annexed to its decision of 20 December 2007, Luxembourg, 31 January 2012, pp.2-8.

*Prof. Zoran Radivojević, LL.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš*

ACCELERATED AND URGENT PROCEDURE BEFORE THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Summary

In addition to the regular or ordinary procedure, the procedural law of the European Union recognizes the accelerated and urgent procedure before the EU Court of Justice. The introduction of these types of procedures is a result of the excessive Court workload and substantial case backlog which extends the time for rendering a judicial decision.

The accelerated procedure was initially introduced into the EU procedural law for the purpose of deciding on direct actions and on references for preliminary rulings. In the former case, the procedure involves the omission of the plaintiff's response and the defendant's rejoinders, and scheduling the oral hearing immediately upon receipt of the defendant's response. In the latter case, the use of the accelerated procedure in references for preliminary rulings implies shorter deadlines for filing written objections, restricting their content to fundamental legal issues, and giving priority to a particular case in relation to all other cases.

The urgent procedure was introduced into the EU procedural law later on, primarily for the purpose of reviewing the decisions of the General Court (formerly the Court of First Instance) issued on appeals against judgments of the EU Civil Service Tribunal. The expedited procedure for deciding on references for a preliminary ruling in the area of freedom, security and justice was established at the same time. The Lisbon Treaty has broadened the possibility of applying the urgent preliminary ruling procedure in all cases pending before national courts with regard to a person in custody.

Key words: *European Union, Court of Justice, direct action, preliminary ruling, review, appeal, regular procedure, accelerated procedure, urgent procedure.*

ПРОГРЕС КАО ТЕМЕЉ ТЕОРИЈЕ РЕВОЛУЦИЈЕ РУСКОГ НАРОДЊАШТВА

***Апстракт:** Предмет овог рада су просветитељске рефлексије у руској теорији популизма Лаврова, Михајловског, Кропоткина и Ткачева. Основне категорије којима се истражује теорија прогреса популистичке верзије руског народњаштва су критички мислећа личност, народ, морал, правда, прогрес, револуција, херој-маса, индивидуалност лидерства.*

***Кључне речи:** Личност, народ, морал, правда, прогрес, промена, Лавров, Михајловски, Кропоткин, Ткачев.*

1. Увод

Проблем промена друштвених односа и облика био је један од централних проблема у теоријском заснивању револуције руских народњака. Из општих погледа на садржај и сврху историјског развоја требало је извести и оправдати методе практичне револуционарне делатности као и снаге којима се та делатност проводи.

Постављало се питање: а) да ли револуцију треба стрпљиво припремати пропагандом, развијањем властите организације и проучавањем погодних услова за предузимање одлучних акција? Или, б) револуцију треба непосредно проводити завереничким освајањем државне власти као бастиона реакције, па тек онда помоћу револуционарне државе градити ново друштво? Или, в) то исто радити, само од почетка ићи на покретање народних маса које су инстинктивно приправне на бунт против неправде и патњи. Одговор на ово питање добрим делом зависи од тога како се интерпретира искуство досадашњег историјског развоја.

Теоријом прогреса народњаци су изложили своје идеје о нужности радикалних друштвених промена; о условима, средствима и путевима активног усмеравања друштвеног развоја у жељеном правцу.

Пред њима су се постављала питања одређења самог садржаја појма «прогрес». Шта је друштвени прогрес? Затим, ко су актери прогреса? Каква је сврха прогреса? На основу чега можемо знати да ли се он збива или не? Шта је критеријум прогресивног развоја друштва итд? По свим овим питањима код теоретичара руског народњаштва налазимо разлике, чак и супротне одговоре, што је у извесном смислу производ противречне револуционарне праксе самог покрета и наслеђене идејне и друштвене ситуације, као и плод личних теоријских убеђења која су, са своје стране, ту противречну праксу даље одржавала.

У основи су постојала два решења. Прво полази од фундаменталне улоге и значаја личности у историји, не одлазећи у потпуни историјски и социолошки субјективитизам. Друго полази од вере у изворну и незаменљиву улогу стваралаштва народног генија. Лавров и Михајловски су дали релативно целовито схватање прогреса из угла улоге личности, док је на другој страни и потупније погледе на проблем прогреса изнео Кропоткин.

Бакуњин, Ткачев и остали, мање-више познати идеолози народњаштва своје ставове о проблему прогреса у историји износе у облику критичких опсервација на идеје поменутих аутора.

2. Идеја прогреса по Лаврову

За Лаврова поимање прогреса у историји значи “откривање закона природне смене фаза друштвеног живота како посебних група тако и човечанства у целини” (Казанов, 1969: 30). У том процесу неопходна је примена како објективних метода, тако и њихово уопштавање где доминантну улогу треба да игра примена субјективног метода. Задатак теорије прогреса је да покаже: а) да ли је прогрес у историји неминован или не?, б) услове његовог остваривања; и в) колико се он остварује у реалном историјском току (Казанов, 1969: 30). Лавров налази да теорија прогреса у историји има сличан задатак као теорија еволуције у природи. Она треба све појаве у историји да прикаже у њиховој узастопној генетичкој вези. Али, поред утврђивања развојности закон еволуције установљава да у одређеним случајевима долази до одступања услед деловања неких других непознатих разлога или случајних узрока. Те могућности одступања усложњавају процес развитка и захтевају посебно објашњење.

Аналогно овим збивањима у природи, Лавров види теоријску могућност да посебни народи или државе, услед специфичности свога положаја, могу да мимоиђу фазе “нормалног друштвеног развоја”. Конкретно, мислио је да Русија при одређеним условима, а они по њему и осталим

народњацима постоје, може да мимоиђе стадијум капиталистичког развоја и да из облика феудализма директно пређе у социјалистички друштвени облик. Сви теоријски и практични напори народњачког покрета били су подређени том циљу - спасити Русију од поразног искуства капиталистичке експлоатације у западним земљама. Зато је требало формирати свест људи који ће тражити нове путеве, а пре свега свест младих људи и то полазећи од уверења да је личност као појединац садржај и основна полуга историјског кретања.

Фактор друштвених промена уопште, па и оних које назива прогресивним, Лавров налази у психо-физичким и друштвеним потребама човека. Прве су основне, а друге секундарне или изведене. У прве убраја потребу за храном, одећом, сигурношћу, емоционалном равнотежом, родитељском бригом итд. Друга група потреба настаје под утицајем друштвене средине и појављује се као систем навика, обичаја, веровања итд. Међу њима Лавров нарочито издваја такозвану потребу личности за развојем. Са том потребом човека која је лична, а друштвено изазвана, повезује све историјске промене. Непосредно, та потреба се препознаје као незадовољство појединих људи постојећим друштвеним стањем и свесном тежњом да се оно промени. Лица која су усвојила потребу развоја сачињавају интелигенцију у друштву. Та друштвена група је свесни покретач друштвених промена. Док у друштву не настане та потреба и док се она не искаже као свесна и сврсисходна делатност појединих друштвених група, дотле, према Лаврову, нема ни историје, нема историјског начина егзистенције људи.

Потреба за развојем је пре свега свесна потреба човека и као таква, једном настала, има јаку тенденцију ка осамостаљивању. Тој потреби Лавров приписује снагу одређивања "законитости историјског догађања, наспрот материјалним условима живота". Она "мисаони свет прерађује сходно захтеву истине, а стварни по захтеву правде" (Лавров, 1934:40). Два основна обележја постојања прогреса у друштву су: а) стање солидарности у друштву; и б) стање свести индивидуа. У друштву је прогресивно све што доприноси расту и учвршћивању солидарности друштвених група и што доприноси расту сазнања појединаца као чланова друштва. Та два обележја могу бити и у извесној противречности. Развита сазнања може личности учинити незадовољним традиционалним стањем солидарности и оне предузимају акције ка мењању форми солидарности које су оличене у интерним друштвеним институцијама. Тада наступа епоха прелазног периода или несклада свести индивидуа, њихових потреба за развојем и самог стања друштвеног развоја, све док се не успостави нови склад рушењем старих облика солидарности и градњом нових.

Дакле, прогрес се првенствено испољава као рађање и развијање критичког односа према прошлости и садашњости, према себи и стварности којом је човек окружен. Лица и групе које имају такав однос назива Лавров “критички мислећим личностима”, оне су фермент и катализатор историјског развоја. Са њима друштво ступа у историју, као што су истовремено ван историје оне личности које у себи нису развиле критички однос према стварности. Пасивно мислећи људи су материјални принцип историје, а критички мислећи формативни принцип историје.

Историјски прогрес Лавров дефинише као “развитак личности у физичком, умном и моралном смислу и отеловљењу истине и правде у друштвеним односима” (Лавров, стр. 54). За њега је то сажетак свега онога што се може обухватити појмом друштвеног прогреса. Међутим, да би личност развила наведене елементе у себи и да би се у друштву остварили наведени захтеви, неопходни су извесни услови. За физички развој личности потребно је да постоје у друштву услови који обезбеђују минимум хигијене као и материјалне погодности којима се може предупредити болест, глад и сваки узалудан напор људи. Развој човека у умном погледу је сигуран онда када он изгради критички став о свему и када схвати идентитет борбе за праведност и личне користи. Морални развој је могућ онда кад друштво допушта и захтева изградњу самосталних личних уверења човека о добру и злу. Лавров увиђа одсуство ових услова у досадашњем развоју друштва. “Сви улови прогреса нису остварени ни за једног човека и ни један услов није остварен за већину” (Лавров, стр. 59). Због тога је прогрес у друштву досада имао само непотпун и случајан карактер. Ипак, то не значи да услови за прогресивну делатност појединих личности нису постојали. Они су се напротив, свуда рађали. Али, прогрес је био могућ само за уску мањину и плаћен је изузетно скупо. Да би друштво направило прогресиван корак напред плаћено је милионима живота, океанима крви, неизмерним људским страдањима. Лавров моли да се свако замисли над тим, каквом високом ценом је плаћен развитак сваког образованог човека, да би закључио како је сваки такав човек тиме неотплативо задужен пред друштвом и историјом. Стога сваки частан човек треба да отплати или умањи тај дуг који има према друштву (Казанов, 1969:36).

Истичући идеју о томе да интелигенција треба да врати свој дуг друштву, Лавров у ствари, позива на борбу за прогресивну измену друштвеног стања у Русији.

Критички мислеће личности као главни актери прогреса, покретачи историјског развоја, субјект историје, нису како би се то могло помислити, нека хомогена група људи. Лавров међу њима уочава разлике које су

махом социјално детерминисане. Једни незадовољни стањем у друштву само говоре о прогресу налазећи за себе алиби у томе што је “средина непријатељска према прогресу”, ништа не чине за његово остваривање. Другу категорију чине они многобројни “неприменти хероји човечанства” који одржавају у друштву традицију моралног интегритета човека, негују идеју о бољој будућности итд. али, притиснути материјалном бедом и борбом за парче хлеба, они представљају само могућност прогреса, али не и сам прогрес. Они су резервна армија на коју се креатори прогреса могу ослонити у реализацији свог социјалног програма. Само трећа категорија људи, они који су ослобођени бриге о материјалним условима живота и лично су храбри и одани својим идеалима, могу посветити живот стварању нових моралних вредности. Овом идејом Лавров се приближава у марксизму познатој тези о уношењу свести о револуцији у радничку класу извана, од стране оних слојева владајуће класе који су спознали законе друштвеног развоја и који се зато стављају на страну поробљених, јер - њима припада будућност. Борба критичких личности наилази на снажан отпор реакционарних снага, али то њих не сме да учини малодушним. Истина је на њиховој страни. Само истрајном и пожртвованом борбом у интересу виших циљева прогреса они ће на крају победити.

За Лаврова је битно уверење да се прогрес остварује пре свега кроз људе као појединце и као прогрес појединаца. Нема прогреса уопште. “Целокупан друштвени прогрес неизбежно зависи од делатности појединаца, личности... само они могу дати цивилизацији чврстину и спасити је од застоја... пут борбе за ново против старог, за растуће против одумирућег неизбежно води ка уједињавању у партије под заставама разних идеја и ка њиховом сукобу у име тих идеја” (Казанов, стр. 144). Критеријум прогреса по Лаврову је “највиша срећа човечанства”. Она ће се остварити одговорним радом сваке генерације људи. “Свако покољење је одговорно пред потомством за створено и пре свега за оно што је оно могло створити, а није створило” (Галактинов, 1966: 37). На овај начин се Лавровљево промишљање прогреса у историји исказује као промишљање из перспективе будућности. Свест о томе да смо карика у ланцу времена обавезује нас да мислимо о онима који долазе.

3. Прогрес по формули Михајловског

Положај личности у друштву, тип друштвених веза и узајамног деловања људи у процесу креирања историје за Михајловског је од одлучујућег значаја за разумевање прогреса. Појам прогреса он резервише само за одређен тип кооперативних веза у друштву.

До идеје о томе каква треба да буде кооперација у друштву да би могла да се изједначи са појмом прогреса, Михајловски долази критичком анализом Спенсерове органске теорије друштва. Спенсерову теорију критикује полазећи од мисли талентованог биолога Ножи-Бухарцева о повезаности друштвеног положаја, личности и поделе рада међу људима. Ножин је утврдио да између поделе рада и целовитости људске личности постоји диспропорција. Што је више развијена подела рада, то је личност мање хармонична, и што су веће разлике између једнострано развијених личности, то је мања солидарност између друштвених група.

Природно, критикујући Спенсера, Михајловски делом прихвата и нека његова уверења и начин мишљења о истим проблемима. Полази од тога да постоје два типа кооперације: а) органска или физиолошка и б) друштвена кооперација. Првом се означава подела рада између различитих органа живог организма, а другом подела рада између људи у друштву. Поделу рада не схвата у техничко-економском смислу, већ с обзиром на сталешко-класну припадност људи у друштву.

Подела рада у друштву може бити проста и сложена. Проста карактерише бескласни тип друштва, а сложена класни тип друштва. У простој кооперацији сви људи врше једнако вредне друштвене функције и они су једнаки као људска бића, без обзира на различитост конкретних послова. У овој кооперацији долази до хомогенизације и развијања солидарности у друштву. Сложена кооперација постоји у друштву у коме је дошло до развијене друштвене поделе рада и према томе да разлике између људи с обзиром на место и улогу коју врше у друштвеном животу. У тој кооперацији друштвене групе се формирају по сличности друштвеног положаја људи који их чине. На тај начин се развија антагонизам у друштвеној структури, а пре свега антагонизам између рада и капитала. Дотле се Михајловски слаже са Спенсером. Међутим, он одбацује Спенсеров закључак који је проистекао из емпиријског увида и који је аналошком методом пренет на друштвене односе.

Спенсер утврђује да је организам сложенији и да се прогресивно развија утолико уколико се између његових органа ствара сложенија и богатија подела рада. Он прогрес тумачи као прелаз од хомогеног ка хетерогеном, од простог ка сложеном, као успон од нижих облика ка вишим. У том смислу је оно што је хомогено, просто, ниже истовремено и општије, бесдржајније. Прогрес је диференцирање једног. Ову одредбу преузима и Маркс кад каже да је смисао развоја у диференцирању посебног из општег.

Дакле, и друштво доживљава фазе прогресивног развитка онда када се између његових делова - људи пре свега - развија сложена подела рада.

Михајловски овај закључак сматра “увредљивим за људско достојанство” (Михајлловски, 1869:138). јер друштвени прогрес не може бити процес који човека ставља у положај доживотног вршења једном му додељене друштвене функције. Спенсеров прогрес може бити у најбољем случају прогрес једног “термитњака” или “кошнице”, али никако и људског друштва.¹ (Михајлловски, стр. 139). Друштво прогресирано само онда када обезбеђује развој појединаца до граница које су дате у самом појединцу. Прогрес је за њега остварење “целовитости индивидуе као личности” (Михајлловски, стр. 138). Степен остварења целовитости индивидуа је основни критеријум прогреса.

Михајловски не оспорава да се путем сложене кооперације, слично организму, друштво развија. Међутим, он тај развој друштва у коме личност пропада сведена на ограничен број једноставних функција које је затупљују не сматра друштвеним прогресом. Стога покушава да формулише целовити појам прогреса са становишта личности као критеријума. У тој дефиницији обухваћен је и прогрес у органском свету. Он пише: “Прогрес је постепено приближавање целовитости недељиве - што је могуће пуније и свестраније поделе рада између органа и што је могуће мање поделе рада између људи. Неморално, неправедно, штетно, неразумно је све што успорава то кретање. Морално, праведно, разумно и корисно је само то што умањује разнородност друштва, појачавајући самим тим разноврсност његових појединих делова” (Михајлловски, стр. 150). Овом дефиницијом Михајловски зналачки, мада непотребно, повезује једном категоријом два доиста различита типа појава.

Он је, заинтересован да испита могућност постојања таквих друштвених односа у којима противречност између личности и друштва неће постојати. Види два могућа излаза из датог стања ствари: а) или ће подела рада до краја разбити људски род на два нова социјално-биолошка типа; б) или ће се догодити нова “велика револуција”, која ће изменити “поредак поделе рада, поретком прости кооперације”. Друга алтернатива, којој се он нада, би омогућила “разноврсност и богатство личности” на основи “хомогености друштвеног система” (Галактинов, 139). Простом кооперацијом се избегава друштвена стратификација, уз одржавање и развијање техничко-технолошке и економске поделе рада преко које треба да се најпотпуније изрази разноликост талента, интересовања, укуса, жеља итд. човековог бића.

Излажући идеју о простој кооперацији као облику у коме може доћи до развоја прогреса у људском друштву, уз одржавање достојанства човека,

¹ Исто, стр.139.

Михајловски се значајно приближава Марксовом поимању укидања друштвене поделе рада у комунизму, који исто тако неће значити укидање техничке поделе рада. Просту кооперацију друштвеног рада и борбу за њено остварење Михајловски назива социјализмом. Према томе, борба за прогрес је револуционарна борба за укидање феудализма и успостављање социјализма.

4. Кропоткинова концепција прогреса

Као човек који је познавао више научних дисциплина и важио за блиставо име руске природне науке, Кропоткин идеје о друштвеном прогресу даје генерализовањем сазнања до којих је дошао као биолог и географ. За њега нема оштрих граница између закона живота у органском свету и закона живота у човековом свету. Он одлучно одбацује идеју о борби за опстанак која је радо експлоатисана у сврху оправдања буржоаског поретка и на њено место поставља теорију о универзалности “узајамне помоћи”, као основи напретка врста и сходно томе - прогреса човечанства. До ове идеје је дошао дуготрајним проучавањем понашања животињских врста.

Инстинкт “узајамне помоћи” се развија током еволуције врста, а у човековом друштву задобија се пуна свест о његовом значају.

Сви облици природних или друштвених веза у које човек добровољно улази очекујући подршку, јер пружа помоћ, за Кропоткина представљају ступњеве прогреса и усавршавање принципа “узајамне помоћи” као његове суштине. Најпознатији облици “узајамне помоћи” у историји су: породица, род, племе, сеоска општина, задруга, занатска удружења, средњевековни град, раднички савези итд.

Држава као облик друштвене везе људи не припада облику прогресивног друштвеног развоја. Узајамна помоћ представља слободну добровољност - држава претпоставља присилу и ропство ауторитету.

Уместо државе Кропоткин поставља “анархију” као највиши облик најширег окупљања људи у циљу узајамне помоћи, подршке и заједничког живљења. Кропоткинова “анархија” је у крајњој консеквенци исто што и Марксов “комунизам”. Битна разлика између њих је у одговору на питање како из постојећих односа који најчешће нису односи “узајамне помоћи” - стићи до “анархије - комунизма”.

Насупрот Лаврову и Михајловском, за њега доминантну улогу у прогресивном развоју друштва игра “безимена маса”. Појединци у најбољем случају “дају форму и санкцију” институцијама које је народ спонтаношћу свога генија, или пре - својих потреба - створио. Ипак он не апсолутизује

улогу маса. Однос “маса - појединац” има значајно место у његовом разумевању историје.

5. Идеје Ткачева и Бакуњина о прогресу

Схватање Ткачева и Бакуњина више су грађена на критици развијене теорије прогреса Лаврова и Михајловског него на систематском излагању сопствених концепција прогреса.

Ткачев покушава да разоткрије материјалне основе саме представе о прогресу. Сматра да су Лавров и Михајловски прибегли непотребној идеализацији фактора сазнања у развоју друштва као одлучујућег фактора за тај развој. Пребацује им што нису умели да покажу колико је стварно духовни развој “био самосталан и колико је човеков ум деловао по законима сопствене логике”, независно од појава које немају ничег заједничког са логиком у непосредном смислу речи (Малинин, 1972:205).

Ткачев примећује да по њима, без “критичке интелигенције” не би било ни “великих идеја”, а са овима ни “друштвеног прогреса”. Уистину, ствари стоје нешто другачије. Неопходно је, пре свега, истражити сам развој идеја, њихову условљеност интересима класа из којих потичу слојеви интелигенције, као и могући утицај народа на смер развоја саме интелигенције. Стога је за њега појам прогреса одређен независно од економских услова друштва “метафизички производ теолошког погледа на свет” (Кропоткин, 1920:44).

За Ткачева је прогрес друштва развој у правцу пуне једнакости људи, а она не може бити последица промене у свести људи, већ у њиховој стварној друштвеној позицији. Истински социјални прогрес је немогућ без повећања продуктивности рада и без развоја. У народу је видео творачки и демократски принцип за све што је вредно створено у друштву. Истакнути појединци “вође” су се пре користили народним стваралштвом у властите сврхе помоћу државе и законодавства, него што су доносили народу благостање. Током читаве историје налазе се у сталном сукобу присталице “анархистичког” и присталице “државотворног” принципа.

Кропоткин јасно види да прогрес у друштву не тече линеарно. Иако се не служи дијалектиком, он долази до сазнања о неравномерном развоју појединих друштава. Разни народи у разном време пролазе поједине фазе развитка. Између појединих фаза постоје прелазне везе, напетости, борбе и застоји. То што се догађа са целим друштвима, не мимоилази ни поједине сфере једнога друштва. Сви делови друштва не развијају се подједнаким ритмом. Штавише неки могу привремено да назадују или да стагнирају

док се други делови убрзано развијају. Идејна сфера и материјална сфера се често налазе у развојном нескладу итд.

И поред тога што ставља акценат на значај делатности маса у развоју друштва, он дели мисао Лаврова и Михајловског да се прогрес суштински изражава као прогрес морала. Критеријум прогреса треба потражити одговарајући на питање “које друштвене форме боље осигуравају у датом друштву и према томе у човечанству уопште, највећу количину среће и стога највећу количину виталности”. (Кропоткин, 206). Дакле, схваћена као складно и стваралачко испољавање човековог бића, људска срећа, и за њега је критеријум прогреса. Међутим, та срећа непосредно не зависи од критичких и целовитих личности, већ од снаге маса и техничког усавршавања производње.

Јасно је да Ткачев прогрес разуме као економски раст који ствара реалне услове за социјалну једнакост. Међутим, остаје и даље чињеница да је прогрес целовит развој свих аспеката друштвености, што указује на једностраност обе позиције.

Сличне примедбе упућује и Бакуњин, везујући појам прогреса за спонтану активност народа. Прогрес је према њему, последица друштвеног живота и искуства читавог народа, а пре свега искуства у организацији и развоју рада. Циљ прогреса је достизање идеалног друштвеног стања које се схвата као - “социјалистичка анархија”. “Све што у историји одговара том циљу - са људске тачке гледишта, а друге за нас не може бити - добро је; све што јој противречи - глупо је и лоше” (Кропоткин, 209). Социјалне револуције су најважније форме прогреса. У њима народне масе задобијају уверење да оне могу ослободити себе сопственим снагама. Први услов који треба обезбедити у социјалној револуцији је рушење цркве и државе, које су по њему главни непријатељи човекове слободе и прогреса.

6. Снаге и путеви прогреса

Одређивањем садржаја и критеријума прогреса у историји идеолози народњаштва су практично одредили и субјективне снаге прогресивног развоја друштва. Личност схваћена као “целовита индивидуалност” или као “критички мислећи субјект” представља за Михајловског и Лаврова кључну полугу историјског развоја. За Кропоткина, Ткачева и Бакуњина народ је та основна снага историје. Ткачев више указује на значај условљености акције за промену друштвених односа од економских услова живота народа, док Бакуњин и Кропоткин сматрају да народ у спонтаном испољавању своје животне снаге није озбиљније ограничен економским моментом, мада признају његову улогу. За све је заједничко

уверење да је пут друштвеног прогреса, бар што се тиче Русије, обележен рушењем постојећих односа. Генерално, они нису ни против постепених еволутивних промена у којима виде најчешће изнођене реформе, које под притиском народа врши државна власт.

Идеји руске сељачке социјалистичке револуције сви су посветили свој ум и најбоље године живота. Међутим, озбиљно су се разликовали, чак сукобљавали, око револуционарне тактике, у разумевању начина и поступка припремања и извођења револуције. Добрим делом те разлике и сукоби су настали због различитог схватања субјективних снага историје и путева историјског прогреса уопште.

7. Личност као снага друштвеног прогреса

Сматрајући да је личност основни предмет социологије и критеријум прогресивног развоја друштва, Лавров и Михајловски на личност гледају као на суштинску покретачку снагу историјског развоја друштва. До разумевања личности као субјективне снаге прогреса Лавров долази еkleктички интерпретирајући младохегеловску “Критичку критику”, Фојербахову антропологију, Контову идеју друштвене солидарности и Марксову материјалистичку теорију историје. По њему, “теорија личности је основа за схватање друштвених појава”, односно, друштва у целини (Кропоткин, 128).

Овај приступ несумњиво заслужује пуно уважавање. Међутим, како се може поставити више реалтивно кохерентних теорија личности, настаје проблем утврђивања оне која најпотпуније изражава бит човековог бића.

И Маркс је изграђујући концепт комунистичке заједнице полазио од филозофских одређења суштине човековог бића.

Солидна теорија друштва захтева и солидну теорију личности. Лавровљева теорија је ипак више натуралистичка и индивидуално-психолошка, а мање социолошка, што је довело до пренаглашавања стварних моћи и улоге личности у друштву. Дакле, он није поштовао све релевантне параметре за одређивање појма личности. Ако допустимо да друштва одредимо као производ узајамног деловања личности, не смео заборавити да оно, као нови квалитет, не остаје у односу пасивног одраза према деловању личности. Неопходно је показати како та квалитативно нова стварност функционише, која је природа везе између личности и друштва.

Маркс је досада најдубље изразио дијалектику појединачног и општег на овом плану, кад је у разумевање човека увео моменат узајамног креирања

човека и друштва. Он је показао да се историја одвија као егзистирање јединства ове противречности у времену.

Лавров је свестан да је изучавање личности “ван друштвеног оквира” пука фантазија, али не успева да то покаже. Он губи друштво као средину у којој се развија човек, објашњавајући га као једностран производ деловања човека, тако рећи од момента од кад овај постаје свесно биће. Слично Марксу и Лавров тврди да историју стварају људи, обавезно заинтересовани, али руковођени својим идеалима. У идеалима су концентрисане тежње ка најпотпунијем задовољавању материјалних и духовних потреба људи.

Маркс такође полази од става да историју стварају људи који иду за својим сврхама. Али, Маркс различитост људских сврха разуме као објективан друштвени процес; он се не пита толико за субјективни садржај тих сврха колико истражује реалне последице људске делатности и начине саме делатности. Маркс ставља акценат на деловање и резултате деловања људи у историји; Лавров, на мотиве и могуће значење тих мотива за истраживача.

Идеали имају субјективан карактер, док проучавање идеала такође пролази кроз призму субјективности научника. На тај начин историја, а са њом и социологија, постаје субјективна метанаука, са становишта идеала научника промишљени скуп идеала појединаца.

Разуме се да је то скуп идеала оних појединаца који су у свом времену имали значајан утицај у друштву. Тежећи да оствари свој идеал, личност, за Лаврова, постаје креатор историје.

Њему није само стало до проучавања идеала у историји, већ он жели да утврди како треба личност да се понаша, које облике и начине деловања да примени како би реализовала свој идеал, тј. постала истински субјект прогреса.

Сада се показује да за Лаврова идеал личности не може бити сасвим произвољно изабран. Личност градећи свој идеал, треба да настоји да њиме изрази или зађе у садржај идеала других људи. Значи, њен идеал мора да кореспондира потребама времена. У сфери практичног, Лавров схвата значај јединства појединачног и општег, у сфери разумевања праксе, он запада у субјективизам. “Јасно схваћени интереси личности траже да она стреми ка остварењу општих интереса, друштвени циљеви могу бити постигнути искључиво у појединцима. Стога истинска друштвена теорија не захтева потчињавање друштвеног елемента личном, нити гушење личности од стране друштва, него уједињавање друштвених и појединачних интереса. Личност треба у себи да развије осећај за друштвене интересе који су у суштини и њени интереси” (Лавров, 1934: 98).

На овај начин Лавров иступа као теоретичар активизма у историји. Човек не сме да се мири са датим стањем ствари, не сме да спадне на ниво опортунизма или реформизма, не сме да буде апологета постојећег, јер тада наноси штету друштву, постаје паразит уместо произвођач. Осуђивао је либералне реформе у Русији као “јавну лаж и игру императорске власти”, а либералну партију као ону која ће “вечно љубити руке целата Русије и никада се неће решити на било какву одлучујућу, ризичну борбу” (Казаков, 1969: 38).

Да би се остварили интереси руског народа, да би Русија пошла путем прогреса неопходно је да пође путем револуције. Задатак науке је да покаже “неизбежност социјалне револуције... социјална револуција је научно решење научног задатка”. (Казаков, 1969: 38). У Русији, где мањина угњетава већину, социјална револуција неизбежно мора бити насилна. Револуција се без крви не догађа. “Смешно је помислити да ће у случају социјалне револуције, владајуће класе, власници капитала и друштвеног апарата све дати без противљења” (Казаков, 1969: 38). Личност постаје субјект друштвеног прогреса онда када је њен развој тесно повезан са променама у друштву. Услов за то је критички став према стварности. “Ко критички мисли не задовољава се посматрањем постојећег као добра, него тежи ка пределима где добро престаје и почиње зло као антитеза прогресу или као плиткост и рутина” (Казаков, 1969: 38). Без критике се не може развијати ни личност ни друштво; она је принцип свих принципа. “Пред сваком личношћу која је свесна нужности развоја стоји тешко питање: хоћеш ли бити један од оних који је спреман на сваку жртву и патњу, само да би постао свестан актер прогреса? Или ћеш остати на страни пасивног посматрања страшне количине зла која се збива око« тебе” (Казаков, 1969: 288-298).

Лавров оштро прекорава оне који умеју и могу да помогну прогресивном развоју друштва, а то не желе, док на оне који нису способни апелује да се уздржавају од чињења погрешних корака. “Ако личност зна шта да се ради, а не ради, она је најгори непријатељ прогреса. Ко није способен да чини добро тај нека не чини зло, чија је маса и без њега велика” (Галактинов, стр. 38).

Треба напоменути да је Лавров прилично еволуирао у схватању улоге личности у историји, од идеје о искључивој вредности “критички мислећих појединца”, ка идеји о њиховој условљености социјално-економским начином производње живота и ка значају уједињавања њихових снага у мање или веће колективе у циљу успешнијег деловања.

Осамдесетих година, тачније 1881. године Лавров допуњује своја “Историјска писма” из седамдесетих година писмом XVI под називом “Теорија и пракса прогреса”. У њему указује на то како би прерадио “Историјска писма” из перспективе осамдесетих година. Он, пре свега, замењује апстрактно одређење прогреса као “развитка личности у физичком, умном и моралном смислу” конкретнијим везивањем појма “прогрес” за развој солидарности у друштву. “Прогрес је раст друштвеног сазнања, уколико оно води јачању и ширењу друштвене солидарности” (Лавров, 274). У разумевање прогреса и деловање личности у историји, сада изричито укључује такозвани “економски фактор”. “Без јасног схватања економских процеса производње, расподеле и размене богатства, историчар никада не може постати историчар народних маса које су изнад свега потчињене условима економске нужде” (Лавров, 274). Личност сада постаје више одређена припадношћу и усаглашеним деловањем са “колективним организмом”, него као усамљени иницијални критичар неправди у друштву. Личност изолована од масе не може бити творац историје.

Међутим, тиме се не запоставља потреба за „критичким мишљењем”. Она добија нови квалитет синергичним деловањем са другима у оквиру организованих друштвених група - кружока, партија итд.. На место ранијих опште хуманистичких захтева за истином и правдом, Лавров сада истиче захтев за кореним преображајем економског и политичког система, а социјалистички идеал не види као творевину хуманистичке критике, него као нужан резултат класне борбе и закона развитка друштва. Тиме теорија прогреса прераста у теорију остваривања социјалистичке револуције.

Михајловски своје виђење личности као субјекта историје, даје теоријом “борбе за индивидуалност” и схватањем односа “хероја и маса” у историји. Теорију “борбе за индивидуалност” изграђује као антитезу еволуционистичкој апсолутизацији тезе о борби за опстанак унутар врсте као једином узроку преображаја врсте.

Борбу у друштву Михајловски објашњава одсуством општих и заједничких циљева за све људе. Стога је такво стање схватио као друштвену патологију, која ће се отклонити тек изградњом јединствених циљева и вредности за све људе. Друштвени прогрес се баш збива као процес остваривања таквих вредности кроз антагонизам личност - друштво.

Теорији “борбе за индивидуалност” Михајловски приписује универзални карактер. Он мисли да је њоме дао објашњење закона развоја како у живој природи, тако и у људском друштву. Термин “индивидуалност” он употребљава у веома широком смислу. “Објективни свет, или прецизније, тај широки његов предео који мене занима - живот, представља бесконачно сложен систем индивидуалности које се налазе у најразноврснијим

односима међу собом. Свако једно јесте истовремено и много, свака целина састоји се из делова и према томе могуће је разликовати неколико степена индивидуалности, тј. степена издвојености, самосталности и концентрације енергије“ (Михајловски, 482). За њега је индивидуалност свако цело које се појављује као самостална јединица, независно од тога да ли се ради о појавама органске природе или о друштвеним групама које су се формирале током историје. У друштву су то: човек, породица, род, племе, народ, класа, сталеж, нација, држава, разни друштвени савези итд. У погледу формалног устројства индивидуалности могу бити посматране у вертикалном и хоризонталном низу. Вертикални низ чине: породица, род, племе, нација, држава; док хоризонтални низ чини једна индивидуалност посматрана кроз више облика било синхроно, било дијахроно. Владајућа класа кроз историју има исте или сличне интересе као и владајућа класа разних земаља данас. Владајућа класа као посебна индивидуалност води борбу за своје интересе против индивидуалности које се налазе испод или изнад ње у вертикалном низу. Тако се по њему, класна борба појављује само као посебан случај борбе за индивидуалност кроз историју.

Појам прогреса се не сме одвојити од човекове личности, јер њена делатност и чини специфичност историјског збивања. Сви историјски облици индивидуалности садрже личност као свој последњи и недељиви основ. Зато је борба на релацији личност- друштво у којој личност долази до своје целовитости мера развоја прогреса у друштву. На примедбу да и друштво има право да потчини личност у циљу сопственог усавршавања, јер оно представља индивидуалност сложнијег типа, Михајловски одговара да он то признаје, али да је њему стало до савршенства личности, а не друштва. “Мени није стало до савршенства друштва, ја сам хоћу да се усавршавам. Нека оно тежи да победи мене, ја ћу тежити да победим њега. Чија ће претегнути видећемо” (Михајловски, 424).

На овако апстрактан начин он је указивао младом покољењу на потребу борбе против руског самодржавља. Иако не прихвата дијалектику као метод мишљења, исправно тумачи општи дијалектички принцип о законитом збивању свих појава у свету. Из чињенице да историјом владају закони развоја не следи да се тим законима треба клањати као светињама, претварати их у идоле, чекати да они сами по себи донесу друштву напредак. Треба истаћи парољу: “креирај историју, крећи је у правцу свога идеала, јер баш у томе се и састоји повиновање законима историје” ((Михајловски, 69). Познавање закона историје треба да нам помогне у исправном ангажовању на мењању историје, а не да нас пасивизује и учини немим посматрачима тока догађаја.

Он заузима револуционарну позицију, инсистира на потреби изградње целовитог социјалног пројекта новог друштва, "идеала" за који се треба борити. "Човек не може признати фатализам збивања, гвоздену нужност процеса у којима његова воља игра улогу једног од момената... одлучујућа је неотклоњива свест о слободи избора, слободи која, наравно, као и све људско није безусловна, већ само релативна, ...одлучујуће је неотклоњиво сазнање да се човек до извесног степена може супротставити притиску околине", (Михајловски, 60-61).

Михајловски је одбацио механички детерминизам и антихуманизам социјалдарвинизма који је појединцу препоручивао да се "адаптира на услове средине, да то чини и на рачун оних који се тешко адаптирају, да гуши неадаптиране зато што из тога тобоже произилази већа срећа за друштво као целину" (Михајловски, 292). Сагласно свим хуманистичким идејама, посебно марксистичким иако није био марксиста, он позива на "прилагођавање себи услова средине, јер у селекцији корисних адаптација" - пише Михајловски - "састоји се твоја смрт и смрт твога друштва" (Михајловски, 492). Примењена на друштво природна селекција води атрофији, стагнацији и пропадању читавог друштва, а тиме и појединца као његове основе. Борбу за срећу појединаца он схвата као борбу за срећу личности у заједници, а не у усамљености. Срећа за човека може бити само солидаран напор свих за остварење општељудских идеала. Али, оцењивати појединце и групе који у свом програму борбе имају записане пароле "опште среће", "једнакости" и "равноправности", треба према њиховом садржају рада, а не према прокламацијама. Ставови Михајловског о човеку као циљу по себи, о аутономности, креативности и свестраности човековог бића у многоме подсећају на Марксове исказе о човеку у "Раним радовима".

У својој земљи он није видео услове за свестрани развој човека те је зато инсистирао на праву човека да се бори против државе и друштва који су само номинално његови, а стварно ирипадају његовим изабљивачима. Руско друштво, као и сва савремена друштва према човеку се понаша као организам према својим органима. "Радник само ради, ратар само обрађује земљу, мислилац само мисли, слично као што желудац само вари храну, мозак обавља више духовне послове, мишићи испуњавају само функцију кретања итд" (Галактинов, 143).

Он одбацује развој Русије у правцу у коме иде Запад, а који се изражава као тотално потчињавање човека друштву. Признаје да је по степену развоја Запад испред, али верује да је по типу развоја Русија у предности. Руски сељак се може развити у личност полазећи од просте кооперативне производње у својој општини и развијајући је до најширих друштвених

размера. Та могућност је на Западу заобиђена буржоаском револуцијом и тек је може успоставити нова радничка револуција. У њој ће радници преузети средства производње у своје власништво, као што ће у сељачкој руској социјалистичкој револуцији то учинити сељаци полазећи од аграрне производње у општини. Веровао је да у Русији не постоји радништво као посебна класа и да је оно мало радника само привремено одвојено од земље. Радничко питање је за Русију реакционарно. Русија се мора борити против продора капитализма у њено ткиво. То не значи да је радничко питање на Западу реакционарно. Оно је тамо револуционарно и води истом циљу као и сељачко питање у Русији.

На теорију борбе за индивидуалност надовезује се и занимљиво разматрање Михајловског о односу “хероја и маса” у историји, тј. о улози истакнутих личности у историјском развоју друштва.

Улога “вођа” у историји изводи се из општег учења о улози личности у историји. Будући да се индивидуалност човека састоји у задовољавању потребе и “идеала” као што су: корист, срећа, правда, лепота итд., “вође” постају они људи који отворено позивају и покрећу масе на остварење ових вредности како их они схватају. Да би неко постао “вођа” он мора у себи концентрисати и јавно изразити она својства и тежње која су битна за средину којој припада.

Однос “хероја” и “маса” Михајловски објашњава теоријом имитације и то десет година пре Габријела Тарда, који се сматра њеним оснивачем. “Вође” чине видљивим оно што “маса” “жели да искаже а боји се. У вођи се обједињују очекивања, чежње, бојазни маса. Кад он јавно демонстрира прикривене и наталожене потребе, онда његов поступак имитацијом добија друштвено признање, а он постаје спонтани представник маса. Ту је извор и магијског, харизматичког деловања “вође”. Он производи снажне утиске на масу, хипнотише је и егзалтира слободом којом износи њена уверења, тако да маса лако постаје некритичка према “вођи”, спремна да послушно извршава његове планове. Стога се догађа да маса иде за вођом како у “добр”, тако и у “злу”. *Щипанов, 1983: 105).

Овом теоријом Михајловски умањује критичку и стваралачку енергију маса. Она је била подлога револуционарног волунтаризма осамдесетих година, који је полазио од уверења да се одлучном акцијом “хероја” може мењати карактер економских и политичких односа у Русији.

Мада није уродила плодом, ова теорија и на њој заснована пракса је ушла у фонд руског револуционарног искуства. Била је етапа у тражењу путева и могућности прогресивне измене руске друштвене стварности.

8. Народ као снага прогреса

Ткачев заступа идеју да само народ може бити истинска прогресивна снага у историји. Он допушта да и критика и сазнање могу играти извесну улогу у томе, али само када су праћени страстима изазваним суштинским интересима народа. И то, пре свега, оним интересима који ничу и развијају се на бази економских односа. Одвојени од тих страсти, критика и знања, ван датих економских услова, остају апстрактне формуле “неспособне да покрену најмањи камен у историјски сазданој култури друштва” (Шипанов, 1983:105).

Промена економских интереса људи најдубљи је узрок прогресивном развоју друштва. Знања која кореспондирају тим променама имају изгледа да се остваре у друштву, да постану делатна знања која доприносе прогресу.

У Марксовом открићу значаја материјалних продукционих односа за друштвени развој он види моћну полугу разумевања историје. Све теорије које не уважавају ово откриће одбацивао је као једностране или идеалистичке. “Схватање света и карактер делатности увек је одређен условима економског живота људи. Наравно, примењен на појединце овај став допушта многе изузетке, али примењен на цео сталеж или класу он је безусловно истинит” (Ткачев, 276). Поглед на свет је условљен социјалним положајем људи, а не некаквом посебном природом човека или слободом избора. Парафразирајући Маркса он истиче да се “све појаве, политичког, моралног и духовног света у крајњој инстанци могу свести на појаве економских односа и економске стурктуре. Идеја у области друштвених и моралних наука увек представља отелотворен теоријски рефлекс, неког економског интереса; пре него што се она појавила тај интерес је већ постојао; он је идеални израз тог материјалног процеса; постојање интереса од “стања по себи” у “стање за себе” (Шипанов, 1983:108).

Дакле, снаге друштвеног прогреса не треба тражити у субјективним идеалима личности, у некој борби за индивидуалност насупрот друштву, које настоји да је претвори у пуки орган свог механизма, већ их треба видети у интересима народа који се историјски формирају адекватно начину на који производе свој материјални живот. Сами “идеали” и “целовитост личности” као теоријски производ људске главе условљени су баш стањем односа у сфери производње. Чак и кад допушта могућност да лични напори људи повезани истим циљевима могу да отворе неочекиване правце развоја, он истиче да су и такве акције основане на неким реалним интересима који се не могу на први поглед препознати. “Премда личности и лична предузимљивост играју важну улогу у свим историјским метаморфозама које се називају историјским прогресом, премда лична акција може порушити то што су саздали векови и пробити

нови пут за даљи развој човечанства, ипак се она мора опирати на реалне друштвене процесе и снаге, она мора да налази подршку и оправдање у датим условима економског живота народа". (Ткачев, 259). На овај начин Ткачев и политичке завере подводи под економски закон друштвеног живота. Наиме, као чињенице друштвеног живота и оне морају имати реалну подлогу у интересима неких друштвених слојева. Штавише, сматра да су за руске прилике револуционарне завере мањине једини сигурни пут прогреса. Освајањем политичке власти револуционарна мањина на најбољи начин предупредује развој Русије у правцу капитализма и омогућује да народ предвођен револуционарном влашћу изгради прогресивне социјалистичке економске односе.

Економски детерминизам у теорији нимало Ткачеву није сметао да у пракси проводи политички волунтаризам. То значи да апсолутизација било ког фактора развоја увек може да се интерпретира на начин који ће оправдати било коју друштвену праксу.

Бакуњин и Кропоткин полазећи од свог анархистичког уверења о нужности уништења државе у револуцији, сматрају да је народ покретачка снага прогреса, а бунт народа, који је увек приправан на борбу против експлоататора, једини је пут социјалног прогреса.

Мисао о народу као снази прогреса Бакуњин темељи на ставу да је човек инстинктивно спреман да се бунује против свега онога што ограничава слободу његовог деловања и мишљења. Кропоткин изражава слично уверење, али га заснива на већ поменутом сазнању о "узајамној помоћи" и солидарности која постоји у свакој врсти и захваљујући којој се одржава и развија. Социјалним бунтом народ укида државу и ствара услове за развој равноправности, моралности, једнакости и слободе свих појединаца поштујући максиму да се не чини другоме оно што се не жели себи. Силе прогреса у народу настају спонтано, политичка организација не сме да посредује у томе, јер се онда враћамо старим односима вођених и вођа и рестаурацији неједнакости.

Оваква некритичка вера у јединство интереса народа који је генерално неиријатељски расположен према држави, говори о њиховом потцењивању сложене економске структуре друштва која рађа поделу интереса у том "народном ткиву", те га само у главама анархиста на илузоран начин чини јединственим. Слабост анархистичке концепције о снагама друштвеног прогреса и путевима његовог остварења је баш у томе што су на народ гледали као на недељиву целину подвлашћених маса, којима због тога није потребна чврста политичка организација за борбу против снажне и организоване државе као експонента експлоататора.

Основни проблем који анархисти нису умели да реше је; како повезати у складну целину, деловање организације као колектива и слободу човека у њој као појединца?. Проповедајући индивидуалну слободу као врховну вредност, одбацивали су свако посредовање политичких форми за њено освајање, чиме су се фактички одрекли могућности остварења слободе.

Литература

Галактинов, А.А. Никандров, П.Ф. *Идеологи русског народничества*, Изд. Ленинградског универ. 1966.

Казаков, А.П. *Теорија прогреса в русской социологии XIX века*, Изд. Ленинградског универ. 1969.

Кропоткин, П.А. *Савременна наука и анархија*. Москва, 1920.

Лавров, П. Л. *Философија и социологија*, МысльТом, Москва 1934. 2.

Ткачев, П. Н. Избор. соч. Том, том 2-4, Мысль, Москва, 1932/1976..

Михаиловскии, Н. К. Полное собрание сочинений. Изд. Русское богатство, 1896. Том, 1, 1869.

Малинин, В.А. *Философија револуционного народничества*, изд. Наука, Москва, 1972.

Шипанов, И. И. *Философија и социологија русског народничества*, изд. Московског универ. 1983.

Dragan Corbic, LL.D.

Fulltime Professor at Faculty of Law, University of Niš

PROGRESS AS A FOUNDATION OF RUSSIAN REVOLUTION POPULISM THEORY

Summary

The paper focuses on Educator reflections in the Russian populism theory of Lavrov, Mikhailovsky, Kropotkin and Tkachev. The basic categories which explores theories of progress populist versions of Russian populism are critically-minded person, people, morality, justice, progress, revolution, hero-weight, leadership individuality.

Keywords: *Personality, nrod, morality, justice, progress, change, Lavrov, Mikhailovsky, Kropotkin, Tkachev.*

МОДЕЛИ ПРАВНЕ РЕГУЛАЦИЈЕ „ЋУТАЊА“ УПРАВЕ

***Апстракт:** Правни институт „ћутања“ управе је део једног ширег феномена који се зове нечињење или пропуштање (омисија) рада управе. Ћутање управе може бити под различитим правним режимом. Генерално можемо идентификовати три модела правне регулације „ћутања“ управе. Критеријум је правно дејство које различити правни (законски) прописи дају акту „ћутања“. Тако можемо разликовати следеће моделе: (1) „ћутање“ управе се схвата као да је захтев странке одбијен (негативан управни акт), (2) „ћутање“ управе се схвата као да је управа решила у корист странке (позитиван управни акт) и (3) „ћутање“ управе ствара правни основ за преузимање надлежности за обављање одређене управне делатности. Сматрамо да тренутно треба развијати систем заштите странака код модела „ћутања“ управе, које претпоставља одбијање захтева странке. Овај модел треба оставити као примарни модел (правило). Систем позитивне фикције треба примењивати као секундарни и допунски модел, односно изузетно у посебним управним материјама (поступцима) када то одговара претежним и доминатним интересима у решавању посебних управних ствари, односно када то одговара „природи“ дате управне материје.*

***Кључне речи:** одговорност за нечињење, „ћутање управе“, негативно и позитивно ћутање, злоупотреба управе.*

Увод

Правни институт „ћутања“ управе је део једног ширег феномена који се зове нечињење или пропуштање (омисија) рада управе. До 19. века није постојала одговорност за нерад управе јер се сматрало да у случају нечињења, односно када се ништа фактички не догађа, тада се ништа није ни правно догодило. Дакле, када постоји фактички „ништа“, тада постоји и правно „ништа“ (теорија нуле). То заправо одговара бирокатском ставу „што мање радим мање и грешим“. Међутим, крајем 19. и почетком 20. века

уводи се одговорност не само за рад (чињење) управе, него и за нерад (нечињење). То значи, да фактички „ништа“ има правне последице, односно није више и правно „ништа“. У том контексту увођења одговорности за нечињење, институт „ћутања“ управе има своје специфично место само у једном сегменту рада управе а то је управни поступак. Њега нема ни у инспекцијском, нити било ком судском поступку.

„Ћутање“ управе има своју процесну функцију која се састоји у томе да се омогућава даље вођење поступка уколико управа не донесе и не достави решење у законском процесном року за његово доношење. Тако се омогућава даље вођење поступка јер се отвара даљи процесни пут. Дакле, фактичко ништа се правно квалификује необоривом законском претпоставком да је управа радила и законском фикцијом, да је резултат тог рада одбијање захтева странке. Ово важи у случају постојања негативног концепта, који је иначе доминантан. Међутим, то није и једин правни режим којим се квалификује „ћутање“ управе.

„Ћутање“ управе може бити под различитим правним режимом. Генерално можемо идентификовати три модела правне регулације „ћутања“ управе. Критеријум је правно дејство које различити правни (законски) прописи дају акту „ћутања“. Тако можемо разликовати следеће моделе: (1) „ћутање“ управе се схвата као да је захтев странке одбијен (негативан управни акт), (2) „ћутање“ управе се схвата као да је управа решила у корист странке (позитиван управни акт) и (3) „ћутање“ управе ствара правни основ за преузимање надлежности за обављање одређене управне делатности.¹

Сва три модела имају своје позитивне и негативне стране, односно компаративне предности и мане. Ови модели један другог не искључују, нити су подељени према правним системима. Они по правилу могу да комплементарно егзистирају у оквиру истог правног система. У том случају један модел је основни и доминантан, какав је по правилу у већини правних система модел „ћутања“ управе као негативан акт, а остали су допунски (претпоставка фаворабилног управног акта).²

Ови модели су заступљени у посебним управним материјама и отклањају негативне стране, које могу бити на штету саме странке, доприносећи тако ефикасности управног поступка у крајњој линији. Међутим, ниједан од поменутих модела нису потпуно правилно решење, већ само најприкладније у одговарајућој управној материји. Тако, модел „ћутања“ управе,

1 Стеван Лилић, *Управно право, Управно процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, стр. 378.

2 Предраг Димитријевић, *Одговорност управе за нечињење*, са посебним освртом на „ћутање“ управе, Источно Сарајево, 2005, стр. 60.

где закон претпоставља позитиван управни акт, односно решење у корист странке, спречава се могућност настанка штетних последица за странку због учињених пропуста од стране управе. С друге стране, поставља се питање, шта ако се захтев странке заснива на нереалним или незаконитим тражењима, а „ћутањем“ управе странка стиче неко право! Да ли овакав модел ствара услове за олако или злонамерно стварање незаконитих правних ситуација, које могу бити штетне по државу и друштво. Ствара се погодан амбијент за нарушавање начела (вредности) правне сигурности, једнакости и праведности. Таква позитивно-правна решења могу бити погодан амбијент за злоупотребе и корупцију.

1. „Ћутање“ управе као негативан управни акт

Традиционално, „ћутање“ управе правно се претпоставља као одбијање захтева странке. Овај концепт је настао у француском управном праву. У француском управном систему, крајем XIX века покушало се одговорити на питање које се наметнуло због потребе претходног постојања решења управе за покретање управног спора (*privilege du préalable, decision préalable*) у случајевима када органи управе такво претходно решење не доносе („ћуте“). Тако је 1864. год., странкама омогућено покретање спора пред Државним савјетом због „ћутања“ надлежног министра, као другостепеног органа који одлучује по жалби. Уколико министар у року од четири месеца не би донео решење по жалби, странка је могла тужбом због прекорачења власти (*recours pour excès de pouvoir*) покренути управни спор као да је њена жалба одбијена.³

Класичан модел „ћутање“ управе као негативан управни акт представља доминантни модел у већини правних система. Он одражава традиционално државно бирократски став да треба чекати, да су држава и управа увјек у праву, па се та фиктивна непогрешивост уздиже на необориве законске претпоставке. Она у себи крије страх од исхитрених управних одлука и опрезност да се грађанима не да нешто неосновано, односно да им се брзоплето не призна какво субјективно (материјално) право које им можда по закону не припада.⁴

Законодавац полази од правне фикције да је орган одлучио о захтеву (жалби) странке и донио управни акт, уз „необориву“ претпоставку да је тим управним актом захтев, односно жалба странке одбијена. Непоступање по захтеву (жалби) има правно дејство негативне управне одлуке.

3 Марко Шикић, *Шутња управе у хрватском праву*, магистарски рад, Загреб, 2006, стр. 11.

4 П. Димитријевић, *Исто*, стр. 60.

Пропуштање управе законом утврђених рокова покрива се фиктивним постојањем одбијајућег решења.

Негативност управног акта фингира се искључиво с циљем заштите странака којима је у том случају правна заштита омогућена изјављивањем жалбе хијерархијски вишим органима, односно подношењем тужбе надлежном суду, али с циљем заштите јавног интереса, јер такви акти не могу произвести штетне последице у стварности.⁵

На овај модел правне регулације „ћутања“ управе постоје бројни приговори. Процесни положај странке по протеклу рока за решавање по захтеву је слабији у односу на њен положај у тренутку подношења захтева или чак његовог стварног одбијања решењем, јер је странка услед „ћутања“ изгубила време и евентуално претрпела штету. С друге стране, управа је у бољој позицији, није радила ништа, није губила време и енергију на решавање захтева (жалбе), па није имала ни материјалних трошкова.

Због тога, овај модел полази од бирократског става (духа) да је захтев странке неоснован, да странки не припада право које тражи на основу закона све док му то право управа не призна („подари“), те да уживање субјективних права странака зависи од милости управе. Ова концепција ставља грађане у подређени положај у односу на управу.⁶ Њега најбоље у књижевности одсликава Кафка у свом делу „Процес“.

Најоштрије критике упућене моделу негативне презумпције и фикције тврде да се тим системом игнорише противправност органа, односно његово „ћутање“ јер тај модел заправо легализује незаконито поступање управе. „Ћутање“ управе је изузтно тежак облик противправног понашања и не сме се маскирати необоривим препоставкама и фикцијама о неком одбијању странке јер се на тај начин нерад управе заправо „награђује“, јер се странка доводи у још неповољнију ситуацију.⁷

Презумпција негативног управног акта била је револуционарна конструкција онда када је уведена у позитивно право крајем 19. века јер је странкама отворала процесни пут онда када је управна бирократија игнорисала њихове захтеве. Негативна функција је створена са циљем заштите странака од неактивности и спорости управе. Овај модел није створен да се заштити управа од нерада, већ да се странци омогући да правним средствима (жалбом и тужбом) изађе из временског оквира у

5 Сања Голијанин, *Правна заштита грађана у случају „ћутања управе“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2010, стр. 68

6 П. Димитријевић, *Исто*, стр. 66

7 М. Шикић, *Исто*, стр. 13.

којем се налази због пропуштања органа управе да у одређеном року донесе и достави решење. Очигледно је да пропуштањем управе, странка је изгубила време и можда претрпела штету, али то није довољно да се због тога странка треба наградити опет законском („оборивом“) презупцијом фаворабилног акта.⁸

Дужност органа управе је да у сваком покренутом управном поступку донесу управни акт. Оваква пасивност штети како странци у поступку, тако и хијерархијски вишим органима па и Управном суду, јер првостепена управа свој терет пребацује на њих. Међутим, ипак се може оставити могућност да у ситуацијама када не желе да решавају конкретну управну ствар (у првом или другом степену) јер сматрају да ће донети негативан управни акт, органи управе једноставно „ћуте“ и препуштају другостепеним органима или Управном суду да даље воде поступак.

2. „Ћутање“ управе као позитиван управни акт

Позитивно право познаје и другачији приступ проблему „ћутања“ управе. Реч је о моделу који фактичку ситуацију пропуштања („ћутања“) управе решава на другачији начин. Наиме, управно законодавство у појединим управним материјама уводи законску предпоставку да протеком рока у којем је управа била дужна да реши по захтеву странке (поводом жалбе ређе, готово никад!) а она у законском преклузивном року није решила управну ствар и донела решење, има се сматрати (предпоставити) да је захтев странке усвојен и да странка од тог тренутка, односно од тренутка истека рока у којем је орган био дужан донети решење (месец дана, односно два месеца од подношења захтева) може користити, односно уживати право које је тражила захтевом. То даље значи да се претпоставља да је то право и по закону припада. Уводи се претпоставка фаворабилног акта, захтев странке је усвојен ако управа ћути па се тиме сматра да странка и стварно стиче права по закону. Међутим, ова претпоставка није необорива! Одговорност и све евентуалне штетне последице које из таквог пасивног држања управе произиђу падају на терет управе, односно државе јер није благовремено вршила своју управну функцију. Управа ниједну своју функцију не може остварити нечињењем, пропуштањем јер она није створена да буде пасивна и да посматра, већ да покреће и води друштвене (економске, културне и др.) процесе ка опште или већински прихваћеним политичким циљевима и у јавном интересу.⁹

8 М. Шикић, *Примјена правних фикција у институту заштите грађана од шутње управе*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 2008, стр. 161.

9 П. Димитријевић, *Исто*, стр. 68.

„Ћутањем“ управе сматра се да је захтев странке удовољен и да је управа позитивно решила. Поједини позитивно-правни прописи нерешавање захтева у законском року изричито регулишу као њено усвајање странке (нпр. изборни поступак, патентни поступак или поступак оцене концентрације, оснивање политичких организација и сл.). Ово је савремени модел који енергизира рад управе и чини је ефикасном службом у корист грађана. Управа се настоји дисциплиновати и самим тим учинити одговорнијом.

Међутим, постоје схватања да управни акт у случају „ћутања“ управе, у коме важи законска предпоставка да је решење донето у корист странке „правно не постоји“ у смислу Закона о управним споровима. Наиме, странка не може у случају оваквог „ћутања“ водити управни спор због недоношења решења иако „ћутање“ управе постоји. Због тога што закон за пропуштање управе везује другачију правну предпоставку, да је захтеву странке удовољен.¹⁰ Међутим, питамо се зашто је потребно и водити спор јер је странка по закону добила оно што је тражила од управе!

Овај модел „ћутања“ се критикује јер уколико би се увео у управни систем као основни, нарушио би објективну правну сигурност, јер би се протеклом законских рокова за решавање и неосновани захтеви странака били одобрени. Истовремено, тиме се нарушава и начело једнакости странка у управном поступку, јер су могуће различите судбине истих захтева у случају „ћутања“ управе.¹¹ Овај модел ствара услове за избегавање службеничке, кривичне или друге одговорности, па погодује злоупотребима и корупцији. Он би заправо требао поспешити одговорност и дисциплину управних службеника. Најзад, ако би овај модел био уведен и као допунски (у изузетним случајевима), могло би се сматрати и као политички потез зарад остварења личних интереса, што је противно јавном интересу.

Применом позитивне фикције покушава се допринети економичности и ефективности управног поступка. Странка је растеређена и ослобођена даљег вођења управних „акција“ (жалбе и евентуално тужбе). Истовремено, растеређује се и другог степени орган, као и Управни суд. Терет одговорности за пропуштање и евентуално стварање незаконите правне ситуације пада (остаје) на оном ко је стварно пропустио доношење решења, односно одлуке (одговора) на тражење странке. Са друге стране, овај модел покушава да обезбеди принцип (административне) правде јер се стварањем по странку позитивних аката „кажњава“ нерад управе (службеника), а „награђује“ странка! Овај модел психолошки делује јер код грађана ствара

10 С. Лилић, *Управно право, Управно процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, стр. 380.

11 С. Голијанин, *Правна заштита грађана у случају „ћутања управе“*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2010, стр. 69.

свест да ће бити поштеђени дуготрајних и исцрпљујућих поступака.¹² Дисциплина органа, ефикасност, праведност и психолошко деловање према грађанима су циљеви овог модела „ћутања“ управе.

Међутим, позитивна фикција нарушава објективну правну сигурност. Наиме, „ћутањем“ органа и службеника управе могу се сматрати усвојеним и они захтеви грађана који су потпуно неосновани или у супротности са позитивним правом. Врло је могуће да део тих незаконитих аката може бити извршен, што доводи до нарушавања јавног интереса. На овај начин се економичност и ефикасност претварају у незаконитост најгоре врсте.

Нарушава се и права сигурност странке јер имамо право али тај фаворабилан акт немамо у „стварности“, па се странци у битној мери отежава остваривање њених права као и легитимисање према трећим лицима.¹³ Позитивна фикција доприноси праведности и растерећењу странке од дуготрајности поступка али странка је и даље у неизвесности. Претпостављено стечено право и признато правно стање може бити штетно по начело законитости и јавног интереса јер у случају извршења таквог фиктивног акта, које право се може доказивати издатим „потврдама“ од стране органа који је „ћутао“, интервенција првостепеног органа надлежног за извршење може створити далекосежне штетне последице. Њихова претпоставка и правна несигурност могу трајати у недоглед. Због тога се мора активирати систем правне заштите законитости и јавног интереса путем адекватних правних лекова, како би се заштитио јавни поредак.

Заправо, у таквим случајевима треба инсталирати и користити ефикасне механизме правне заштите законитости, нпр. враћање захтева за заштиту законитости у ЗУП, као нарочитог правног средства за поништавање, мењање и укидање незаконитих решења. Питање је колико то кошта и да ли имамо могућности да то накнадно ефикасно раде надлежни органи (јавна тужилаштва).

Систем позитивне фикције треба примењивати као секундарни и допунски модел, односно изузетно у посебним управним материјама (поступцима) када то одговара претежним и доминатним интересима у решавању тих посебних управних ствари, када то одговара „природи“ дате управне материје, нпр. у случајевима добијања дозвола за инвестирање, држављанства, обављање делатности, за градњу, одржавања јавних манифестација, оцени

12 М. Шикић, *Примјена правних фикција у институту заштите грађана од шутње управе*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 2008, стр. 157.

13 М. Шикић, *Примјена правних фикција у институту заштите грађана од шутње управе*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 2008, стр. 158.

концентрације,¹⁴ и сл. Такав систем заштите квалитетан је основ који је потребно доследно примењивати и развијати.¹⁵

3. „Ћутање“ управе разлог за преузимање или преношење надлежности

Модел „преузимања надлежности“ је за разлику од претходна два модела активног и контролног типа, а не пасивног типа. Он не садржи примарно идеју превенције и заштите странке, мада у неким случајевима има и тога, нарочито ако се везује за ЗУП, већ овај модел има шири домаћај и има контролни и казни карактер. Он се јавља примарно као санкција за орган управе (државне или недржавне) који је пропустио одређену правну (законску или подзаконску) обавезу чињења (доношења одређеног појединачног или општег акта) или предузимања одређене управне радње.

Овај модел „ћутања“ управе није стриктно везан за управни поступак (ЗУП). Додуше са проширењем предмета ЗУП-а он би се могао појавити не само у поступку доношења управних аката већ и приликом закључења управних уговора али се то мора изричито законом прописати. Овај модел „ћутања“ јавља се у управно-правним односима државне (министарства) и локалне самоуправе, у односима управног суда и управе у управном спору или поводом њега и у другим случајевима предвиђеним законом. Овај модел даје и могућност покретања поступка одговорности службеника за нечињење, пред надлежним органима као правну могућност (дисциплинска одговорност).

Тако, орган управе има обавезу да донесе решење одмах, а најкасније у законом прописаним роковима (месец дана или два месеца). Уколико он пропусти законске рокове, долази до преноса (привременом или трајног) надлежности на непосредно виши управни орган или који други државни орган (суд или извршни одбор, односно владу). Према томе, „ћутање“ управе сматра се разлогом преношења (деволурања) надлежности за одлучивање на неки други начин, који може бити неспоредно виши управни орган.¹⁶

14 Члан 18, *Закон о конкуренцији*, („Службени гласник БиХ“, бр. 30/01, 48/05, 76/07 и 80/09), *Закон о заштити конкуренције*, („Службени гласник РС“, бр. 79/05, 51/09).

15 Ђорђевић Блажић, *Управно-судски поступци Црне Горе*, Факултет за државне и европске студије, Подгорица, 2010, стр. 29

16 П. Димитријевић, *Одговорност управе за нечињење*, са посебним освртом на „ћутање“ управе, Источно Сарајево, 2005, стр. 62.

Тако, *Законом о локалној самоуправи* (ЗолС)¹⁷ прописано је (члан 85.) да се Скупштина јединице локалне самоуправе може распустили ако: (1) скупштина не заседа дуже од три месеца или (2) ако не изабере председника општине и општинско веће у року од месец дана од дана конституисања скупштине јединице локалне самоуправе или од дана њиховог разрешења, односно подношења оставке или ако (3) не донесе статут или буџет у року утврђеном законом. Дакле, у свим овим законским разлозима реч је о нечињењу или пропуштању надлежних органа јединица локалних самоуправа, извршавања важних законских обавеза (нерад скупштине уопште или не доношење изборних конститутивних политичких одлука или кључних нормативних аката) у дужем трајању. У оваквим законским ситуацијама Влада доноси одлуку о распуштању (члан 86.), на предлог министарства надлежног за послове локалне самоуправе. Међутим, вршење свих текућих и неодложних послова прелази са надлежних органа јединица локалних самоуправа, који су неактивни, на привремени орган али до конституисања скупштине и избора извршних органа локалне самоуправе, послове из надлежности скупштине и извршних органа јединице локалне самоуправе, обавља привремени орган јединице локалне самоуправе (председник и четири члана), кога образује Влада.

Другим речима, ако се у локалној самоуправи не спроведу избори за одборнике или ако се после спроведених избора не конституише скупштина у складу са законом (ЗолС) у року од два месеца од објављивања резултата избора, Влада именује *привремени орган*, који обавља текуће и неодложне послове из надлежности скупштине и извршних органа локалне самоуправе (члан 87.).

Други пример, налазимо у *Закону о државној управи* (ЗодУ),¹⁸ који прописује да Влада и органи државне управе задржавају и после поверавања послова државне управе одговорност за њихово извршавање у односу на имаоце јавних овлашћења (члан 51.). Орган државне управе који врши надзор (надзорни орган државне управе) над радом ималаца јавних овлашћења у вршењу поверених послова државне управе има у оквиру посебних овлашћења и овлашћење за преузимање повереног посла (члан 56.). Наиме, надзорни орган државне управе дужан је да непосредно изврши поверени посао ако би неизвршење посла могло да изазове штетне последице по живот или здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности. Ако ималац јавних овлашћења и поред вишеструких упозорења не почне да врши поверени посао или не почне да га врши правилно

17 *Закон о локалној самоуправи* („Службени гласник РС“, бр. 129/07).

18 *Закон о државној управи* («Службени гласник РС», бр. 79/2005, 101/2007 и 95/2010).

или благовремено, надзорни орган преузима извршење посла, најдуже на 120 дана.

Дакле, овде се нечињене управе јавља као основ за преузимање поверених послова који се не врше, при чему се као битан услов за преузимање, јављају штетне последице већих размера, односно да невршење поверених послова изазива штетне последице по живот и здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности. Законодавац не одређује врсту послова који се не врше сем што је реч о повереним пословима. Надзорни орган има право преузимања што претпоставља хијерархиски надређени однос надзорног органа.

4. „Ћутање“ управе као повреда управне дужности чињења

Управа нема овлашћења да бира између чињења и нечињења, иако то фактички може и ради! Понаша се као да дискреционо може то да ради. У том случају управа злоупотребљава законске циљеве, сврху управно-правних овлашћења, да ради ефикасно, економично, да штити интересе странке, па и јавне интересе. Ниједан се легитимски законски циљ не може остварити „ћутањем“. Нечињењем управа повређује државне дужности чињења, јер гледајући законске циљеве које треба постићи, дискрециона управна овлашћења, у себи не садрже „ћутање“, нема овлашћења да се „ћути“.

Управа нема овлашћења да ћути, већ има правну обавезу да ради. Управа је дужна да грађанима омогући остваривање њихових права и обавеза, да им даје потребне податке, обавештења, пружа правну помоћ, сарађује са грађанима, поштује људску личност и чува углед органа. Органи државне управе су дужни да разматрају представке, петиције и предлоге, које им грађани приносе и да поступају по њима и обавештавају грађане.¹⁹ Принципи добре управе, који значе одговорност, компетентност, транспарентност, изложеност контроли и утицају јавности, теже да грађанима пруже већу сигурност у односима са управом, односно њеним службеницима.²⁰

Према томе, орган својим „ћутањем“ и својом неактивношћу, нерадом такође и прекорачује границе својих дискреционих овлашћења. Излази из широког круга корпуса права које има, односно које јој закон дозвољава,

19 Управа треба да буде сервис грађана, да обавља управне послове у складу са правилима о добром и уредном вршењу службе, а неблаговремено поступање и спорост, непредузимање мера, пристрастност, различите неправде према грађанима, односно све оно што се подразумева под „лошом управом“, мора да буде спречено. П. Димитријевић, *Исто*, стр. 252-260.

20 Александра Рабреновић, *Начела «квалитетне управе» у праву ЕУ*, Јавна управа, Београд, бр. 1/2002.

те својим ћутањем врши повреду управне дужности, јер излази из круга слободне оцене.

5. „Ћутање“ управе као злоупотреба управне власти

Злоупотреба постоји кад управни орган, доносећи један акт из своје надлежности, поштујући при томе правила поступка, и не вређајући формално ниједан законски пропис, употребљава своја овлашћења из неких других побуда и у неком другом циљу, него што је циљу коме су му овлашћења дата. „Ћутањем“, управа не само што пропушта да донесе акт, који спада у њену надлежност, формално не поштује правила поступка и не врши своју законску обавезу. Управа својим нерадом пропушта да донесе решење и достави га странци у законски прописаним роковима, изигравајући тако циљ због којег је овлашћење и дато. Са аспекта злоупотребе управне власти посебно је значајна мотивација. Отуда утврђивати и доказивати злоупотребу управне „власти“ значи, ући у унутрашњост административне бирократске психологије као својеврсне „црне кутије“.²¹

Злоупотреба јесте изигравање сврхе овлашћења, „мана сврхе“. Она је потенцијално својствена свим управним актима, односно у свим управним стварима иако је злоупотреба најбоље видљива код дискреционих управних ствари. Због тога злоупотреба јесте посебан, вид незаконитости (незаконитост у циљу). Међутим, злоупотреба се јавља и када у одређеној управној ствари службено лице не доноси и не доставља решење странци, односно случају „ћутања“ управе.

Сврха поступања и мотив јавних службеника при обављању управне функције мора бити добро функционисање јавних служби. У том смислу може се доказивати да је понашање службеника у виду недоношења решења и пропуштања рока, било из неког циља који уопште није општи, јавни интерес или није јавни интерес у конкретној управној ствари. Јавним службеницима је забрањено све што им није допуштено, а правило је да администрацији „ћутање“ није допуштено. Приликом издавања управног акта или предузимања какве управне мере, мотиви се релативно лакше могу сагледати него када таквог акта, односно мере нема. Органима може бити прописано да изнесу своје разлоге и мотиве због којих су се определили да извесни акт донесу. Ти разлози могу представљати основ за поништавање управног акта, јер се може радити о разлозима или мотивима који нису допуштени.²²

21 П. Димитријевић, *Исто*, стр. 249.

22 Мотив је недопуштен ако је у очигледној супротности са законом, када се грешка јавног службеника састоји у нетачном тумачењу прописа, када се пропуштање

Злоупотреба управне дужности чињења, најприје се огледа у повреди правне дужности за решавање конкретне управне ствари. Мисли се на пропуштање решавања управне ствари у законски предвиђеним роковима јер закон не прописује нити даје могућност органима управе да ако „не желе“ да реше предмет онда то и не морају. Они су дужни да донесу и доставе решење. Заправо, злоупотреба је по природи ствари латентно присутна у сваком „ћутању“ управе.

Да би доношење и недостављање управног акта представљало злоупотребу потребно је најприје да постоји правна обавеза за решавање управне ствари. Управа треба да има правну дужност да поступа у одређеној управној ствари, а она ту своју правну обавезу није остварила. Наравно да постоји општа дужност чињења и управном поступку. Управа не може ниједан циљ остварити „ћутањем“ и не доношењем аката и не предузиманем радњи. Дакле, постоји општа и прећутна дужност на доношење решења. Она се не мора изричито прописивати. Међутим, постоји могућност да се изричито пропише да је „ћутање“ могуће правно понашање, дакле допуштено и да има одговарајуће правне последице (дејство) у смислу активирања законске претпоставке да се у случају не доношења решења сматра да је донет негативни акт или фаворабилан акт. Тако се „ћутање“ легализује и не сматра се противправним „делањем“. То оправдава став да „ћутање“ управе није још и злоупотреба власти, али могу да се стекну елементи злоупотребе. Међутим, и када би имали и такву правну регулативу којом се допушта органу да не донесе решење, то не значи да у таквим случајевима није било злоупотребе. Реч је о правно допуштеном „ћутању“ (понашању) службеног лица али у незаконитом циљу, који се мора утврдити!

Треба указати и на ванправни аспект „ћутања“. Злоупотреба управне дужности је истовремено и повреда моралне обавезе савесног и ефикасног рада управних службеника, целокупне управе и саме државе. Са њом слаби правни и морални ауторитет управе и у крајњој лини доводи се у питање њен легитимитет. Реч је о повреди етичких и професионалних вредности просперитетне управе.²³ Другим речима, „ћутање“ управе отвара и вредносни дискурс у вези са јавном управом, оправдано или неоправдано (целисходно). Злоупотреба управно-процесних овлашћења и дужности постоји ако управа одуговлачи поступак или не решава у поступку - „ћути“ али то није довољно. Злоупотреба настаје када управа намерно пропушта

службеника предузима у циљу изигравања правног прописа, када јавни службеник поступа у намери да постигне циљ, који није од општег интереса. П. Димитријевић, *Исто*, стр. 251-260.

23 Р. Брчић, К. Вуковић, *Улога организацијских вриједности у јавној управи*, Вараждин, 2008, стр. 54.

да реши неку управну ствар у року. Административни орган „чини“ акт злоупотребе уколико су побуде ћутања намерно, непоштено, несавесно и морално недопуштено пасивно понашање управе у конкретном случају.²⁴

Када су у питању дискрециона овлашћења, злоупотреба „ћутања“ се може јавити као незаконита али не и као нецелисходно (не)поступање управе. Све зависи од ширине дискреционих овлашћења.²⁵ Код решења која се доносе по слободној оцени, управни орган може оценити да ли ће га уопште донети или неће, при чему законито „ћутање“ може бити злоупотребљено, а представља и нецелисходно понашање управе. Када су у питању овлашћења органа, да управа дискреционо реши конкретну управну ствар, тј. да она одлучи каква ће бити садржина одлуке, онда она може дискреционо одлучити да (не)донесе управни акт. Тачно је да се тиме пребацује рад на другостепени орган или Управни суд (другостепено „ћутање“), али тиме службено лице није себе ослободило обавезе да донесе решење. То се види и по томе што другостепени орган или суд тражи објашњење и разлоге нечињења од првостепеног (другостепеног) органа, па цени да ли је то оправдано (целисходно).

Закључак

„Ћутање“ административних службеника имају многобројне форме и различите изворе. Чини се да тренутно постоји потреба за развијањем система заштите странака код модела „ћутања“ управе, које претпоставља одбијање захтева странке. Овај модел треба оставити као примарни модел (правило). Систем позитивне фикције треба примењивати као секундарни и допунски модел, односно изузетно у посебним управним материјама (поступцима) када то одговара претежним и доминатним интересима у решавању тих посебних управних ствари, односно када то одговара „природи“ дате управне материје. Међутим, у „ћутању“ управе има и елемената прекорачења и злоупотребе овлашћења јер злоупотреба управно-процесних овлашћења и дужности постоји ако управа одуговлачи поступак или не решава у поступку - „ћути“ али да ли је то довољно.

24 П. Димитријевић, *Исто*, стр. 252-260

25 П. Димитријевић, *Исто*, стр. 251.

Predrag Dimitrijević, LL.D.

Fulltime Professor at Faculty of Law, University of Niš

“ADMINISTRATIVE SILENCE” LEGAL REGULATION MODELS

Summary

Legal concept of “administrative silence” is part of the broader phenomenon called inaction or failure (omission) of administration to act. “Administrative silence” can be under different legal regimes. In general, we can identify the three “administrative silence” models of legal regulation. The main criterion is the legal effect that different legal (statutory) regulations provide the act of “silence”. Thus, we can distinguish the following models: (1) “administrative silence” is understood as that party’s request was rejected (negative administrative act), (2) the “administrative silence” is understood as that the administration decided in favor of the party (positive administrative act) and (3) “administrative silence” creates a legal basis for the authority to perform certain administrative actions. We believe that the current system should be developed to protect the parties in the model of “administrative silence” that implies rejection of party’s request. This model should be left as the primary model (rule). The system of positive fiction should be used as a secondary and supplementary model, which is very special in administrative matters (procedures) when it suits the prevailing and dominant interests in resolving specific administrative matters, or where it is appropriate to the “nature” given of given administrative matter.

Keywords: *responsibility for inaction, “administrative silence” abuse of administrative power.*

МЕЂУНАРОДНИ ЗЛОЧИНИ У СТАТУТУ ТРИБУНАЛА ЗА РУАНДУ¹

Апстракт: *Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице, али и у националном (интерном) кривичном законодавству појединих држава предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за већи број међународних кривичних дела. То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право) и којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства. За ова кривична дела су у међународном, али и у националном кривичном праву прописане најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. За учиниоце ових кривичних дела у одређеним случајевима је примарна наложност међународних судских (наднационалних) органа као што је Трибунал за Руанду. У овом раду се анализирају појам и карактеристике међународних кривичних дела предвиђених у Статуту Трибунала за Руанду.*

Кључне речи: *Међународно кривично право, Трибунал, Руанда, кривична дела, одговорност, казне.*

Увод

Новембра ове године се навршава две деценије постојања и рада Трибунала за Руанду који је за све ово време прешао дуг пут од оспоравања, како од лаичке, тако и стручне јавности, до прихватања његове пуне надлежности и сарадње са њим од стране заинтересованих држава. Наиме, Резолуцијом Савета безбедности Организације уједињених нација број 955 од 8. новембра 1994. године усвојен је Статут Међународног кривичног трибунала за

¹ Овај рад је резултат истраживања на пројекту :“Усклађивање права Србије са правом Европске уније” који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013. до 2018. године.

Руанду. Био је то други *ad hoc* трибунал, поред Хашког трибунала за бившу СФР Југославију, који је требало да суди најодговорнијим политичким и војним руководиоцима за тешка кршења међународног хуманитарног права која су извршена у ратним дејствима на подручјима ових држава.

Резолуцијама Савета безбедности Организације уједињених нација број 1503 из 2003. године и број 1534 из 2004. године установљена је стратегија престанка рада (*completion strategy*) ова два трибунала. Крајем 2010. године Савет безбедности ОУН, који је иначе својом Резолуцијом новембра 1994. године и основао Трибунал за Руанду, је одредио да се до 31. децембра 2014. године морају окончати сви започети судски процеси, а након тога се недовршени поступци преносе на "Међународни резидуални механизам", односно препуштају се националном кривичном законодавству и домаћим правосудним системима.

AD HOC ТРИБУНАЛИ

1. Оснивање *ad hoc* трибунала²

Међународно кривично право³ се данас састоји из више прописа садржаних у низу међународних уговора, конвенција, пактова и протокола. Тежња да се дође до кодификације ових прописа је уродила плодом тек на крају двадесетог века иако су активности управљене у овом смеру отпочеле одмах после Другог светског рата. Тако је Генерална скупштина ОУН још 1946. године формирала Комисију за кодификацију и развој међународног кривичног права која је касније названа Комисија за међународно право и припрему кодекса међународних злочина. Комисија је формулисала основне принципе међународног кривичног права који су произишавали из Нирнбершке и Токијске пресуде (тзв. нирнбершки принципи) и израдила Пројект кодекса међународних злочина. Тај је пројект поднет на усвајање Генералној скупштини ОУН 1954. године, али због неслагања међу водећим силама света тога времена (доба хладног рата и оштро супротстављених блокова) није био усвојен.

Генерална скупштина ОУН је потом на Петом заседању формирала Комитет за међународно кривично правосуђе који је израдио Нацрт Статута међународног кривичног суда и поднео га на усвајање на Седмом заседању

2 Појам трибунала је општи назив који је резервисан само за међународна судишта која имају привремену значај или уско специјализовану надлежност, за разлику од појма суда који одређује судиште које је установљено са намером да буде стални орган са широком надлежношћу.

3 Драган Јовашевић, Међународно кривично право, Ниш, 2011. године, стр.18-27.

скупштине. Према томе, доношење кодекса о међународним злочинима и увођење међународног кривичног правосуђа је тековина с почетка трећег миленијума. Но, тек 1975. године Пети конгрес о превенцији криминалитета и поступању са учиниоцима одржан у Женеви усваја Резолуцију о превенцији тортуре и превенцији и сузбијању тероризма свих врста. Том приликом поново је разматрана идеја о формирању Међународног кривичног суда.

У оквиру Комисије за људска права ОУН и Међународног удружења за казнено право (IAPL) израђен је и Нацрт статута Међународног кривичног суда који чак ни западни блок земаља није био спреман да прихвати (посебно у делу надлежности за гоњење злочина апартхејда). Даљи напори међународне заједнице у организовању јединственог фронта борбе против међународног криминалитета одвијају се углавном у правцу предузимања напора на сузбијању трговине опојним дрогама и психотропним супстанцијама. Тако је петнаест Карибских и Латиноамеричких држава подржало идеју о Међународном кривичном суду на Специјалној сесији о наркотичним дрогама Генералне скупштине ОУН 1989. године. Но, овој идеји су се оштро успротивиле САД, Велика Британија и Француска.

Међународно правна комисија Генералне скупштине ОУН је ипак наставила са радом на студији о формирању, надлежностима и правилима поступања међународног кривичног суда о чему је посебно било речи 1990. године у Хавани на Осмом конгресу ОУН о превенцији злочина и поступању са извршиоцима. Следеће године Међународноправна комисија је презентирала свој Извештај о злочинима против мира, човечности и безбедности човечанства на Шестом комитету ОУН⁴. Питање формирања наднационалног судског органа је потом разматрано више пута и то: 1991. године у оквиру Фондације за установљење међународног кривичног суда (FEICC), 1992. године од стране међународног научног и професионалног саветодавног већа УН (ISPAC) и Међународног удружења за казнено право (IAPL). И тада, уместо формирања сталног судског органа у оквиру и под окриљем ОУН, почетком деведесетих година 20. века јачају идеје о оснивању посебних (*ad hoc*) судова за поједине случајеве кршења међународних права⁵. Такви предлози су посебно били гласно изражени од стране Сената и Представничког дома Конгреса САД када су започела и неформална саслушања о злоделима ирачког председника Садама Хусеина и других ирачких војних и политичких руководилаца за повреде међународног хуманитарног права за време агресије Ирака на Кувајт 1990. године.

4 Види : *Comentaries on the International Law Commissions, Draft Code of the Crime against the Peace and Security of Mankind, AIDP, 1993. године.*

5 Види : *Међународни кривични трибунал, Зборник документа, Београд, 1996. године.*

Иако је, дакле, после Другог светског рата у оквиру ОУН или њених појединих органа било више покушаја да се оснује један стални међународни кривични судски орган, ти покушаји су остали без успеха. Тек почетком деведесетих година 20. века са ратним збивањима на просторима бивше СФР Југославије и Руанде, јачају идеје да се оснују посебни *ad hoc* трибунали⁶ за суђење учиниоцима најозбиљнијих и најтежих повреда међународног хуманитарног права на подручју ових држава⁷. На основу Повеље ОУН⁸ и главе VII основана су два *ad hoc* трибунала : 1) Трибунал за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на тлу бивше СФР Југославије који је основан Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 827 од 25.маја 1993.године и 2) Међународни кривични трибунал за Руанду који је основан Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 955 од 8. новембра 1994. године.

Дакле, коначну премијеру је међународно кривично правосуђе доживело на примеру ратних збивања на просторима бивше СФР Југославије, односно Руанде деведесетих година прошлог века. Тада се, прво, прибегло коришћењу главе VII, Повеље ОУН и члана 29. како би се формирао Међународни трибунал за суђење лицима одговорним за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији бивше Југославије од 1991. године (Хашки трибунал)⁹.

Сличан Трибунал је основан Резолуцијом Савета безбедности ОУН број 955 од 8.новембра 1994.године ради утврђивања кривичне одговорности и кажњавање лица одговорних за извршена кривична дела против човечности

6 лат. *tribunal*, означава судијску столицу, суд.

7 Због немоћи на војним и политичким нивоима, одговор међународне заједнице на сукоб у бившој СФР Југославији био је противуречан и неблагоприятан. О стварању одговарајућег трибунала преговарало се још у току сукоба – не само као о закаснелој мери за спасавање образа, већ и због побожног веровања да ће он служити као средство одвраћања од вршења даљих злочина. Идеју о формирању оваквог трибунала је у пролеће 1992. године изнео Р. Бадинтер, бивши министар правде Француске. Први нацрт Статута овог трибунала израдила је трочлана комисија коју је именovala Конференција о европској безбедности и сарадњи. (Antonio Cassese, *Међународно кривично право*, Београд, 2005. године, стр.395-398).

8 Трибунали су основани као принудне, општеобавезујуће мере у оквиру овлашћења Савета безбедности из члана 41. Повеље ОУН ради спречавања нарушавања мира. Такође, према Повељи ОУН и то члану 29. Савет безбедности је овлашћен да оснива помоћна тела и управо као такво тело су и основани трибунали.

9 Cherif M. Bassiouni, *A manual on International Humanitarian Law and arm control agreements*. Ardsley, 2000. године, стр. 131-138.

и међународног права за време грађанског рата у Руанди. Овај Трибунал¹⁰ има седиште у граду Аруши у Танзанији и његов је задатак да утврди кривичну одговорност и изрекне казне учиниоцима најтежих кривичних дела у Руанди. Тако је судско веће Трибунала којим је председавао судија Вилијам Секуле, по први пут у историји човечанства, крајем 2003. године бившем градоначелнику Мукинга – Јувеналу Кајелијелу, припаднику Хуту племена изрекло казну доживотног затвора за кривично дело геноцида над Тутсима које је извршено у граду Рухенгерију.

2. Организација и поступак пред ad hoc Трибуналом за Руанду

С обзиром да су организација и поступак оба ad hoc кривична трибунала засновани на истим поставкама и начелима, изложићемо прво на разлике у надлежностима Трибунала за Руанду¹¹ у односу на Хашки трибунал. Те разлике се свode на следеће:

1) просторна надлежност је шире одређена у Статуту Трибунала за Руанду јер се она простире на сва кривична дела која су извршена на територији Руанде, али и на територији суседних држава, под условом да су кривична дела извршила лица која су држављани Руанде. Хашки трибунал је пак надлежан за међународна кривична дела која су извршена само на територији бивше СФР Југославије,

2) временска надлежност је уже одређена у Статуту Трибунала за Руанду јер је овај Трибунал надлежан само за међународна кривична дела која су извршена у временском периоду од 1. јануара до 31. децембра 1994. године. Насупрот томе, надлежност Хашког трибунала се простире на сва међународна кривична дела која су извршена у периоду од 1991. године (без одређења тачног датума у 1991. години, као и без одређења до када се ова дела могу извршити што практично значи да се та надлежност простире на сва кривична дела која процени Тужилаштво). Тако се пред овим Трибуналом воде кривични поступци и за кривична дела која су

10 У току 2003. године уместо Карле дел Понте за главног тужиоца овог Трибунала постављен је Хашан Џалов из Гамбије. Од оснивања до краја 2003. године овај је трибунал осудио дванаест лица оптужених за међународна кривична дела извршена у грађанском рату у Руанди.

11 Између Хашког трибунала и Трибунала за Руанду постоји више разлика које се огледају у следећем : 1) Трибунал за Руанду је основан на захтев владе у овој афричкој држави, додуше не оне владе која је и отпочела грађански рат, 2) рат у Руанди је проглашен за грађански рат- дакле унутрашњи оружани сукоб, а не за међународни оружани сукоб и 3) казне које су изречене од стране Трибунала за Руанду се могу извршавати и у Руанди, а то још увек није случај за државама чијим држављанима се судило у Хашком трибуналу.

извршена у току 1998. и 1999. године, дакле у време пре и за време НАТО агресије на СР Југославију и

3) стварна надлежност Трибунала за Руанду је уже одређена. Наиме, према Статуту Трибунала за Руанду, он је надлежан за утврђивање кривичне одговорности и изрицање казни учиниоцима кривичних дела : а) геноцида, б) злочина против човечности и в) тешких повреда члана 3. Женевске конвенције за заштиту жртава рата из 1949. године и Другог допунског протокола из 1977. године која су извршена на територији Руанде (будући да се овде не ради о међународном, већ о унутрашњем оружаном сукобу, али са огромним бројем цивилних жртава), али и у случају извршења кривичних дела од стране држављана Руанде, ако су та дела извршена ван територије ове државе. Дакле, Трибунал за Руанду није надлежан за злочине који се могу извршити у контексту међународног оружаног сукоба тј. тешка кршења Женевских конвенција из 1949. године и кршења закона и обичаја рата. Насупрот томе, Хашки трибунал је надлежан за следећа међународна кривична дела : а) злочин против човечности, б) злочин геноцида, в) тешке повреде Женевских конвенција из 1949.године и г) кршење закона и обичаја ратовања¹².

Трибунал за Руанду чине следећи органи¹³ : 1) судска већа (два претресна и жалбено), 2) Тужилаштво и 3) секретаријат Трибунала.

Судска већа су састављена од једанаест независних судија, од којих двојица судија могу да буду из исте државе којису распоређени на следећи начин : а) троје судија ради усваком претерсном већу и б) пет судија чине Жалбено веће (члан 11. Статута). Статут предвиђа одређене услове потребне за избор судија овог Трибунала. За судију могу бити изабрана лица високих моралних особина, непристрасна и честита, са интегритетом која поседују квалификације које се захтевају у њиховим државама за највиша судијска звања. Они морају да имају искуство судија у кривичном и међународном праву, укључујући и међународно хуманитарно право и људска права. Судије бира Генерална скупштина ОУН са списка који саставља Савет безбедности на време од четири године. Судије бирају председника Трибунала који председава поступком пред жалбеним већем (члан 13. Статута).

Тужилац (члан 15. Статута) је одговоран за истрагу учињених злочина и оптужење лица одговорних за кривична дела из надлежности Трибунала.

¹² Драган Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010. године, стр. 89-93.

¹³ Borislav Petrović, Mustafa Bisić, Velimir Perić, Međunarodno kazneno sudovanje, Sarajevo, 2011. godine, str.311-314.

То је независни орган Трибунала кога поставља Савет безбедности ОУН. То мора бити лице високих моралних квалитета које поседује највиши ниво стручне компетенције и искуства у вођењу истрага и оптужби у кривичним стварима. Бира се на период од четири године.

Секретаријат (члан 16. Статута) је одговоран за администрацију и услуге Међународном трибуналу. Чине га секретар и остало особље. Секретара поставља генерални секретар ОУН након консултација за председником Трибунала на период од четири године. Особље секретаријата поставља секретар.

Одредбе чл.17-22.Статута уређују кривични поступак пред Трибуналом за Руанду. Тужилац започиње истрагу по службеној дужности или на основу прибављених информација из било ког извора (нпр. влада и органа ОУН, невладиних и међувладиних организација). Он прима све информације и одлучује о томе да ли постоји довољно основа за оптужење неког лица. При томе, он може да испитује осумњиченог, жртве или сведоке, као и да прикупља релевантне доказе, те да предузима поједине истражне радње на лицу места. У обављању ових послова он може да тражи помоћ органа државе где се такве радње предузимају. Осумњичени кога испитује тужилац има право на браниоца по свом избору, као и право на бесплатну правну помоћ постављеног браниоца, те право на превођење целокупног материјала на свој језик.

Када утврди да постоји "случај", тужилац припрема оптужницу која садржи чињенични опис дела, кривично дело које се оптуженом ставља на терет, као и сакупљене доказе. Потом се оптужница доставља судији првостепеног већа. Следи фаза преиспитивања оптужнице. То је надлежност судије првостепеног већа, који када утврди да је "случај" довољно формиран, потврђује оптужницу или ако није задовољан, може да исту одбаца. После потврде оптужнице, судија на захтев тужиоца може да изда наређење и налоге за хапшење, задржавање, предавање и трансфер оптуженог или друга наређења од значаја за даље вођење кривичног поступка¹⁴.

Претресни поступак пред првостепеним већем је следећа фаза поступка пред Трибуналом за Руанду. Веће је дужно да обезбеди коректно и брзо вођење кривичног поступка у сагласности са Правилима процедуре и доказивања, уз пуно поштовање права оптуженог, као и заштите жртава и сведока. Лице против кога је потврђена оптужница се притвара, потом се обавештава о оптужбама против њега и приводи Трибуналу. По отпочињању претреса, прво се чита оптужница, затим се утврђује да ли

14 Драган Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, оп.цит.стр. стр.91-95.

су поштована сва права оптуженог, као и да ли је он разумео оптужницу. Потом се оптужени поучава о праву да одговори на све наводе оптужнице. Првостепено веће тада утврђује датум претреса. Саслушање је јавно осим ако постоје разлози за искључење јавности у складу са Правилима процедуре и доказивања.

Члан 20. Статута Трибунала за Руанду гарантује оптуженом лицу одређени корпус права, међу којима се посебно истичу следећа права¹⁵ : 1) једнакост и равноправност пред Трибуналом, 2) право на правично и јавно суђење, 3) претпоставка невиности као и 4) гаранције пуне равноправности оптуженог као што су : а) да буде правовремено и детаљно обавештен на свом језику о природи и разлозима оптужбе, б) да има одговарајуће време и могућности за припрему одбране, као и право да комуницира са браниоцем по свом избору, в) да му се суди без непотребног одлагања, г) да му се суди у личном присуству, као и да се брани лично и уз стручну помоћ браниоца по свом избору, д) да испитује сведоке оптужбе и да обезбеди присуство и испитивање сведока одбране, њ) право на бесплатну помоћ преводиоца и е) да не буде принуђен да сведочи против себе или да призна кривицу.

Када је кривична ствар у довољној мери расветљена и разрешена, првостепено веће објављује пресуду која се доноси већином гласова. Уз изреку о кривици и казни, пресуда се допуњава писменим образложењем које може да садржи и издвојена мишљења и неслагања појединих судија – чланова судећег већа. Незадовољна страна може да изјави жалбу из следећих разлога : 1) због грешке у правним питањима које одлуку суда чине мањкавом и 2) због чињеничне грешке која је довела до неправилне одлуке. О поднетој жалби одлучује Жалбено веће које нападнуту одлуку може да: а) потврди, б) поништи или в) промени (преиначи).

У смислу члана 25. Статута када се открију нове чињенице које нису биле познате у време суђења пред претресним или Жалбеним већем, а које могу бити одлучујући фактор приликом доношења пресуде, осуђено лице или тужилац могу пред Трибуналом поднети предлог за преиспитивање пресуде. То је једина врста ванредног правног средства које познаје овај међународни судски орган¹⁶.

Изречена казна затвора се извршава у Руанди, али може и у некој другој држави коју одреди Трибунал. У том случају се казна извршава у складу са националним прописима државе у којој се налази затворска установа где борави осуђено лице, али под надзором Трибунала за Руанду. Када према важећим правним прописима државе у којој осуђено лице издржава

15 Драган Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр. 130-141.

16 Borisav Petrović, Dragan Jovašević, Међународно кривично право, Сарајево, 2010. године, стр. 114-118.

изречену казну затвора има право да тражи помиловање или ублажавање казне, та је држава обавезна да о томе обавести Трибунал (члан 27. Статута). У том случају помиловање или ублажавање казне могу бити одобрени од стране председника Трибунала након консултација са судијама на основу "интереса правде и општих правних начела"¹⁷.

ПОЈЕДИНА МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА ПРЕМА СТАТУТУ ТРИБУНАЛА ЗА РУАНДУ

Резолуцијом Савета безбедности Организације уједињених нација број 955 од 8. новембра 1994. године усвојен је Статут Међународног кривичног трибунала за Руанду. Овај Трибунал је надлежан за кажњавање лица која су одговорна за геноцид и друга тешка кршења међународног хуманитарног права која су извршена на подручју Руанде, као и њених грађана која су извршила таква дела на подручју суседних држава у току 1994. године. С обзиром да се према правној квалификацији Савета безбедности ОУН овде није радило о међународном оружаном сукобу, то овај Трибунал и није надлежан за кривично дело које се састоји у "тешком кршењу Женевских конвенција из 1949. године", као ни за "кршење закона и обичаја рата"¹⁸.

Наиме, овај Статут (познат и као Статут Трибунала за Руанду) познаје три врсте међународних кривичних дела. То су: 1) геноцид (члан 2.), 2) злочин против човечности (члан 3.) и 3) злочин који се састоји у тешком кршењу члана 3. Женевских конвенција и Другог допунског протокола из 1977. године (члан 4.)¹⁹.

Учиниоцу ових кривичних дела од стране Трибунала се може изрећи само једна врста кривичне санкције, и то казна затвора која се може јавити у два облика и то као: 1) казна доживотног затвора и 2) казна затвора у временски одређеном трајању. При одмеравању казне учиниоцу међународног кривичног дела судско веће Трибунала за Руанду је обавезно да узме у обзир тежину извршеног кривичног дела (објективне околности) и лична својства оптуженог (субјективне околности). Уз казну се учиниоцу дела могу изрећи и две мере и то : 1) повраћај имовине њиховим правим власницима (реституција) и 2) одузимање добити која је прибављена криминалном делатношћу.

17 Војин Димитријевић, Обрад Рачић, Владимир Ђерић, Татјана Папић, Весна Петровић, Саша Обрадовић, Основи међународног јавног права, Београд, 2007. године, стр. 233-234.

18 Juan E. Alvarez, Crimes of States /Crimes of Hate, Lessons from Rwanda, The Yale Journal of International Law, број 24/1999. године, стр. 365-392

19 Don L. Jonson, The International Tribunal for Rwanda, International Review of Penal Law, број 1-2/1996. године, стр. 211-233.

1. Геноцид

Најтеже кривично дело данашњице – геноцид је предвиђено у члану 2. Статута трибунала за Руанду. Оно се састоји у намерном уништењу²⁰ у целини или делимично националне, етничке, расне или религиозне групе.

Битно је за постојање овог међународног кривичног дела да је у напред наведеној намери²¹ предузета једна од следећих више алтернативно предвиђених радњи:

1. убијање чланова одређене групе,
2. проузроковање физичких или менталних повреда члановима групе,
3. намерно смештање чланова групе у такве услове живота смишљене да доведу до њеног физичког, делимичног или потпуног уништења,
4. спровођење мера са намером да се спречи рађање унутар групе и
5. намерно премештање деце једне групе у другу групу.

Поред непосредног предузимања наведених радњи (непосредни извршилац), као радње извршења геноцида сматрају се и следеће : 1) учешће у завери ради вршења геноцида, 2) директно и јавно подстицање на вршење геноцида (подстрекавање), 3) покушај вршења геноцида као и 4) саучесништво у било ком облику у вршењу геноцида.

Инкриминација геноцида не тражи у објективном смислу уништење неке етничке, односно народне групе, већ само намеру да се она у потпуности или делимично уништи. Дело мора бити усмерено против једног или више лица у својству припадника те скупине. Остало је при томе нерешено, могу ли се таквим тумачењем инкриминације заштитити и политичке групе које имају стабилитет и континуитет. Намера се може доказивати коришћењем различитих индиција. тако нпр. оних које следе из општег

20 Уништење групе значи физичку деструкцију, а не деструкцију њеног културног бића.

21 Постојање геноцидне намере у досадашњој пракси *ad hoc* трибунала је утврђивано путем следећих критеријума : а) општи контекст који обухвата : 1) ширина и распрострањеност извршених дела, 2) шира политичка доктрина из које су дела произилазила, 3) обим остварених или покушаних дела, 4) методичност у планирању убијања, 5) систематичност убијања и уклањања лешева, 6) дискриминаторски карактер дела и 7) дискриминаторска намера оптуженог, б) извршење других кривичних дела систематски усмерених против исте групе, ц) број почињених злочина, д) систематско усмеравање на цивиле због њихове припадности одређеној групи и е) понављање деструктивних и дискриминаторских дела.

контекста и склопа околности под којима је злочин учињен, те његове природе и мере²².

2. Злочин против човечности

"Злочин против човечности" (или злочин против човечје породице) представља међународно кривично дело које је предвиђено у члану 3. Статута трибунала за Руанду. Правни појам злочина против човечности тражи да тај злочин буде извршен као део широког и систематског напада. Напад је широк ако је извршен снажно, масивно, колективно, са знатном озбиљношћу и усмерен против бројних жртава. Напад је систематичан ако почива на темељитој организацији и припремама, те следи образац понашања који је изведен из неке заједничке политике утемељене на јавним или приватним средствима. Та политика, додуше, не треба да буде формално државна политика, али мора бити претходно планирана. Тај напад може да буде и ненасиљан у облику наметања одређеног политичког система или положаја, нпр. апартхејда. Он мора да буде усмерен на цивилно становништво²³.

Код описа бића овог кривичног дела изричито је наведено да се његова радња може предузети само за време оружаног сукоба према цивилном становништву ако се састоји у²⁴: 1. убиству, 2. истребљењу, 3. заробљавању, 4. депортацији, 5. затварању, 6. мучењу, 7. силовању, 8. прогону на политичкој, расној и религијској основи и 9. предузимању друге нечовечне радње.

Да би се могло радити о злочину против човечности Статутом наведене делатности морају бити извршене у следећим случајевима:

1. мора постојати напад – напад постоји и када није употребљена оружана сила, али се јавља у облику злостављања цивилног становништва или у поступцима којима се припремају овакве радње,
2. дела оптуженог морају бити део тог напада,
3. напад мора бити усмерен против цивилног становништва било које категорије,

22 пресуда Међународног трибунала за Руанду у предмету ИЦТР-96-4Т од 2. септембра 1998. године.

23 пресуда Међународног трибунала за Руанду у предмету ИЦТР-96-4Т од 2. септембра 1998. године.

24 Миодраг Симовић, Владимир Симовић Милан Благојевић, Међународно кривично право, Источно Сарајево, 2013. године, стр.27-30

4. напад мора бити распрострањен или систематски. Напад је распрострањен када је по својој природи опсежан или када је управљен против великог броја лица. Напад је систематски када се односи на организовану природу аката насиља при чему постоји мала вероватноћа да се то случајно догодило,

5. извршилац мора да зна да његова дела улазе у оквир распрострањеног или систематског напада усмереног против цивилног становништва.

3. Тешко кршење члана 3. Женевских конвенција и Другог допунског протокола из 1977. године

У члану 4. Статут трибунала за Руанду предвиђа кривично дело које носи назив: "Тешко кршење члана 3. Женевских конвенција и Другог допунског протокола из 1977. године"²⁵. За ово кривично дело одговара лице које је наредило или непосредно извршило једну од следећих делатности²⁶:

1. напад на живот и здравље, те физичку и психичку добробит лица, посебно убиство, као и окрутност поступање попут мучења, сакаћења или било који други облик телесног кажњавања,
2. колективно кажњавање,
3. узимање талаца,
4. акт тероризма,
5. насиље над личим достојанством, нарочито нечовечно или понижавајуће поступање, силовање, присиљавање на проституцију или било који облик нечасних напада,
6. пљачка,
7. изрицање, извршење казни или ликвидација без претходне пресуде изречене по редовно установљеном суду уз све судске гаранције признате од цивилизованих народа као неопходне и
8. претња извршењем било кога од напред наведених аката²⁷.

25 Don L. Jonson, The International Tribunal for Rwanda, *International Review of Penal Law*, broj 1-2/1996. godine, str. 211-233.

26 Džon Džouns, Stiven Pauls, *Međunarodna krivična praksa*, op.cit, str. 266-271.

27 Vladimir Đuro Degan, Berislav Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, Zagreb, 2005. godine, str. 424-426.

Закључак

Војни или цивилни *ad hoc* трибунали формирани после Другог светског рата ради суђења учиниоцима најтежих међународних кривичних дела нису успели да задовоље захтеве правде и правичности, задовољења жртава, ни помирење побеђених и поражених. Стога су бројне међународне конференције одржане под окриљем ОУН разматрале могућност оснивања наднационалног, универзалног судског органа који би судио свима и свугде за учињена најтежа кривична дела против човечности и међународног хуманитарног права.

Но, и поред таквих захтева, почетком деведесетих година 20. века се формирају два *ad hoc* трибунала и то за бившу СФР Југославију и Руанду. Тако је маја 1993. године Резолуцијом Савета безбедности број 827 формиран Хашки трибунал за утврђивање кривичне одговорности и изрицање кривичних санкција оптуженима за повреде међународног хуманитарног права у ратним збивањима на тлу бивше СФР Југославије почев од 1991. године. Нешто касније новембра 1994. године сличан Трибунал за Руанду је формиран Резолуцијом Савета безбедности број 955.

У надлежности Трибунала за Руанду који крајем ове године "слави" двадест година постојања и рада јесте утврђивање кривичне одговорности и изрицање казни учиниоцима најтежих међународних кривичних дела чије карактеристике и обележја бића утврђује овај Статут. То су следећа међународна кривична дела : 1) геноцид, 2) злочин против човечности и 3) тешко кршење члана 3. Женевских конвенција и Другог допунског протокола из 1977. године. Правна теорија и богата судска пракса Трибунала за Руанду која се наслања на хашку праксу у потпуности су дефинисала бројна спорна питања у вези са правном квалификацијом међународних кривичних дела из његове надлежности.

Литература

Alvarez, Juan E., *Crimes of States /Crimes of Hate, Lessons from Rwanda*, The Yale Journal of International Law, број 24/1999.

Bassiouni Cherif M., *A manual on International Humanitarian Law and arm control agreements*. Ardsley, 2000.

Degan Vladimir Đuro, Pavišić Berislav, *Međunarodno kazneno pravo*, Zagreb, 2005.

Димитријевић Војин, Рачић Обрад, Ђерић Владимир, Папић Татјана, Петровић Весна, Обрадовић Саша, *Основи међународног јавног права*, Београд, 2007.

Јовашевић Драган, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010.

Јовашевић Драган, Међународно кривично право, Ниш, 2011.

Jonson Don L., The International Tribunal for Rwanda, International Review of Penal Law, broj 1-2/1996.

Међународни кривични трибунал, Зборник документа, Београд, 1996.

Petrović Borislav, Jovašević Dragan, Međunarodno krivično pravo, Sarajevo, 2010.

Petrović Borislav, Bisić Mustafa, Perić Velimir, Međunarodno kazneno sudovanje, Sarajevo, 2011.

Симовић Миодраг, Симовић Владимир, Благојевић Милан, Међународно кривично право, Источно Сарајево, 2013.

Cassese Antonio, Међународно кривично право, Београд, 2005.

Comentaries on the International Law Commissions, Draft Code of the Crime against the Peace and Security of Mankind, AIDP, 1993.

Резиме

Ступањем на снагу Статута Трибунала за Руанду новембра 1994. године коначно је заживела нова грана казног права – међународно кривично право. Међународно кривично право као систем правних прописа садржаних у актима међународне заједнице, али и у националном (интерном) кривичном законодавству појединих држава предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за већи број међународних кривичних дела. То су дела којима се крше ратни закони и обичаји рата (међународно хуманитарно право) и којима се повређује или угрожава мир међу народима и безбедност човечанства.

То су следећа кривична дела : геноцид, злочин против човечности и ратни злочини. За ова кривична дела су у међународном, али и у националном кривичном праву прописане најтеже врсте и мере казни које уопште познаје кривично законодавство данас. За учиниоце ових кривичних дела у одређеним случајевима је примарна наложност међународних судских (наднационалних) органа као што су нпр. нирнбершки и токијски војни суд, Хашки трибунал, Трибунал за Руанду, Римски кривични суд итд. У овом раду се анализирају међународна кривична дела предвиђена у Статуту Трибунала за Руанду.

Dragan Jovašević, LL.D.

Fulltime Professor at Faculty of Law, University of Niš

INTERNATIONAL CRIMES IN STATUTE OF RWANDA TRIBUNALE

Summary

With the entry into force of the Statute of the Rwanda Tribunal on November 1994, a new branch of criminal law finally live – international criminal law. International criminal law as a system of legal rules contained in the documents of international community and in the documents of national (internal) criminal law provides for criminal liability and punishment for a great number of international crimes. These crimes are acts of breaking war laws and rules of warfare (international humanitarian law) and also they are the acts of harming or imperiling the peace among nations and the security of mankind.

These are next crimes: genocide, crime against humanity and war crimes. For these acts there are provided most severe penalties and measures of punishment known in the criminal law today. For perpetrators of these crimes in certain cases the primary jurisdiction is the one of international criminal court (supra-national) authorities, such as f.e. Nuremberg or Tokyo military Tribunal, Hague Tribunal, Rwanda Tribunal, the Criminal court of Rome, etc. This paper analyzes the international crimes stated in the Rwanda Statute of the International criminal court.

Key words: *international criminal law, Tribunale, Rwanda, crime, responsibility, penalties.*

БЕСКУЋНИШТВО – НЕОСТВАРЕНО ПРАВО НА АДЕКВАТНО СТАНОВАЊЕ¹

Апстракт: Аутори су рад поделили на неколико тематских целина. Најпре су, у уводном делу рада, указали на значај човековог рада, као обављање процеса производње материјалних и духовних добара, у смислу целисходне делатности човека на стварању употребних вредности. Одавање нераду, као посебан вид понашања, млађих и старијих, повезано је, у етиолошком смислу, са различитим криминолошким појавама, односно различитим облицима делинквентних активности. С друге стране, испољавање незаинтересованости за одржање или побољшање своје егзистенције, услед посебног психичког стања или девијације у структури личности, одређује да нечији друштвени статус буде перманентно неповољан, а особа јасно виђена, у професионалном смислу, као неко ко поседује црте друштвене неприлагођености, односно као живљење у стању скитничења или бескућништва. Затим је објашњен историјски контекст скитње/бескућништва/вагабундаже, као и њихово појмовно одређење. Важан приступ о овим појавама био је у истицању правне регулативе европског континенталног права, као и правне регулативе домаћег права.

Кључне речи: *виктимитет, бескућништво, скитничење, вагабундажа.*

1. Увод

Бескућништво, скитничење, просјачење и одавање нераду нису појаве везане само за савремено доба. Напротив, оне имају своју дугу историју, па је сагледавање историјског контекста неопходно како би се уочиле

1 Рад је иновирани сегмент интегралног излагања Миомире Костић на тему: „Виктимитет бескућника“, са Међународне научне конференције: „Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права“, Правни факултет у Нишу, 17. мај 2010. године.

Homelessness, <http://en.wikipedia.org/wiki/Homelessness>, приступ: 23.11.2012.

извесне заједничке карактеристике њиховог испољавања кроз различите временске периоде, а предисторија, антрополошки и социолошки приступи у објашењу њиховог јављања, налазе своја тумачења у далекој прошлости, још од периода старог и средњег века. Појмовно одређење и облици испољавања ових облика девијантног понашања, такође представљају важне чиниоце транспарентности уочавања и њиховог социјалног утемељења у савременим државама света, па и код нас. Узроци ових појава често су скривени и, на први поглед, најчешће се одређују као ендогено утемељени, па се замагљује њихов друштвени значај и контекст.

Претпоставка је да је у 2005. у свету у скитничењу живело чак преко 100.000.000 особа.² Скитња (вагабундажа), просјачење и беспосличење (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић, 2012:396) често су повезани са испољавањем многобројних облика делинквентних активности.³ Истовремено, овај начин живота утиче да скитнице, просјаци и беспосличари буду изложени различитим облицима криминалне виктимизације. Последњих година у свету се бележи повећање удела злочина, чак најтежих кривичних дела, која се врше на штету бескућника. У САД, на пример, статистички подаци указују да је обим криминалитета на штету бескућника, у 2005. години, виши за 30% од оног забележеног 1999. године, а 75% свих учинилаца је било млађе од 25 година.⁴ Убиства бескућника од стране малолетника, у мас-медијима, често се називају „спортом тинејџера“.⁵

Бројни радови, од појединачних расправа, преко монографских публикација (Veier, Особок) о бескућницима и породицама бескућника у развијеним државама, попут САД, на пример, као и у земљама Европске уније, указују на обавезност буђења свести о овим појавама и код нас, поготову уколико се правилно и непристрасно уоче сви егзогени фактори њиховог настанка, као: сиромаштво (Костић, 2008), ратови, губитак посла, економске кризе. Отуда је овај рад један напор у виктимолошком сагледавању посматраних појава и допринос даљој ангажованости криминолошког и криминално-политичког приступа у превенцији настанка, али и заштити особа које су бескућници/скитнице, просјаци или вагабунде.

2 *Homelessness*, <http://en.wikipedia.org/wiki/Homelessness>, приступ: 23.11.2012.

3 Свакако да је беспосличење шири појам од скитничења и „састоји се у неприхватању било каквих обавеза везаних за рад или друштвено ангажовање“.

4 *Homelessness in the United States*, http://en.wikipedia.org/wiki/Homelessness_in_the_United_States#Crimes_against_homeless_people приступ: 19.4.2010.

5 *Teen 'sport killings' of homeless on the rise*, <http://edition.cnn.com/2007/US/02/19/homeless.attacks/index.html>, приступ: 19.4.2010.

2. Историјски контекст бескућништва/скитње/вагабундаже

Према схватању које износи А. Vexliard скитња се јавила још у старом веку, када је била строго кажњавана, због опасности од „путујућих банди“, које су се стално увећавале, па су стога скитнице прогањане (Перовић, 1998:338). У Хамурабијевом закону, који садржи само фрагментарне одредбе кривичног права, у параграфу 143, прописано је да ако жена „није добра домаћица, већ скитница, ако расипа кућу, занемарује мужа, биће бачена у воду“ (Јасић, 1968:37). Скитничење, у прописаном контексту закона, више представља облик женине непослушности и нерада, које би за последицу имало лоше вођење домаћинства, него ли само структурално одређење кажњавања за скитничење.

У социолошкој литератури, опет, објашњења о скитњи и вагабундажи најчешће се доводе у однос са „историјатом сиромаштва“. Током средњег века, о сиромаштву и сиромашнима, нема сачувано много писаних докумената. Известан напредак је постигнут после харања „црне смрти“ од 1348-1349. године, када је за трећину смањено становништво Енглеске.

Почетком новог века, дакле од 1459. године и током 16. века, долази до пораста броја становништва, па самим тим налажење посла постаје отежано. У време владавине династије Тјудора, у Енглеској, на хиљаде лица без посла лутало је по земљи. Појавили су се и осакаћени просјаци, као и они који су се понашали као ментално оболели или осакаћени, у циљу успешнијег просјачења. Владавина Тјудора је толерисала осакаћене просјаци. Међутим, није толерисала телесно здрава лица како лутају околу, беспосличећи. Такви „дрски вагабунди“ сматрани су као претња реду и закону (Lambert).

У Европи, током 14. века, тачније 1383. године, скитничење је постало законом санкционисано, па су државни чиновници у Британији могли да хватају вагабунде и присиљавају их да се сами издржавају, а уколико то не могу, били су упућивани у затворе. Вагабунде су могле бити кажњене тако што су окивани у јармове, на три дана и три ноћи. Већ 1530. године тој казни придодато је и бичевање за вагабунде. Претпоставка средњовековног, као и нововековног господара била је да су вагабунде, у ствари, лопови. Током 1547. године, у Британији је донет закон који се односио на скитњу и прописивао нека драстична ретрибутивна одређења, као што су: ропство у трајању од две године и жигосање словом V (*vagrant*, engl. скитница), и то као казна за први прекршај, јер је већ за други била предвиђена смртна казна.⁶

6 Видети: *Homelessness*, loc. cit.

Године 1573. донет је још суровији закон. Већ за први прекршај вагабунд би био ишибан и спаљивано му је десно уво ужареним гвожђем (осим да је добио неки посао у међувремену), док би за други прекршај био обешен (опет осим да је добио неки посао у међувремену), а за трећи би био обешен безусловно. Ипак, 1597. године, била је укинута смртна казна за скитничење.

До краја 16. века, у Енглеској, држава је покушавала да обезбеди становање за скитнице уместо да их кажњава, тако што је подстицала оснивање „брајдвел“ установа (Константиновић Вилић, Костић, 2011:129), за боравак скитница и, уједно, њихово обучавање за обављање неког занимања. Током 18. и 19. века отворани су сиротињски домови, према којима је држава имала крајње рестриктивну политику, у смислу издвајања средстава за њихов опстанак. Такође, међу осуђеницима, који су били транспортовани у америчке колоније у 18. веку, био је и велики број вагабунда.

У САД, 1872. године, отвара се прва мисија за збрињавање бескућника, а све у складу са растућим покретом социјалне бриге према угроженим категоријама становништва. У мањим градовима САД окупља се посебна категорија скитница (енгл. *hobos*), који живе поред шина и возовима стижу до различитих дестинација.

У првим годинама 20. века, у већини европских држава и по већим градовима издвајају се оронуте градске области, у којима живе сиромашни, скитнице, алкохоличари (енгл. *skid road*).⁷ Управо социолози, дојени социолошке књижевности, износе такве ставове, по којима се конвенционалне форме криминалитета, делинквенција, ментална обољења, самоубиства, проституција, бескућништво, повећана смртност деце, као и друге појаве које указују на социјалну патологију, попут повећане стопе смртности и заразних обољења, уопште гледано, јављају различито, али у градским и приградским подручјима (Clinard, 1968:108).

Већ тридесетих година 20. века „Велика депресија“ у САД проузроковала је епидемијске размере сиромаштва, глади и скитничења. Тада је забележено да преко 2.000.000 бескућника лута целим простором САД. Током шездесетих година, дакле неких тридесет година касније, у Енглеској долази до промена у схватању о социјалним потребама бескућника. Број лица која живе „окрутним животом“ на улицама порастао је драматично. Тада је основано удружење Rough Sleeper Initiative, које постоји и данас, и учинило је да социјални услови живота бескућника буду умногоме побољшани.

7 Видети о томе опширније: *Homelessness*, loc.cit.

Пред крај 20. века јавило се „модерно бескућништво“, као последица економских промена и умањења могућности да се оствари „пристојно становање“ за сиромашније категорије становништва. Затим, током седамдесетих година 20. века наступио је процес деинституционализације ментално оболелих лица из државних психијатријских установа у САД, па је прилив бескућника ка великим градским агломерацијама, попут Њујорка, на пример, постао огroman.⁸

Управо тада, бескућништво је доспело у жижу америчке јавности, дакле касних седамдесетих и раних осамдесетих година 20. века, када је у САД направљен први корак у статистичком евидентирању лица која живе на улици, „начином живота јасно омеђеним трачницама великих градова“. Од средине седамдесетих па све до раних деведесетих година 20. века, видљиво бескућништво постаје уобичајени приказ, чак и у државама које имају добро развијену мрежу програма социјалне сигурности, као што је Канада, на пример. Ангажовањем мас-медија, становништво Северне Америке од тада почиње да се суочава са приказима бескућника Африке и Азије, али и са сопствених простора, но и даље се та појава не доживљава као бескућништво у својој земљи, односно као бескућништво „код куће“.⁹

У том временском периоду дошло је и до настанка неких нових „струјања“, у испољавању скитничења као начина живота. Наиме, средином осамдесетих година 20. века дошло је до наглог пораста броја бескућних породица. То је непосредно утицало на растући број осиромашене и одбегле деце, тинејџера и млађих пунолетних лица, који сада чине једну подгрупу популације бескућника.

На почетку 21. века, тачније 2002. године, истраживања су показала да су деца и читаве породице, у ствари, највећи растући сегмент бескућника у САД, што је пред државу и невладин сектор поставило сасвим нове захтеве за сузбијање појаве, или пре, за обезбеђење пристојних услова становања и за заштиту ових лица од било ког облика виктимизације.¹⁰

Отуда се као посебан криминолошки/виктимолошки феномен посматрају „деца са улице“, назив који је у употреби за децу која живе на улицама великих градова. Они су особе суштaствено депривирaне од породичне бриге и заштите. Већина деце са улице су старости од 5 до 17 година,

8 Видети о томе опширније, на пример: *Homelessness*, loc.cit.

9 Видети: Rae Brigdman, Irene Glasser: *Braving the Streets: The Anthropology of Homelessness*, Berghahn Books, New York 1999
<http://www.questia.com/read/11070485?title=Braving%20the%20Street%3a%20The%20Anthropology%20of%20Homelessness>, приступ: 23.4.2010.

10 Видети о томе опширније, на пример: *Homelessness*, loc.cit.

која живе у напуштеним зградама, картонским кутијама, парковима и непосредно на улици. У виктимолошком приступу посебно се истиче то што не постоје прецизни критеријуми за разврставање ових лица по групама, већ особеност континуитета таквог живота, којом се раздвајају две групе: они који на улици проводе неко време и спавају у кући са непозданим одраслим особама и они који заиста живе на улици, без икаквог надгледања или бриге од стране старијих. Деца са улице изложена су различитим облицима злостављања, занемаривања и експлоатације, чак и убиствима од стране „одреда за чишћење“, које унајмљују локални моћници или полиција.¹¹

3. Појмовно одређење бескућништва/скитње/вагабундаже

Појмовно одређење бескућништва, скитње, вагабундаже, као облика девијантног понашања, може бити у правном и социолошком смислу. Правно одређење заснива се на правним прописима о скитницама и просјацима, а социолошко, које је обухваћено појмом вагабундажа, односи се на социјалне особине ових појава.

Скитња је, најкраће, начин живота без пребивалишта. Скитнице стално лутају и мењају место боравка, али неке су стално настањене, па је јасно да битно својство скитње није само лутање, већ начин живота. Стога, неки криминолози с правом закључују да су скитнице лица „изолована из друштвеног живота, налазе се на његовим маргинама, не учествују у редовним друштвеним активностима, живе ‘од данас до сутра’, нису у стању да се интегришу у друштвену заједницу. Они припадају издвојеним друштвеним групама без одговорности, без друштвено признатог статуса и заштите, налазе се у стању самоизолације у политичком, економском, културном и социјалном смислу и не прихватају моралне и правне норме“ (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић, 2012:395-396).

Јасно појмовно одређење бескућника је од кључног значаја за креирање социјалне политике према њима. Као највидљивији индикатор сиромаштва, бескућништво, својим јављањем, суочава остатак становништва модерних држава са чињеницом да не постоје услови или довољна оспособљеност државе да сваком грађанину понуди/обезбеди најосновније услове за здрав и продуктиван живот.¹²

11 *Street children*, http://en.wikipedia.org/wiki/Street_children, приступ: 14.5.2010.

12 Видети: *Braving the Streets: The Anthropology of Homelessness*, <http://www.questia.com/library/1520226/braving-the-street-the-anthropology-of-homelessness> loc.cit. приступ: 23.11.2012.

Широко прихваћену концептуализацију бескућништва развио је Peter Rossi (1987). Овај аутор је направио разлику између литерарног описа бескућника (особе које очигледно немају приступ конвенционалном становању и које би биле сматране бескућницима од стране било које могуће дефиниције термина) и оног описа који се односи на особе које нестално или маргинално станују (особе које ретко или крајње повремено теже ка мање-више конвенционалном смештају или становању). Ово разликовање треба применити у студијама о „видљивим бескућницима“ (који се налазе у склоништима за бескућнике, који живе на улицама, улогорени, у напуштеним зградама и на местима као што су станице подземне железнице) и онима са несталним становањем (оних који су ‘савијени/згурени’ на једном месту, повремено са другима, обично са сиромашнима или целим породицама или оних који живе у јевтиним становима за које плаћају дневну или недељну закупнину). У зависности од тога како се широко схвати ‘мрежа бескућника’, тако се и врши огроман утицај на обим и карактеристике лица која се могу обухватити појмом бескућништва.¹³

Ипак, бескућници или скитнице су оне особе или социјалне категорије лица чији се живот не одвија у сопственом дому, односно у месту пребивалишта или боравишта, зато што они то себи не могу да обезбеде, из било ког разлога, недостатка новца за станарину, на пример, или су, с друге стране, онемогућени да остваре регуларно, сигурно и адекватно становање или им недостаје макар „стално, регуларно и адекватно преноћиште“. Правно одређење статуса скитница и/или скитницења као појаве, разликује се

13 Саме особе које су бескућници дају о себи сасвим различита виђења свог социјалног статуса. Тако, у истраживању које су спровели Watson i Austerberry 1986. године, запажено је да је у узорку од 60 жена бескућница из Велике Британије, које су ови аутори интервјуисали, постојао већи број различитих одговора на питања: „Да ли себе сматрате бескућником“ и „Шта реч *бескућник* значи за Вас?“ Утврђено је да 30% испитаних жена није сматрало да је њихов тадашњи смештај уједно и њихов дом. Ипак, себе нису виделе ни као бескућнице. Супротно од тога, 32% испитаница, које су свој тадашњи смештај доживљавале као сопствени дом, уједно су себе виделе и као бескућнице. Значење речи *дом* и *бескућник* имало је код сваке од њих другачији смисао: „Мораш се супротставити целој ствари. Пажљиво мотрим на hostel Sally Army (склониште за бескућнике) и мислим, уселићу се тамо. У чему је разлика између мене и некога тамо? То је само став који ме чини различитом од неког алкоса. Не вреди мозгати о томе“. Следећи одговор: „Бескућник је мали, стари човек, који иде око са торбом преко ципела. Према томе, ја о себи не мислим као о бескућници... Али, једини разлог што ја нисам бескућница је у томе што су људи са којима живим превише представници средњег слоја да би ме тек тако избацили на улицу...“ Трећи одговор: „Бескућница? На неки начин, јесам. Мислим, у hostelу сам – немам место које бих могла назвати домом. Ти и онако мораш да напустиш то место када напуниш 60 година – тако да сам ја бескућница у смислу да још није време за моју пензију“. Ibidem

од земље до земље, чак и између различитих ентитета или институција у истој држави или региону.

Бескућништво обухвата и статус оних особа чије се ноћно обитавалиште одвија у склоништу за бескућнике, дакле у једној институцији која обезбеђује привремено боравиште за особе које желе да буду институционално збринуте на неки начин или, пак, збринуте на неком приватном или јавном месту, које није у својој основи било одређено да се користи као редовни, ноћни смештај за људе. У САД, на пример, питањима бескућника бави се Министарство становања и урбаног развоја, које категорију „хроничног бескућника“ одређује као „усамљену особу, у једном стању онеспособљености, која је у статусу бескућника непрекидно једну годину или дуже или је имала бар четири епизоде бескућништва у протекле три године“.¹⁴

Но, у литератури се често наводи и питање, чије је разрешење важно у одређивању појма *бескућник*, а односи се на ситуацију када „не постоји приступ конвенционалном смештају“, а ипак се та особа не сматра бескућником. То се догађа у случајевима када се особе крећу с једног места на друго, као начин живота који је у складу са културолошким схватањима групе. Попут сточара, на пример, који се крећу за крдима и немају стално место пребивалишта. Још је теже одговорити на ово питање у односу на избеглице и имигранте. Избеглиштво такође може увећати нечију вулнерабилност на различите облике бескућништва.¹⁵

На европском континенту бескућништво такође представља једно од главних социјалних питања, које захтева јасан и недвосмислен политички координиран одговор. Најзначајнију, обједињену активност, у решавању друштвеног и правног статуса бескућника, остварује организација *FE-ANTSA (European Federation of National Organisations Working with the Homelessness)*, која је развила типологију бескућништва и недостатка становања, под називом *ETHOS (European Typology of Homelessness and housing exclusion)*. *ETHOS* типологија се заснива на концептуалном разумевању о постојању три домена који конституишу реч „дом“, а да непостојање сваког од њих, у ствари, указује на бескућништво. Уколико неко има свој „дом“, то се трајно може разумети као: остваривање адекватног становања (односно простора), при чему особа и његова/њена породица има право својине (физички домен); омогућавање да се очува приватност и ужива у одређеним релацијама са другима (социјални домен) и поседовање легалног права на одржај (правни домен).

14 Видети: *Homelessness in the United States*, loc.cit; *Homelessness*, loc.cit.

15 Видети: *Braving the Streets: The Anthropology of Homelessness*, loc.cit.

Непостојање неког од ова три одређења води ка заснивању четири концепта бескућништва, који се описују као: недостатак крова над главом, бескућништво, небезбедно становање и неадекватно становање. *ETHOS*, затим, класификује бескућнике, према томе како живе или каква је „кућна“ ситуација. Ове концептуалне категорије обухватају тринаест врста бескућника, у циљу вођења и примене различитих политичких поступака, као што су: мапирање питања бескућништва, развој, мониторинг и евалуациона политика, према свакој од њих. Те категорије лица су оне које живе: тешко (на улици, јавним просторима, на пример); у смештају за хитне случајеве (прихватилишта или прихватне станице); у склоништима за бескућнике; у склоништима за жене (због насиља у породици); у избегличким камповима; под притиском одузимања поседа судским путем; под претњом насиљем; привременим/неуобичајеним начином живота; у неподесним кућним условима; окружени великим бројем других лица, отпуштених из казних установа; у небезбедним условима или примају дуготрајну социјалну помоћ.¹⁶

4. Правна регулатива европског континенталног права (Европска унија, Савет Европе, поједине државе)

Пошто је Европски парламент усвојио Резолуцију о социјалним аспектима становања маја 1997. године, оформљен је Европски форум за становање (*European Housing Forum*), као место за размену мишљења и дискусију између мрежа укључених у питања становања, са седиштем у Бриселу. Циљеви ове организације огледају се у: размени информација између њених чланова, идентификацији тема које захтевају да се о њима води дискусија, као и у промовисању значаја сектора становања на свим нивоима. *FEANTSA* је члан овог Форума.¹⁷

У Паризу је од 18-19. септембра 2000. године одржан 12. неформални састанак министара за питања становања у државама чланицама Европске уније, са темом о „приступачности становању“, а такође и са идејом разматрања могућности доношења и усвајања посебне конвенције о праву на становање.

Препознавање и евидентирање права на становање у различитим међународним документима, дакле на нивоу УН, као и у оквиру Европске

¹⁶ *ETHOS* - European Typology of Homelessness and housing exclusion <http://www.feantsa.org/files/freshstart/Toolkits/Ethos/Leaflet/EN.pdf>, приступ: 27.4.2010.

¹⁷ *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Brussels, 19 April 2000, Charte 4242/00, Contrib 115 www.europarl.europa.eu/charter/civil/pdf/con115_en.pdf, приступ: 27.4.2010.

уније и Савета Европе, су поступци од посебног значаја за тврдњу да је бескућништво нешто што није само социјална тема, обухватајући и виктимолошки приступ, већ, пре свега, питање адекватне легислатуре у земљама Европе.

Листа докумената,¹⁸ који обухватају, између осталог и право на адекватно становање, мора да отпочне навођењем најважнијих аката донетих на нивоу Уједињених нација и Међународне организације рада, који прописују следеће:¹⁹ *Универзална декларација о људским правима* из 1948. године (*Universal declaration on human rights, 1948*), да „свака особа има право на стандард живљења који је довољан да осигура њено здравље и добробит, као и здравље и добробит чланова породице, поготову у погледу: исхране, одевања, становања, медицинске бриге, као и у погледу добијања неопходних социјалних услуга“ (А. 25.1.); *Споразум о економским, социјалним и културним правима* из 1966. (*Agreement on economic, social and cultural rights, 1966*), да „државе потписнице овог споразума признају право свакој особи на стандард живљења који је довољан за њу и њену породицу, укључујући довољно хране, одеће, као и задовољавајуће становање, као и непрекидан напредак у условима живота“ (А. 11); *Декларација о прогресу и развоју у социјалној области* из 1969. године (*Declaration on progress and development in the social domain, 1969*), да је један од главних предмета развоја политике да „се постара о свима, а посебно о људима са малим приходима и великим породицама, да имају задовољавајуће услове становања и пратеће заједничке службе“.

Затим, извесне циљне групе су заштићене, свака понаособ, експлицитним захтевом за адекватним становањем, путем извесних докумената, донетих на нивоу УН-а, односно од стране Међународне организације рада (МОР или ILO): радници (МОР, 1962), избеглице (МОР, 1961), деца (УН, 1959, 1989), жене (УН, 1979), остарели радници (МОР, 1980), радници имигранти (МОР, 1990), мањине (УН, 1991, домородачко становништво (УН, 1993).

Друга Конференција о становању (*Habitat Conference II* 3 to 14 June 1996) одржана је од 3-14. јуна 1996. године (уз приступање Европске уније Истамбулској декларацији) и својим планом акције обухватила је „обавезе владе да помогне становништву да оствари право на становање и да заштити и унапреди суседства“.

¹⁸ *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Brussels, 19 April 2000, Charte 4242/00, Contrib 115, loc.cit.

¹⁹ Детаљна анализа ових права, садржана је и у напису: *Council of Europe: „Housing Rights: The Duty to Ensure Housing for All“*, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1292391&Site=CommDH>, приступ: 4.5.2010.

На нивоу Европе, право на становање обухваћено је низом значајних докумената усвојених од стране Савета Европе. Међу њима, свакако је најзначајније поменути Европску конвенцију о људским правима (*European Convention on Human Rights*), усвојену 5. новембра 1950. године, намењену заштити грађанским и политичким правима и пет пратећих протокола,²⁰ У Конвенцији се не наводи право на становање, али, у члану 8 је прописано да сви људи имају право на поштовање свог приватног и породичног живота, њиховог дома и на своју преписку, као и право на оснивање породице (члан 12).

Савет Европе усвојио је и Европску социјалну повељу (*European Social Charter*),²¹ октобра 1961. године и ревидирану маја 1996. године, намењену заштити социјалних и економских права. Европски комитет за социјална права је потврдио да је Европска социјална повеља документ комплементаран Европској конвенцији о људским правима и да права гарантована Повељом нису ограничавајућа сама себи, већ комплементарна правима из Конвенције. Ипак, пракса је потврдила да је недељивост свих побројаних права, више теорија него стварност, зато што политичка и грађанска права тешко могу да остваре она лица која су лишена основних економских и социјалних права. Ревидирана Европска социјална повеља из 1996. године садржи специфично право на заштиту против сиромаштва и социјалне искључености. Документ, такође, садржи заштиту против модерних облика насиља – као што је сексуално узнемиравање, као и модерних облика искључености/ексклузије – као што је бескућништво.²² У члану 31 пише: „Са намером да се обезбеди задовољавајућа пракса у остваривању права на становање, уговорнице прихватају да предузимају мере у намери: да помогну да се обезбеди становање на адекватан начин, да спрече и умање статус бескућништва, са погледом на његово постепено елиминисање, да учине да цена становања буде прихватљива људима који немају потребна примања“.

Стална конференција локалних и регионалних власти Европе (*Permanent conference of local and regional authorities of Europe*, 1993), која се одржава од 1993. године, промовише препоруку, са циљем интегрисања права на

20 Видети: Council of Europe: *European Convention on Human Rights and its 5 Protocols*, <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>, приступ: 4.5.2010.

21 Council of Europe: *European Social Charter* <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/035.htm>, приступ: 4.5.2010.

22 Видети текст: *Social rights require adequate protection in Europe too* http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/061016_en.asp, приступ: 25.1.2010.

становање, у оквиру постојећих законских инструмената, посебно у складу са Европском конвенцијом о људским правима.

Право на становање регулисано је и на нивоу Европске уније. Наиме, Уговор о Европској унији (*Treaty of the European Union*),²³ из 1992. године, у члану 136 упућује на фундаментална социјална права утврђена Европском социјалном повељом из 1961. године (ревидирана Социјална повеља обухвата право на становање).

Европски парламент (European Parliament), који чине представници грађана – посланици, који се бирају на општим, непосредним изборима, сваких пет година, је изабрано тело које представља грађане Европске уније и учествује у законодавном процесу.²⁴ Ова институција ЕУ такође је донела низ значајних аката везаних за остваривање права на становање и елиминисање бескућништва. Резолуција о становању за бескућнике (*Resolution on housing for the homeless*, June 1987) донета је јуна 1987. године, по којој „право на становање треба да буде гарантовано легислатуром држава чланица и да га државе чланице препознају као фундаментално право“.²⁵ Затим, маја 1996. године усвојена је Резолуција Европског парламента о Другој конференцији Уједињених нација о становању из маја 1996. године (*European Parliament resolution on the United Nations Habitat II conference*, May 1996), по којој је неопходно „одмах позвати Европску унију да инкорпорише право на становање у све уговоре и повеље којима се регулишу активности и циљеви Европске уније“. У мају 1997. донета је Резолуција Европског парламента о социјалним аспектима становања (чије доношење прати оснивање Европског форума за становање) (*European Parliament resolution on the social aspects of housing* May, 1997), у којој се „позива Европска унија да обухвати право на становање својим уговорима“. Као значајно, треба навести и извештај Bertel Haarder из марта 2000. године, који је усвојила Комисија за слободу и права грађана, при Европском парламенту (*European Parliament, Commission on the freedom and rights of citizens, Bertel Haarder report*, March 2000). У овом извештају се захтева да сва економска и социјална права, рангирана од социјалне заштите ка условима адекватног

23 Видети, на пример: *Уговор из Мастрихта или Уговор о Европској унији* <http://eubezbednost.ccmr-bg.org/pdf/Ugovor%20iz%20Mastrihta%20ili%20Ugovor%20o%20Evropskoj%20uniji.pdf>, приступ: 4.5.2010.

24 Видети опширније: *Briefing No 39, The social aspects of enlargement of the European Union*, II. The Positions of the Institutions of the European Union, 1. The European Parliament http://www.europarl.europa.eu/enlargement/briefings/39a2_en.htm, приступ: 4.5.2010.

25 *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Brussels, 19 April 2000, Charte 4242/00, Contrib 115, loc.cit.

становања и од медицинске бриге ка одговарајућем образовању, треба да буду инкорпорирана у будућу Повељу Европске уније о основним правима.

Комитет региона објавио је иницијативу за бескућнике 1999. године (*Committee of the regions: announcement of initiative for the homeless 1999/C 293/07*), у којој се наглашава да уколико се „становање сматра једним од првих услова да се омогући особи да учествује у процесу социјалног и професионалног остваривања, Комитет региона позива европске судове да унапреде стремљење ка остваривању права на становање“.

Европска комисија за комуникацију (*European Commission Communication: Building a Europe of „inclusion“*, March 2000) у својој тежњи ка „инклузивној Европи“, сматра да је „губитак стана један од најозбиљнијих показатеља сиромаштва и социјалне искључености“, па је зато неопходно „... унапредити опште мере социјалне инклузије, захваљујући законском оквиру, који дефинише искључење у смислу приступа основним правима на пољу: запошљавања, становања, медицинске бриге, образовања, културе, породице и заштите деце“.

Право на становање, у појединим државама чланицама Европске уније, најпре је регулисано уставним одредбама, као у праву: Белгије, Шпаније, Грчке, Португала, Финске, Холандије, Шведске, затим уставним акатима појединих области у Немачкој (Бремен, Берлин, Брандебург, Баварија, Хамбург), коначно, посебним законима о становању или законима којима се регулише борба против сиромаштва (Француска, Данска, Уједињено Краљевство, Италија, Ирска, Немачка).²⁶

5. Правна регулатива домаћег права (норме о бескућништву, скитничењу)

Устав Републике Србије²⁷ не прописује посебно право на становање. У Другом делу Устава, под називом: „Људска и мањинска права и слободе“, у члану 69, прописује се право на социјалну заштиту, тако да грађани и породице којима је неопходна друштвена помоћ ради савладавања социјалних и животних тешкоћа и стварања услова за задовољавање основних животних потреба, имају право на социјалну заштиту, чије се пружање заснива на начелима социјалне правде, хуманизма и поштовања људског достојанства.

²⁶ Видети опширније: *Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Brussels, 19 April 2000, Charte 4242/00, Contrib 115, loc.cit.

²⁷ *Устав Републике Србије*, „Сл. гласник РС“ бр. 98/2006.

Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље усвојене у Стразбуру,²⁸ прописује право на становање у члану 31. У намери да обезбеде ефективно остваривање права на становање, стране уговорнице се обавезују да предузимају мере које имају за циљ: унапређивање приступа стамбеном смештају одговарајућег стандарда; спречавање или умањивање појаве бескућништва, како би се она постепено уклонила; да учине да цене стамбеног смештаја буду доступне онима који немају довољно средстава.

Правилник о организацији, нормативима и стандардима рада центра за социјални рад,²⁹ прописује да се приликом вођења досијеа о кориснику, у евидентирању „породичних и срединских утицаја“ (образац бр. 2), као „посебни проблеми чланова породице – домаћинства“, узимају у обзир и скитња, односно бескућништво. У Националној стратегији за младе³⁰ износи се да се, према подацима полиције, број деце и младих који живе или раде на улици у Републици Србији креће око 400, од тога око 200 у Београду. Међутим, поуздано се може претпоставити да је овај број неупоредиво већи. Ови млади углавном су лишени било какве организоване помоћи и подршке и у великом су ризику да постану жртве трговине људима. Као посебно осетљиве, маргинализоване и социјално угрожене групе младих, осим оних који су: без родитељског старања, смештени у васпитне установе, сиромашни, они који нису обухваћени школским системом, припадници националних мањина, верских заједница, млади са потребом за посебном подршком, избегла и расељена лица, у Стратегији развоја здравља младих у Републици Србији³¹ наводе се и бескућници. У Стратегији за борбу против дрога у Републици Србији за период од 2009. до 2013. године³² констатује се да је утицај дроге на друштво „разарајући“ и да изазива, између осталог, бескућништво и сиромаштво. Навођење дечијег бескућништва, као примера злоупотребе права детета, јасно је истакнуто у Правилнику о наставном плану и програму предмета грађанско васпитање за осми разред основне школе.³³ Правилник о ближим условима за оснивање и нормативима и стандардима за обављање делатности установа социјалне

28 *Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље усвојене у Стразбуру 3. маја 1996.*, „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 42/2009

29 *Правилник о организацији, нормативима и стандардима рада центра за социјални рад*, „Сл. гласник РС“ бр. 59/2008, 37/2010, 39/2011 – др. правилник, 1/2012 – др. правилник.

30 *Национална стратегија за младе*, „Сл. гласник РС“ бр. 55/2008.

31 *Стратегији развоја здравља младих*, „Сл. гласник РС“ бр. 104/2006.

32 *Стратегија за борбу против дрога у Републици Србији за период од 2009. до 2013. године*, „Сл. гласник РС“ бр. 16/2009.

33 *Правилник о наставном плану и програму предмета грађанско васпитање за осми разред основне школе*, „Сл. гласник РС“ бр. 6/2008.

заштите за смештај деце и омладине без родитељског старања и деце и омладине са поремећајима у понашању³⁴ прописује обавезу посебног евидентирања малолетника који се више од два пута прихватају у станици, са циљем да се месно надлежном центру за социјални рад предложи конкретан програм даљег рада у случају скитње малолетника (члан 27).

Стратегија за унапређивање положаја Рома у Републици Србији³⁵ наводи читав низ препорука у вези са стамбеним приликама повратника Рома, у периоду после реадмисије (бр. 5.4.2). За повратнике бескућнике треба организовати смештај.

Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању³⁶ претпостављају постојање етичких и међународних стандарда квалитета за планирање, спровођење, записивање и извештавање при испитивањима која се изводе на људима. У групу вулнерабилних испитаника спадале би и: сиромашне особе, бескућници и номади.

6. Закључак

Савремени облик бескућништва отпочео је као последица економских потреса у модерним друштвима 20. века, потпомогнут смањеном доступношћу да се обезбеди адекватно становање за сиромашније људе.

О бескућницима/скитницама/вагабундама данас је скоро немогуће изнети закључак који би окончао, умањио или бар ублажио њихов статусни положај и утицао на смањење њиховог виктимитета. Напротив, јавља се нова учесталост категорија људи који су се раније ређе, спорадично карактерисали као бескућници (деца) или сасвим нове форме код оних који су иначе мање изложени да ступе у категорију бескућника (средњи слој становништва екстремно осиромашен).

Стратегија социјалне инклузије у Европској унији била је усвојена од стране Европског савета у Лисабону 2000. године. Тиме су јасно обезбеђени услови за постизање опште сагласности на нивоу земаља Европске уније да се стимулише постизање координиране развојне националне политике у овој области. Ошти циљеви усвојени у Стратегији обухватају промовисање

34 *Правилник о ближим условима за оснивање и нормативима и стандардима за обављање делатности установа социјалне заштите за смештај деце и омладине без родитељског старања и деце и омладине са поремећајима у понашању*, „Сл. гласник РС“, бр. 88/93, 121/2003, 8/2006, 63/2006 и 36/2008 – др. правилник, 50/2012.

35 *Стратегија за унапређивање положаја Рома у Републици Србији*, „Сл. гласник РС“ бр. 27/2009.

36 *Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању*, „Сл. гласник РС“ бр. 28/2008.

доступности становању и превенције бескућништва. Стратегија социјалне инклузије у Европској унији спојена је, у међувремену, са још две одвојене стратегије о пензијама и здравственој заштити, у једну јединствену стратегију о социјалној заштити и социјалној инклузији. У марту 2006. године, Европски савет је усвојио нови оквир за процес социјалне заштите и за процес социјалне инклузије. У том ревидираном оквиру усвојена су три нова циља опште социјалне инклузије, укључујући: „обезбеђивање приступа свим добрима, правима и службама, неопходним за учешће у друштвеном животу, превенирање и обраћање пажње у односу на искључивање и борба против свих облика дискриминације који воде ка искључивању“. Овај документ, на путу наше земље ка Европској унији, довољан је подстрек, али и обавеза, ка усвојању нових законских решења којима би се на експлицитан начин штитило право на адекватно становање сваког становника код нас.³⁷

Литература

Јасић, С. (1968) *Закони старог и средњег вијека*, Београд.

Константиновић-Вилић, С., Костић, М. (2011) *Пенологија*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета.

Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М. (2012) *Криминологија*, Ниш, Центар за публикације Правног факултета.

Костић, М. (2008) Задовољавање потреба у условима сиромаштва. *Социјална мисао* 60, стр. 119-132.

Перовић, К. (1998) *Криминологија*, Универзитет Црне Горе - Подгорица, Никшић.

Clinard, M.V. (1968) *Socilogy of Deviant Behavior*, New York, Holt, Rinehart and Winston.

Интернет адресе

Braving the Streets: The Anthropology of Homelessness, <http://www.questia.com/library/1520226/braving-the-street-the-anthropology-of-homelessness>.

Homelessness, <http://en.wikipedia.org/wiki/Homelessness>.

37 Bill Edgar and Henk Meert, *Fifth Review of Statistics on Homelessness in Europe*, November 2006, FEANTSA, p. 7, http://www.feantsa.org/files/transnational_reports/2006reports/06RSen.pdf, приступ: 27.4.2010.

Homelessness in the United States, http://en.wikipedia.org/wiki/Homelessness_in_the_United_States#Crimes_against_homeless_people.

Teen 'sport killings' of homeless on the rise,

<http://edition.cnn.com/2007/US/02/19/homeless.attacks/index.html>.

A.L. Beier, Paul Ocobock: *A History of Vagrancy and Homelessness in Global Perspective*, Ohio University Press, Swallow Press, <http://www.ohioswallow.com/book/Cast+Out>.

Tim Lambert, *A History of Poverty*, <http://www.localhistories.org/povhist.html>.

Rae Brigdman, Irene Glasser: *Braving the Streets: The Anthropology of Homelessness*, Berghahn Books, New York 1999,

<http://www.questia.com/read/11070485?title=Braving%20the%20Street%3a%20The%20Anthropology%20of%20Homelessness>.

Street children, http://en.wikipedia.org/wiki/Street_children.

ETHOS - European Typology of Homelessness and housing exclusion,

<http://www.feantsa.org/files/freshstart/Toolkits/Ethos/Leaflet/EN.pdf>.

Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, Brussels, 19 April 2000, Chartre 4242/00, Contrib 115, www.europarl.europa.eu/charter/civil/pdf/con115_en.pdf.

Council of Europe: *Housing Rights: The Duty to Ensure Housing for All*,

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1292391&Site=CommD>.

Council of Europe: *European Convention on Human Rights and its 5 Protocols*,

<http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>.

Council of Europe: *European Social Charter*

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/html/035.htm>.

Social rights require adequate protection in Europe too

http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/061016_en.asp.

Уговор из Мастрихта или Уговор о Европској унији

<http://eubezbednost.ccmr-bg.org/pdf/Ugovor%20iz%20Mastrihta%20ili%20Ugovor%20o%20Evropskoj%20uniji.pdf>.

Briefing No 39, The social aspects of enlargement of the European Union, II. The Positions of the Institutions of the European Union, 1. The European Parliament

http://www.europarl.europa.eu/enlargement/briefings/39a2_en.htm.

Bill Edgar and Henk Meert, *Fifth Review of Statistics on Homelessness in Europe*, November 2006, FEANTSA, p. 7.,

http://www.feantsa.org/files/transnational_reports/2006reports/06RSen.pdf.

Прописи

Устав Републике Србије, „Сл. гласник РС“ бр. 98/2006.

Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље усвојене у Стразбуру 3. маја 1996., „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 42/2009.

Правилник о организацији, нормативима и стандардима рада центра за социјални рад, „Сл. гласник РС“ бр. 59/2008, 37/2010, 39/2011 – др. правилник, 1/2012 – др. правилник.

Национална стратегија за младе, „Сл. гласник РС“ бр. 55/2008.

Стратегији развоја здравља младих, „Сл. гласник РС“ бр. 104/2006.

Стратегија за борбу против дрога у Републици Србији за период од 2009. до 2013. године, „Сл. гласник РС“ бр. 16/2009.

Стратегија за унапређивање положаја Рома у Републици Србији, „Сл. гласник РС“ бр. 27/2009.

Смернице добре клиничке праксе у клиничком испитивању, „Сл. гласник РС“ бр. 28/2008.

Правилник о наставном плану и програму предмета грађанско васпитање за осми разред основне школе, „Сл. гласник РС“ бр. 6/2008.

Правилник о ближим условима за оснивање и нормативима и стандардима за обављање делатности установа социјалне заштите за смештај деце и омладине без родитељског старања и деце и омладине са поремећајима у понашању, „Сл. гласник РС“, бр. 88/93, 121/2003, 8/2006, 63/2006 и 36/2008 – др. правилник, 50/2012.

*Prof. Miomira Kostić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

Homelessness

Summary

The modern form of homelessness has started as the consequence of the economic distress in modern societies of the 20. century, helped by the minor possibility to provide adequate housing.

About the street children, homeless people, vagabonds, today is nearly impossible to make an unique conclusion which could end, reduce or even mitigate their social position and influence to disparage their victimity. On the contrary, there is a new frequency of the people who were in the past rarely or sporadic homeless (children) or completely new form at the category who had been subjected as little as possible to the homeless status of life (extreme poor people of the ex-middle social category).

Today, in the 21st century, Europe, social rights need to be adequately protected. The revised European Social Charter of 1996 contains a legal provision on a specific social right to be protected from poverty and social exclusion. This provision offers protection from some contemporary forms of violence (such as sexual harassment) and some modern forms of exclusion (such as vagrancy and loitering). The phenomenon of the so-called „crying“ poverty in Europe today refers to the categories of elderly people, disabled persons, migrants, the homeless people and to all the categories of the street children, as well as others persons living in unbearable and undignified living conditions. Homeless minors fall into a category of particular endangered social groups.

Keywords: *victimity, homelessness, vagabondage, vagrancy.*

ЕЛЕМЕНТИ УГОВОРА КАО НОСИОЦИ „РЕЛАЦИОНАЛНОСТИ“ УГОВОРНОГ ОДНОСА

Апстракт: Предмет рада је теорија релационих уговора, настала као резултат спознаје постојања тзв. некомплетних уговора: за разлику од „комплетних“ уговора, стране „некомплетних“ споразума дефинишу само кључне елементе уговора: остали елементи предмет су прећутне сагласности о будућем усклађивању. Разлог овом приступа лежи у ставу да је детаљно планирање комплексних уговорних односа финансијски и логистички захтевно. Кључ за читање релационог уговора је став да се уговорна релација мења када се мења контекст уговорног односа између страна: последица измене контекста је промена економске равнотежу уговора. За разлику од „некомплетних“ споразума, код „трансакционих“ споразума будућа измена контекста (економског, социјалног, политичког) на начин који мења обим и садржину права и обавеза страна није предмет уговорног регулисања. Ова особина трансакционих споразума рефлектује се кроз појмове дистинкције и презентације. Некомплетност споразума творци теорије релационих уговора превазилазе сагледавањем уговора као будуће размене, која је условљена одређеним елементима који се не могу унапред дефинисати. Теорија релационих уговора полази од става да су сви уговори уређени одређеним заједничким елементима и апстраховала десет таквих елеманата. Постулирање теорије ограничено је на став о постојању ових елемената у свим уговорним односима. Садржина, место и „критична тежина“ појединачног елемента у структури споразума зависе од околности уговорног односа у питању.

Кључне речи: релациони уговори; некомплетни споразуми; трансакциони уговори.

Увод

Теорија релационих уговора настала је у крилу аглосаксонске правне школе. Наиме, емпиријска анализа функционисања уговора у у одређеним гранама индустрије водила је закључку да да стране често користе „некомплетне“ споразуме, у којима је наглашено „партнерство“ уговарача: такво партнерство основ је очекивања да ће стране током еволуције уговорног односа (промене његовог контекста)¹ установити одговарајућу методологију усклађивања уговора са измењеним околностима. Комплетан споразум би код комплексних споразума попут концесија и јавно-приватних партнерстава² био инхибиторан: њиме би се ограничила флексибилност као претпоставка динамичког приступа страна еволуцији околности трансакције коју уговор уређује (еволуцији која мења ефективни, стварни однос страна из уговора у односу на „релацију“ утврђену самим уговором). За разлику од „комплетних“ уговора, стране „некомплетних“ споразума дефинишу само кључне елементе уговора: остали елементи предмет су прећутне сагласности о будућем усклађивању. Разлог овом приступа лежи у ставу да је детаљно планирање комплексних уговорних односа финансијски и логистички захтевно.³

Некомплетност споразума творци теорије релационих уговора превазилазе сагледавањем уговора као будуће размене, која је условљена одређеним елементима који се не могу унапред дефинисати (Macneil, 1980: 4).

Садржина те „будуће размене“ условљена је параметрима који су променљиви. Кључ за читање релационог уговора је став да се уговорна релација мења када се мења контекст уговорног односа између страна: последица измене контекста је промена економске равнотежу уговора. Описана промена контекста („релациони елемент“) може имати различиту природу (промена политичког, социјалног или економског оквира).

Из горе наведеног произилази следећи методолошки приступ релационих уговора.

1 Истраживач на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046) који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

Истраживач на пројекту „Одрживост идентитета Срба и националних мањина и пограничним општинама источне и југоисточне Србије „ (179013) који се реализује на Универзитету у Нишу-Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

2 О појму јавно-приватног партнерства видети више у Цветковић, Миленковић-Керковић, 2011: 758-770.

3 Видети више *infra* у тач. 2. овог рада.

Најпре, они су пре планови него нормативни водичи за будућност. Споразуми функционишу и ефектуирају се (остварују) у реалним околностима детерминисаним економским, социјалним и политичким факторима. Из наведене карактеризације релационих споразума као вишедимензионалних произилази закључак да економска визура није искључиви критеријум просуђивања о правима и обавезама страна.⁴

Потом, интерпретација релационих уговора мора узети у обзир не само генерално правно значење уговора засновано на у њему коришћеним терминима, већ и потребу установљавања јасне идеје о стварним карактеристикама односа између страна. Релациони приступ признаје, дакле, разлику између уговора као документа који функционише у стварном животу, са једне стране, и уговора који је правни аргумент и објект заштите у процедури решавања спорова, са друге стране.⁵

Теорија релационих уговора није примарно упућена судовима или арбитражама који решавају спорове из уговорног права: она је првенствено покушај да се анализирају и дефинишу карактеристике „уговора са преовлађујућим релационим приступом“⁶ на начин који странама из ових уговора омогућава да оптимално уреде своје односе. Такав оптималан однос би омогућио да форуми пред којима се спорови из оваквих уговора решавају препознају њихову „релациону“ карактеристику и адекватно је санкционишу. Теорија релационих уговора установљава нову филозофију уговарања која промовише координацију, кооперацију и солидарност као носеће карактеристике уговорног односа. Резултат описаног приступа је виши ниво одговорности актера и подстицање на усвајање оригиналних решења.

1. Континуум релационих уговора: од „преовлађујуће трансакционих“ до „преовлађујуће релационих“.

Теорија релационих уговора дефинише споразум као феномен који има два фрагмента: један од њих је „отелотворен“ у уговорним одредбама (трансакциони пол споразума); други је опредељен контекстом у коме се трансакција одвија (релациони пол споразума)(Macneil, 1973: 691,693).

4 Пример значаја релационих уговора као манифестације “холистичког” приступа уговору (приступа који *ex ante* укључује не само могућност, већ и значајну вероватноћу измене контекста у уговорне одредбе) јесу уговори о јавно-приватном партнерству (Цветковић, 2014: 120-122). Видети и излагање *infra* у тач. 3. 3. овог рада.

5 Видети излагање *infra* у тач. 1. овог рада о разликовању уговора као „права у акцији“ и уговора као „норме“

6 О појмовном одређењу „преовлађујуће трансакционих“ и „преовлађујуће релационих уговора“ видети излагање *infra* у тач. 1. овог рада.

Ваља нагласити: релациона теорија уговора не заступа став о установљавању релационих уговора као посебне, именоване категорије уговора која би била регулисана различито од других, условно названих дискреционих (трансакционих) уговора. Заступници релационе теорије залажу се искључиво за одговарајуће уважавање специфичности уговора код којих је релациони елеменат изражен: најпре његово препознавање, а потом и одговарајуће имплементирање у самом уговору. Дакле, теорија релационих уговора не утврђује релационе уговоре као посебан тип уговора у правно-формалном смислу и не етаблира бинарну конструкцију: не постоје „нерелациони“ уговори као антипод релационим уговорима.

Поставка теорије релационих уговора је да је „релационалност“ карактеристика свих уговорних инструмента: наиме, уговори се позиционирају у „континууму“ од „преовлађујуће трансакционих“⁷ до „преовлађујуће релационих“: ефекти ових других базирани су на специфичној сврси и палети ангажованих интереса, те немогућности комплетног ех анте планирања уговорног односа као „пројекта будућег понашања“. При томе је релациони елеменат увек присутан: и у „преовлађујуће трансакционим“ уговорима, као што је куповина робе која се реализује једнократно, права и обавезе страна делом су условљени општим окружењем (контекстом) у коме се уговор закључује и реализује. Уговори који би били искључиво трансакциони су имагинарни, готово фиктивни (Macneil, 1974: 593, 595).

У основи дуалитета (не и дихотомије, јер се не ради о различитим типовима уговора) „трансакционог“ и „релационог“ карактера споразума лежи поставка теорије релационих уговора која прави разлику између уговора у акцији („*e. „Contract in action“*“; „*Contract in fact*“) и уговора као норме.

„Уговор у акцији“ дефинише стварне последице и дејства права, обавеза и одговорности. Обим и садржина стварних, ефективних права и обавеза може се разликовати од обима и садржине права и обавеза дефинисаних уговором.

Уговор као „норма“ односи се на формалноправни инструмент који је основ за права, обавезе и одговорности које чине право у акцији, укључујући и процедуру решавања спорова.

Описано разликовање од значаја је за теорију релационих уговора: једино уколико је споразум сагледан као „уговор у акцији“ могуће је укључивање контекста у дефинисање услова „будуће размене“. При томе је важно нагласити разлику у третману будуће размене преовлађујуће трансакционих

⁷ Macneil користи термин „discreet contracts“ (дискретни уговори). У наставку рада ће се за ове уговоре користити формулација „преовлађујуће трансакциони“ или „трансакциони“ уговори.

и преовлађујуће релационих уговора. Та разлика се може артикулисати на следећи начин:

-код трансакционих уговора, измена контекста на начин који мења обим и садржину права и обавеза утврђених уговором доводи до раскида уговора и решавања спора пред надлежним органом. Стране не инкорпорирају „*ex ante*“ очекивање да ће се контекст изменити. Измена контекста је, у случају трансакционих уговора, нерегуларност у односу на уговорне одредбе и решава се „*ex post*“ интерпретацијом уговора као „норме“ пред трећим субјектом (судом, арбитражом). Свака измена садржине и обима уговорних обавеза настала као резултат измене контекста херметизирана је и стављена у оквир уговора као нормe.⁸

-код релационих уговора, стране претпостављају *ex ante*, приликом структурирања уговорног односа, да ће наступити промена контекста. Ово је очекивање засновано на дугорочности уговора, његовој комплексности (вредност и сложеност потребних персоналних, технолошких и финансијских ресурса), броју и карактеру укључених страна (држава, приватни сектор). Стога већ приликом формулисања одредби уговора (уговора као „норме“) антиципирају описане промене и методолошки (кроз консултације, механизме усклађивања цена, периодичне преговоре о условима уговора) остављају простор за уподобљавање уговора новом контексту. Тиме се уговор као „норма“ делом трансформише у уговор као „право у акцији“.⁹

2. Дистинкција и презентација

Разликовање између трансакционих и релационих уговора базирано је на концепту дистинкције и презентације.

Дистинкција је процес сепарирања споразума од осталих односа који га окружују и који чине контекст споразума. Под овим се појмом подразумева изостанак правног значаја било ког односа између страна изван уговора.¹⁰

Презентација (е. „*presentiation*“; процес увођења будућих догађаја у садашње оквире) је процес планирања будућих догађаја и понашања уговараца из перспективе тренутка закључења уговора. Идеја презентације јесте да уговорни споразум мора да буде комплетан на начин који решава

8 Овај процес назива се „презентација“. Видети излагање *infra* у тач. 2. овог рада.

9 Видети и *infra* тачку 3. 3. овог рада.

10 Ово сепарирање, као што је већ речено, у пракси није могуће потпуно остварити: „нерелациони“ уговори су фикција а не реалност. Видети излагање *supra* у тач. 1. овог рада.

отворена питања садржине и реализације уговора која се у будућности могу јавити. Презентијација подразумева да је размена у потпуности усаглашена и планирана.

Дистинкција, дакле, ограничава оквир сагласности страна на односе које креира трансакција, елиминишући контекст из предмета анализе. Презентијација, пак, ефекте ове сагласности проширује на будуће догађаје и посматра их кроз визуру околности релевантних у моменту закључења уговора.

Дистинкција и презентација превлађујући су концепти у методологији трансакционих уговора. За разлику од њих, у случају релационих уговора презентација (чак и када је могућа) економски и логистички је захтевна на начин који је чини мало вероватном, чак и бесмисленом. На пример, уговор о страним инвестицијама који за предмет има експлоатацију природних богатстава хипотетички може процес презентације применити и на питање економске исплативости такве експлоатације (нпр. квалитет руде која се експлоатацијом добија). Презентација будућег питања економске оправданости манифестовала би се кроз уговарање осигурања за случај да експлоатација није економски одржива. Премија тааквог осигурања била финансијски захтевна (под условом да се нађе осигуравач који жели да осигура такву инвестицију) до мере која обесмишљава сам пројекат.

Презентација и дистинкција доприносе стабилности уговорног односа: овој стабилности, међутим, корелативна је конзервативна стратегија уговарача која у крајњем води аверзији од преузимања ризика. Последица ове аверзије је да се ризик за промену контекста уговора лоцира на дужника престације. Он ће бити у обавези да испоручи робу, изврши услугу или учини плаћање без обзира на промењени контекст уговора. Ова алокација не мора увек да буде манифестација „разумне правде“.¹¹

3. Елементи уговора у светлу теорије релационих уговора

Теорија релационих уговора полази од става да су сви уговори уређени одређеним заједничким елементима (нормама) које играју важну улогу

11 Хипотетичка илустрација неправедности горе наведене алокације ризика је следећа: предузетник је изградио фабрику за прераду технолошког отпада (старих мобилних телефона, чипова и слично) уз претпоставку да ће добити субвенције за такву прераду од државе (због елиминисања опасног отпада). Ова чињеница важан је елемент контекста споразума које овај предузетник има са купцима сировина које се добијају из прерађеног отпада. Изостанак наведених субвенција мења контекст споразума предузетника и купаца сировина, при чему би се лоцирање ризика на предузетника (чему води примена концепта презентације и дистинкције) сматрало неправедним.

у дефинисању права, обавеза и одговорности страна и имплементацији уговореног у пракси. Ови су елементи базирани на одређеним вредностима, пре свега потреби очувања флексибилности у контексту променљивих социјалних и економских фактора који утичу на уговорни однос.

Macneil је формирао листу од десет норми (елемената) заједничких за све уговоре. Кроз анализу ових елемената долази се до разлике између трансакционих и релационих споразума. (Macneil, 1983: 340).

Листу заједничких елемената („норми“) чине:

1. -// елемент интегритета уговора (е. „*role integrity*“).
2. -// реципроцитета (е. „*mutuality and reciprocity*“)
3. -// имплементације планираног (е. „*implementation of planning*“)
4. -// реализације планираног (е. „*effectuation of consent*“)
5. -// флексибилности (е. „*flexibility*“)
6. -// уговорне солидарности (е. „*contractual solidarity*“)
7. елементи кохезије (елемент повраћаја, поуздање и интереса очекивања; е. „*the linking norms: restitution, reliance and expectation interests*“)
8. -// установљавања и ограничења овлашћења уговарача (е. „*creation and restraint of power*“)
9. -// подобности средстава (е. „*propriety of means*“)
10. -// хармонизације са социјалним матриксом (е. „*harmonization with social matrix*“). (Macneil, 1983: 340-418; Macneil, 1980: 60).

Садржина, место у структури уговора и „критична тежина“ појединачног елемента у тој структури зависе од околности уговорног односа у питању: теорија релационих уговора не промовише *a priori* већи или мањи значај једног од ових елемената у односу на друге елементе уговора. Постулирање теорије ограничено је на став о постојању ових елемената у свим уговорним односима.

3.1. Интегритет улога

Елемент „интегритета улога“ огледа се у тенденцији да стране уговорног односа „теже да превазиђу формализовану рационалност“ како би оствариле заједничке циљеве (Macneil, 1980: 40-44; Macaulay, 1985: 465-468).

Тежиште уговорних страна је, дакле, на „уговору у акцији“.¹² Интегритет улога претпоставља да уговарачи имају међусобно поверење: сваки од њих очекује да ће се друга страна испунити своје обавезе на адекватан начин, чак и у случају (*ex ante* антиципиране) измене контекста уговора на начин који мења садржину њихове, уговором утврђене размене. Очекивање таквог понашања друге стране фундаментални је елемент било ког уговорног односа, а посебно оног који је квалификован комплексношћу (дугорочношћу, обимом и структуром ангажованих ресурса те тангираним интересима).¹³

3.2. Елемент реципроцитета

У уговорним односима важи принцип „*do ut des*“: уговор је закључен са очекивањем сваке од страна да ће од другог уговарача добити за узврат одређену чинидбу. Истовремено, важи и принцип „*quid pro quo*“: свако давање једне стране требало би да буде у складу са давањем друге стране. Код релационих уговора, међутим, значај елемента реципроцитета карактерише чињеница да се ради о равнотежи између обавеза које садржински и у погледу обима нису *ex ante* дефинисане уговором (било

12 Видети излагање *supra* у тач. 1. овог рада.

13 Значај интегритета улога може се илустровати кроз уговор о концесији: приватни партнер (концесионар) из овог уговора има улогу која је дефинисана његовом природом тржишног актера. Ова је улога, међутим, „галванизована“ са његовом улогом концесионара који, уз остваривање добити, има и обавезу чувања јавног интереса. Интегритет описане улоге концесионара мора постојати током читавог уговорног односа. Тај интегритет ће бити нарушен уколико концесионар при крају трајања уговора смањи улагања у одржавање постројења које је предмет концесије како би увећао сопствену добит. Резултат описане „дезинтеграције“ основне улоге концесионара (дефинисане као приватног предузетника који обавља делатност од јавног интереса) има за резултат економску неисплативост објекта или постројења које након окончања концесије прелазе у својину државе (економска неисплативост је резултат неодговарајућег одржавања објекта или постројења у питању). *Vice versa*, јавни партнер има интегритет концедента који је пренео део суверених овлашћења и обављање делатности од јавног интереса на концесионара као приватног партнера (задржавајући при томе право контроле и надзора). Интегритет описане улоге концедента нарушен је уколико он, користећи суверене прерогативе (а занемарујући улогу коју има као страна из уговора о концесији) промени услове концесије мимо уговором предвиђених услова. Мотивација ове промене може бити, на пример, неочекивано висока добит концесионара у односу на ону која је процењена од стране концедента приликом евалуације уговора.

због тога што би такво дефинисање, односно презентација, учинила уговор економски неодрживим¹⁴, било због асиметрије информација).¹⁵

Код релационих уговора реципроцитет се не тиче квантификованих и мерљивих чинидби већ се односи на опште понашање друге стране које антиципира једна од страна: реципроцитет релационих уговора подразумева функционалну, а не формалну једнакост. Функционална једнакост заснована је на балансу између између циљева уговарача, а не на тачно дефинисаном доприносу једне и друге стране које је због некоресподентности параметара немогуће упоредити.¹⁶ Формална једнакост као циљ реципроцитета видљива је и лако мерљива код преовлађујуће трансакционих уговора (уговора о продаји, на пример, где купац даје новац и добија робу од продавца која је мерљива параметром монетарне вредности). Код релационих уговора, пак, реципроцитет се заснива на потреби да свака од страна добије адекватну противчинидбу за своје понашање. Шта ће се сматрати „адекватном“ противчинидбом зависи од сврхе конкретног уговора: из те сврхе се апстрахују интереси који су разлог обавезивања уговарача релационим уговором. У крајњем,

14 Више о презентацији видети *supra* у тач. 2. овог рада

15 Асиметричност информација је појам који означава предност једног уговарача над другим у погледу информација о предмету уговора. На пример, код уговора о улагању приватног капитала у инфраструктуру, држава (или њене еманације) располаже знањем о квалитету постојеће инфраструктуре (нпр. код водоснабдевања локалне самоуправе имају сопствено, „приватно“ знање о квалитету инфраструктуре-пумпних и мерних система, ценовода и слично). Описано знање је у асиметрији са знањем приватноправног уговарача, који у одсуству транспарентних и доступних података о квалитету инфраструктуре одустаје од провере информација о карактеристикама и структури постојећих објеката или подручја (земљишта, природних ресурса) на којима се улагање реализује. Разлог одустајања најчешће лежи у трошковима таквог испитивања (Цветковић, 2013: 241-254)

16 Елемент реципроцитета није, за разлику од трансакционих уговора, нужно непосредно видљив код релационих уговора. Разлог томе је чињеница да је размена код релационих уговора вишестепена и комплексна. Тиме се не негира став релационе теорије да је уговор увек вид одређене размене (осим бестеретних уговора): стране релационих уговора носе одређене терете односно реципрочно имају одређене користи. То, међутим, не значи да је подела користи једнака у смислу да је корист једне стране увек кореспондира са обавезом (теретом) другог уговарача: на пример, код уговора о изградњи постројења за прераду отпада, постоји и корист која је заједничка не само за уговараче, већ и за ширу друштвену заједницу (смањење нивоа загађења). Размена користи из релационих уговора по правилу није симултана: на пример, страна која гради објекат на основу концесије у првом периоду углавном сноси трошкове, док профит очекује након одређеног периода експлоатације која би требало да покрије терет инвестирања у објекат.

обезбеђење функционалног реципроцитета основ је поверења и дугорочне сарадње страна релационог уговора.

3.3. Имплементација планираног уговора

Сваки уговор садржи елеменат планирања будућих односа. Елеменат „имплементације планираног“ манифестује се кроз уговорно дефинисање обавеза које ће бити испуњене у будућности. Планирањем се, дакле, смањује ниво непознаница које могу наступити *pro futuro*. Разлика између трансакционих и релационих уговора је, у контексту теорије релационих уговора, што први теже „потпуном планирању“ на следећи начин:

- садржај обавезе код трансакционих уговора изричито је дефинисан;
- предмет размене у потпуности је одређен и квантификован;
- појединачни планови уговарача познати су пре закључења уговора.

У складу са горе наведеним, трансакциони уговор представља „заједнички план“ уговарача и израз је њихове воље да се тај сплан спроведе. Свака будућа несигурност у погледу садржаја и обима обавеза решава се (по правилу) пред форумом надлежним за решавање спора.

Релациони уговори, пак, почивају на претпоставци инхерентне непредвидљивости будућности што условљава следеће:

- **уговарачи споразум виде као текућу интеграцију понашања које се мења се са изменом контекста у предвидљивој будућности, док тешкоће нису ништа неочекивано;**¹⁷
- садржина и обим престација делом су дефинисани уговором, а делом зависе од дијалектике саме релације која зависи од (очекиваних) измена контекста уговора;
- неопходно је да се у уговор инкорпорира механизам за „перманентно усклађивање“ уговорног односа, чиме се обезбеђује адаптација уговора на динамику контекста и у крајњем опстанак релационог споразума.

3.4. Имплементација сагласне воље страна

Имплементација сагласне воље страна везана је за концепт аутономије воље. Аутономија воље резултира преузимањем одређене обавезе. У исто време, имплементација сагласне воље страна као елеменат уговора ограничава избор уговарача након што су дефинисали уговорна права, обавезе и

¹⁷ Описана „неодређеност“ коригује се промоцијом веза поверења, међузависности, репутације, јавног интереса и корпоративног понашања (Masneil, 1974: 593, 595).

одговорности. Наиме, сагласност страна да се понашају на одређени начин (позитивни аспект сагласности; избор одређеног понашања од стране уговарача дефинисан уговором) праћен је корелативним негативним аспектом: тачније, избор једног модалитета понашања (модалитета садржаног у уговору) значи и елиминисање других могућности понашања.

Теорија релационих споразума уговор посматра првенствено као генератор размене, а не као „обећање“ чинидбе: уговор је однос страна које размењују, размењивале су или ће размењивати одређене престације у будућности (Macneil, 1987: 272-274). Обећање остаје значајно за пројектовање размене у будућности: оно јесте централни елемент „преовлађујуће трансакционог уговора“ али се не може сматрати таквим елементом у контексту „преовлађујуће релационих уговора“. Разлог томе лежи у чињеници да дато обећање никада није идентично примљеном обећању: свако обећање је увек обећање даваоца обећања и примаоца обећања, при чему оба субјекта могу да задрже „менталну резерву“ у односу на садржину обећаног. Резултирајућа неузајамност варира од суптилних до великих разлика у разумевању. Ове разлике могу бити решене само увођењем корективног елемента који је дистинктиван од самог обећања. Тај елемент јесте пројекција „будуће“, „необећане“ размене. Релациона теорија садржину „необећане размене“ чини зависном од контекста (будућих измењених очекивања уговарача о садржини и обиму размене, ефекат измене тржишних услова, промена у управљачким структурама и слично) (Macneil, 1980: 8).

Разлика између трансакционих и релационих уговора јесте што први изједначавају сагласност о садржини и обиму размене са планирањем: заснивају се на претпоставци су се стране обавезале да поступају као да су у моменту закључења имале потпуну анализу и знања о свим потенцијалним ефектима уговора.¹⁸ Уколико дође до спора страна (спора о ефектима уговора) он се решава пред трећим субјектом (судом или арбитражом). Имплементација сагласности базирана је на претпоставци да су спроведени процеси дискреције и презентације, те да је та сагласност резултат „заједничког плана“ уговарача.

У случају уговора са преовлађујуће релационим приступом, елемент имплементације сагласности има специфичност у следећем: сагласност страна укључује и сагласност да уговорне одредбе нису „коначан“ и потпун план уговора, већ да постоје одређени „трансформативни фактори“ који служе за утврђивање садржине будуће, „необећане размене“. Реч је о

¹⁸ Macneil se suprotstavlja ovom se изједначавању: „Изједначавање сагласности и планирања је тешко сматрати валидним. Оно је вештачко“ (Macneil, 1980: 49).

факторима који нису у потпуности дефинисани приликом закључења уговора (те стога не могу да буду део коначног и потпуног плана рефлектованог у уговорним одредбама): у моменту закључења релационог уговора познато је да ће тих фактора бити, али садржина и обим њиховог дејства не могу у потпуности да се дефинишу. Сагласност код релационог уговора, дакле, није синоним за планирање јер не постоји целовити и потпуни „план“ који дефинише садржину и обим престаџија.

Пројекција обећане размене морала би да буде праћена стандардима као што су принцип разумности, добре вере и легитимних очекивања. У случају преовлађујуће трансакционих уговора (код којих је презентација могућа), тежиште је на одговорности страна да одговарајуће процене сопствене интересе пре него што у обавезу уђу: описани став епиграмски се одражава у синтагми „*caveat emptor*“. Разумност, добра вера и легитимна очекивања део су и ових уговора, али је њихов значај мањи него код преовлађујуће релационих уговора код којих наведени стандарди служе за утврђивање обима и садржине будуће, „необећане“, а за успех уговора нужне размене уговарача. Код релационих уговора могуће је да се „необећана“ размена трансформише у „обећану“, изричиту размену: вероватноћу ове трансформације ограничава чињеница да су њени трошкови често превисоки и социјално и економски неоправдани.¹⁹

3.5. Флексибилност

Флексибилност је елемент уговора заснован на признању потребе да се избегне ригидност у имплементацији и тиме омогући адаптација на измењене околности. Елемент флексибилности у уговорним односима произилази из ограничења (укључујући и асиметрију информација) које утиче на лимите рационалног одлучивања. Разлози који правдају елемент флексибилности у уговору постоје код сваке трансакције. Чешће се јављају и интензивнији су код релационих уговора.

Код трансакционих уговора флексибилност остаје изван уговора. Од процене страна зависи да ли ће или не уговор бити измењен. Уколико се уговор не измени, наступа ризик да буде прекршен: тада се спор о правима, обавезама и одговорностима страна решава пред судом и арбитражом.

Код релационих уговора флексибилност почива на претпоставци солидарности страна и узајамном уважавању „интегритета улога“ уговарача: она је средство уподобљавања уговорног односа изменама контекста уговора. Флексибилност би требало да омогући да:

¹⁹ Видети *supra* излагање о презентацији у тач. 2. овог рада.

- свака страна очува „интегритет“ своје улоге,²⁰
- конфликти које генерише контекст (конфликти манифестовани у изменама садржине права, обавеза и одговорности насталим због деловања трансформативних фактора) буду редуковани.

Елеменат флексибилности огледа се у понашању страна на следећи начин: свака страна антиципира да ће партнер из уговора бити кооперативан те да ће бити могућа промена садржине уговорног односа у складу са изменом контекста. Изостанак такве могућности чини стране обавезаним одредбама првобитног, код релационих уговора „непотпуног плана“ садржаног у уговорима као „норми“: везаност за уговор као норму чини резултат уговора неправичним у измењеном контексту. У овом смислу, флексибилност се може сматрати суштинском претпоставком за адекватно дејство свих других елемената релационих уговора.²¹

Флексибилност се може увести у уговорни однос и код трансакционих и код релационих уговора кроз одредбе о промењеним околностима, третману тих околности те условима за преговоре о изменама уговора. Код уговора са преовлађујуће релационим приступом међутим, флексибилност се инкорпорира и кроз механизме консултација, претходних упозорења, утврђивања формула за дефинисање цена услуга од јавног интереса и слично. Код преовлађујуће трансакционих уговора ови елементи немају пуно смисла (на пример, механизам консултација није неопходан код симултане продаје робе).

3.6. Уговорна солидарност

Уговорна солидарност као елеменат уговора има своју уговорну и вануговорну димензију.

Уговорна солидарност омогућава опстанак размене и екстензију реципроцитета током дужег периода: суштински, она је механизам који спречава да уговорни однос буде раскинут на појаву прве тешкоће у његовој реализацији. *Bona fide* уговорна страна тежи понашању које доприноси стабилности уговора и његовој виталности (Macnail, 1980: 52).

Код трансакционих уговора, солидарност није уговорна: она је вануговорна, екстерна, лоцирана изван уговорног односа. У случају спора, солидарност начелно нема улогу аргумента код арбитража и судова.²²

²⁰ Више о интегритету улога видети *supra* у тач. 3. 1. овог рада.

²¹ Престижни аутори карактеришу елеменат флексибилности као „есенцијалну компоненту“ релационих уговора и њихов руководећи принцип (Austen-Baker, 2009:219-220).

²² На пример, уколико неко није платио рату за кредит због поплаве, банка има право да тражи наплату кредита. Питање њене солидарности је „вануговорно“. Солидарност

За разлику од трансакционих уговора, релациони споразуми „интернализују“ вануговорну солидарност и опредељују је као уговорну. Елеменат уговорне солидарности појавно се јавља као обавеза поверења, као обавеза добре вере, као обавеза прихватања потребе „разумног“ понашања (одређивање „разумног рока“, одређивање „разумно према околностима“ и слично).²³ Солидарност је заснована на идеји међузависности као претпоставци на којој почива успех пројекта. Тиме постаје оквир размене која није заснована на „зеро сум“ принципу, већ оне код које успех једног актера значи и успех другог.²⁴ Значај солидарности расте са релационим карактером уговора: релациони карактер утиче на виши ниво међузависности, која пак даље генерише већи утицај елемента солидарности. Утицај елемента солидарност на понашање страна огледа се у томе што стране дају приоритет дугорочним позитивним ефектима које им носи уговор уместо краткорочних користи заснованих на опортунистичком понашању. У коначном, елеменат солидарности иде у прилог начелу *in favorem contractus* и јача изгледе за опстанак релационог уговора (Macnail, 1980: 96,97).

3.7. Кохезиони елементи

Сваки уговор има одређене кохезионе елементе, неопходне за усклађивање инцијалног уговора са измењеним контекстом уговора. Кључни кохезиони елеменат теорије релационих уговора је интерес очекивања. **Интерес очекивања конституише заштиту перцепције стране о томе шта представља садржину обећања једне од страна.** Како су уговори пројекција размене у будућности (барем једна страна очекује да добије профит из трансакције не одмах, већ у неком моменту након закључења уговора), очекивање реализације ове размене јесте легитимни интерес. Интерес очекивања значајно је већи код релационих у односу на трансакционе споразуме: ова разлика произилази из чињенице да релациони уговори нису у потпуности предмет презентације, те да је део „уговорене размене“ (будућа, „необећана“ размена) остављен за ех

није њена правна обавеза.

23 Овај метод стандардизације као начина остваривања флексибилности и солидарности присутан је у изворима међународног привредног уговорног права. Тиме се, на неки начин, наглашава чињеница да и ови уговори, мада претежно трансакциони, имају елементе релационог карактера. Ово је у складу са тезом да су сви уговори релациони, с разликом у интензитету (видети више у: Цветковић, 2000, стр. 1-30).

24 Игра са фиксном сумом (eng. **zero-sum games**) је појам из теорије игара. Реч је о игри код које добитак једног играча представља директан губитак за другог. Пример је фудбалска утакмица – сваки гол за један тим представља добитак за тај тим и коресподентан губитак тима који је гол примио.

post дефинисање страна, односно да не наступа симултано.²⁵ Реализације будуће размене предмет је интереса очекивања.

3.8. Елеменат овлашћења

Елеменат овлашћења јавља се као установљавање одређене „власти“ једне стране над другом, те ограничења те моћи у циљу реализације циљева уговора. Овај феномен наступа у сваком уговорном односу. Квалификован значај код релационих уговора дају му елементи дугорочности и међузависности уговарача. Елеменат овлашћења је двостран и узајаман. Уговор даје свакој страни право да намеће одређене обавезе уговорном партнеру, али такође и узајамну обавезу признања коресподентних права друге стране да интервенише у пољу интереса првог партнера.²⁶

3.9. Подобност средстава

Подобност средстава је елемент уговора који се тиче начина на који се уговорни однос реализује. Овим се елементом ограничавају модалитети остваривања легитимних циљева уговора. Критеријум подобности средстава примењује се на просуђивање формалног и неформалног поступања страна, укључујући и просуђивање тог поступања у светлу обичаја и праксе уговарача (Macnail, 2000: 431, 432). Елеменат подобности средстава претпоставља да реализација уговора подразумева одређене обрасце понашања, при чему код релационих уговора на ове обрасце утиче социјални контексти и специфичности конкретног пројекта. Подобност средстава има и ограничавајућу димензију: страна може спроводити своје циљеве, при чему то спровођење мора бити у складу са потребом остваривања циљева уговора (телеолошко ограничење). Тако приватни партнер из уговора о концесији може спроводити тржишно понашање у мери у којој то не угрожава јавни интерес; *vice versa*, концедент има право вршења суверених овлашћења до мере до које то не угрожава његове уговором дефинисане обавезе (осим у случајевима када је угрожено остваривање јавног интереса).²⁷

25 Видети *supra* напомену 16.

26 Уговор је механизам узајамног трансфера овлашћења и ограничења тих овлашћења од једне стране ка другој. Пример овог ограничења код релационих споразума је следећи: један уговарач обезбеђује земљиште и инфраструктуру за изградњу комплекса коју реализује други уговарач, за цену од 1.000.000 €. Тиме је први партнер ограничен у коришћењу свог земљишта не само у периоду грађења. Други партнер (онај који гради), ограничен је у могућности да своја средства користи за прифитабилније пројекте.

27 Видети *supra* напомену 13.

Подобност средстава има јасну релациону димензију: садржина овог елемента зависи од природе конкретног уговора и параметара који се тичу уговорног оквира, карактеристика страна и њихових индивидуалних и заједничких потреба и циљева. Трансакциони уговори су индиферентни у односу на то како ће се имплементирати споразум: ограничења су стављена екстерним (законским) нормама. Релациони уговори на другој страни могу да наметну одређене рестрикције.²⁸

3.10. Хармонизација са социјалном матрицом

Релациони уговор мора да одражава сагласност уговора са ширим социјалним нормама. Хармонизација обухвата елементе који су неопходни да наступи размена као манифестација уговора. Уговорни је однос интегрисан у социјалну матрицу: она се суштински своди на контекст. Социјална матрица подразумева да се обезбеди: ефективна комуникација (размена мишљења, ставова и циљева између страна) и ефикасан механизам за имплементацију уговора. Потреба хармонизације са социјалном матрицом већа је код релационих уговора, с обзиром на шири контекст и укључивање ширих друштвених вредности (не само економских параметара) у обим уговором дефинисане и очекиване „будуће“ размене (на пример, улагање у објекте инфраструктуре увек носи и потребу уважавања ширих друштвених интереса).

4. Закључак

Теорија релационих уговора резултат је чињенице да одређени споразуми, због дугорочности, комплексности престација и значаја ангажованих интереса имају карактер „некомплетних“ споразума. Пример оваквих споразума су уговори о концесијама и јавно-приватним партнерствима. Ово су споразуми код којих није могуће у потпуности извршити дистинкцију и презентацију. Дистинкција је процес сепарирања споразума од осталих односа који га окружују и који чине контекст споразума. Њоме се оквир сагласност страна ограничава само на формалне одредбе уговора. Презентација је процес планирања будућих догађаја и понашања уговорача из перспективе тренутка закључења уговора.

²⁸ Подобност средстава код релационих уговора мора узети у обзир контекст уговора. На пример, код уговора о концесији којим је концесионар добио право експлоатације природних богатстава, могућност експлоатације ограничена је подобношћу средстава да та експлоатација не штити одређене „хоризонталне вредности“ попут животне средине и јавног здравља. Ови се захтеви могу, свакако, јавити и код трансакционог уговора. Ипак, због ужег контекста интензитета и обима утицаја елемента подобности средстава мањи је него код релационих уговора.

Дистинкција и презентација превлађујући су концепти у методологији трансакционих уговора. Ради се о уговорима код којих будућа измена контекста (економског, социјалног, политичког) на начин који мења обим и садржину права и обавеза утврђених уговором, начелно има за резултат раскид уговора и решавања спора пред надлежним органом. Стране не инкорпорирају „ex ante“ очекивање да ће се контекст изменити. Измена контекста је, у случају трансакционих уговора, нерегуларност у односу на уговорне одредбе и решава се „ex post“ интерпретацијом уговора као „норме“ пред трећим субјектом (судом, арбитражом). Пример трансакционог споразума је уговор о продаји робе: извршење је симултано, купац даје новац и добија робу од продавца која је мерљива параметром монетарне вредности, а све околности трансакције су углавном предвиђене уговором: то јест, предмет су презентације и дистинкције.

Релациони уговори су, пак, споразуми који имају два фрагмента: један од њих је „отелотворен“ у уговорним одредбама (трансакциони пол споразума); други је опредељен контекстом у коме се трансакција одвија (релациони пол споразума). Код релационих уговора, **уговарачи споразум виде као текућу интеграцију понашања које се мења се са изменом контекста у предвидљивој будућности, док тешкоће нису ништа неочекивано.** Стране претпостављају ex ante, приликом структурирања уговорног односа, да ће извесно наступити промена контекста. Ово је очекивање засновано на дугорочности уговора, његовој комплексности, броју и карактеру укључених страна. Стога већ приликом формулисања одредби уговора антиципирају описане промене и утврђују методологију уподобљавања уговора новом контексту. Код релационих уговора презентација (чак и када је могућа) економски и логистички је захтевна на начин који је чини мало вероватном, чак и бесмисленом (код уговора о улагању у експлоатацију природних богатстава примена процеса презентације на питање економске исплативости такве експлоатације је могуће, али није вероватно јер би чинило уговор финансијски неодрживим).

Теорија релационих уговора полази од става да су сви уговори уређени одређеним заједничким елементима (нормама) које играју важну улогу у дефинисању права, обавеза и одговорности страна и имплементацији уговореног у пракси. Ови су елементи базирани на одређеним вредностима, пре свега потреби очувања флексибилности у контексту променљивих социјалних и економских фактора који утичу на уговорни однос. Теоретичари концепта релационих уговора заступају став о постојању десет уговорних елемената кроз чију се анализу долази до разлике између трансакционих и релационих споразума. Садржина, место у структури уговора и „критична тежина“ појединачног елемента у тој структури зависе

од околности уговорног односа у питању: теорија релационих уговора не претпоставља већи или мањи значају једног или више елемената у односу на друге елементе уговора. Међусобни однос ових елемената зависиће од in concreto анализе сваког релационог уговора.

Теорија релационих уговора не утврђује релационе уговоре као посебан тип уговора у правно-формалном смислу и не етаблира бинарну конструкцију: не постоје „нерелациони“ уговори као антипод релационим уговорима. Поставка теорије релационих уговора је да је „релационалност“ карактеристика свих уговорних инструмената: уговори се позиционирају у „континууму“ од „преовлађујуће трансакционих“ до „преовлађујуће релационих“. При томе је релациони елеменат увек присутан. Уговори који би били искључиво трансакциони су фиктивна категорија.

Литература

- Austen-Baker, R. (2009). Comprehensive Contract Theory: A Four Norm Model of Contract Relations. *Journal of Contract Law*. Бр. 25. 216-241
- Gilmore, G. (1974). *The death of contract*. Columbus, OH: Ohio State University Press.
- Цветковић, П. Миленковић-Керковић, Т. (2011). Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања. *Право и привреда*. Бр. 4-6. 758-770.
- Macaulay, S. (1985). An Empirical View of Contract. *Wisconsin Law Review*. 465-484
- Macneil, I. R. (2000). Contracting worlds and essential contract theory. *Social & Legal Studies*. 9.3. 431-438.
- Macneil, I. R. (1987). Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Limberg & de Vos. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. Бр. 143. 272-90.
- Macneil, I. R. (1983). Values in Contract: internal and external. *Northwestern University Law Review*. Бр. 78. 340-418.
- Macneil, I. R. (1980). *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: Yale University Press.
- Macneil, I. R. (1973). The Many Futures of Contracts. *Southern California Law Review*. Бр. 4. 691-816.
- Macneil, I. R. (1974). Restatement (second) of contracts and presentation. *Virginia Law Review*. 589-610.

Цветковић, П. (2014). Уговорни режим јавно-приватног партнерства: *sui generis* карактер као последица холистичког приступа. *Зборник радова Првог факултета у Нишу*. Бр. 66. 111-127.

Цветковић, П. (2013). Теорија игара као аналитички оквир јавно-приватног партнерства. *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова*. Књ. 3. Правни факултет у Нишу. 241-254.

Цветковић, П. (2000). *Закључивање уговора о међународној продаји робе*. Магистарска теза.

Резиме

Теорија релационих уговора резултат је чињенице да одређени споразуми због дугорочности, комплексности престација и значаја ангажованих интереса имају карактер „некомплетних“ споразума. За разлику од „некомплетних“ споразума, код „транзакционих“ споразума будућа измена контекста (економског, социјалног, политичког) на начин који мења обим и садржину права и обавеза страна није предмет уговорног регулисања. Пример транзакционог уговора је уговор о продаји робе.

Релационе уговоре **уговарачи виде као текућу интеграцију понашања које се мења се са извесном изменом контекста у предвидљивој будућности**. Стране промену контекста претпостављају *ex ante*, приликом структурирања уговорног односа. Ова антиципација заснована је на карактеристикама некомплетних уговора. Код релационих уговора потпуно дефинисање услова уговора економски и логистички захтевно је на начин који такво дефинисање чини финансијски неодрживим. Стога они остају „некомплетни“ споразуми: садржина и обим престација делом су дефинисани уговором, а делом зависе од дијалектике саме релације која зависи од (очекиваних) измена контекста уговора.

Транзакциони уговори изједначавају сагласност о садржини и обиму размене са планирањем: заснивају се на претпоставци су се стране обавезале да поступају као да су у моменту закључења имале потпуну анализу и знања о свим потенцијалним ефектима уговора. За разлику од транзакционих, сагласност страна релационих уговора укључује и сагласност да уговорне одредбе нису „коначан“ и потпун план уговора који дефинише садржину и обим престација. Теоретичари концепта релационих уговора заступају став о постојању десет уговорних елемената кроз чију се анализу долази до разлике између транзакционих и релационих споразума. Међусобни однос ових елемената зависиће од *in concreto* анализе уговора у питању.

*Predrag N. Cvetkovic, LL.D,
University of Nis, Faculty of Law*

Contract Elements as the Carriers of "Relationality" of Contractual Relationship

Summary

The theory of relational contracts rests on the fact that certain agreements are "incomplete" because of long term character, complexity of the terms and the importance of the engaged interests. Unlike the "incomplete" agreements, "transactional" agreements leave out of the scope of the regulation the future changes of agreement's context (economic, social, political) which could result with the changes of volume and content of the contractual rights and obligations of the contracting parties. Example of transactional contract is a contract of sale of goods.

The parties of relational contracts see the agreement as an ongoing behavior which changes in accordance with the changes of the context in the foreseeable future. Parties assume those changes ex ante, during the design of the contractual terms and structure of the contract. The abovementioned anticipation is based on the characteristics of incomplete contracts. The attempt of the relational contract's parties to define completely the rights, obligations and duties arisen from the agreement would lead to the financial unsustainability of the contract. Therefore relational contracts remain "incomplete" agreements: the content and scope of rights and duties of the parties are partly defined by the contract and partly depend on the dialectical relationship which is determined by the (expected) changes the context of the contract.

Transactional agreements equate consensus on the content and scope of the parties' duties and obligations with planning: they are based on the assumption that the parties have committed themselves to act as they had the complete analysis and full knowledge of the potential effects of the agreement at the moment of conclusion of contract. Unlike the transactional contracts, parties of relational contracts agreed that the contractual provisions are not "final" plan and complete a contract that defines the content and scope of parties' rights, duties and responsibilities. Theoretical concept of relational contracts advocates the existence of ten contractual elements which analysis is the tool for establishing the difference between transactional and relational agreements. The relative importance and critical weight of these elements will depend on in concreto features of the contract in question.

Keywords: *relational contracts; incomplete contracts; discreet contracts.*

МОГУЋНОСТИ ЗАШТИТЕ ЗВУЧНИХ И МИРИСНИХ ЗНАКОВА У ОБЛИКУ ЖИГОВА¹

Апстракт: *Обележавање и разликовање роба и услуга има све већи значај у привредном промету. У том смислу, жиг или марка представља значајан део капитала предузећа и ефикасан инструмент за придобије потрошача.*

Жиг је правно заштићен знак који служи за обележавање међусобно сличних роба или услуга од стране једног учесника у промету, да би се разликовале од идентичних или сличних роба или услуга другог учесника у промету.

Робни и услужни знаци као предмети заштите жига могу бити различите врсте и природе. Генерално, они се деле на тзв. класичне или конвенционалне (слова, речи, бројеви, слике, цртежи и сл.), и на неконвенционалне (нестандардне) знакове. У ове последње спадају гестовни, укусни, музички, мирисни и други знакови.

Предмет обраде у овом раду је испитивање регистрабилности звучних и мирисних знакова. Закључак је да звучни или музички знакови испуњавају материјалне услове и да могу бити заштићени у облику жигова. Ова врста жигова је већ ушла у нека национална законодавства и тај број се шири.

Што се тиче мирисних жигова ствари стоје нешто другачије. Они су још увек на путу да се изборе за статус какав имају звучни знакови. Главни проблем који се поставља на путу регистрације мирисних знакова као жигова јесте тешкоћа њиховог графичког представљања. Но, имајући у виду развој технологије очекујемо да у скорој будућности овај проблем буде превазиђен и да ова врста жигова постане пуноправни члан породице жиговног права.

Кључне речи: *звучни знак, мирисни знак, жиг, регистрација.*

¹ Чланак је резултат рада на пројекту “Усклађивање права Србије са правом Европске Уније”, који финансира Правни факултет у Нишу.

Увод

Жиг је право којим се штити знак који у промету служи за разликовање робе, односно услуга једног физичког или правног лица од исте или сличне робе, односно услуга другог физичког или правног лица (чл. 1, ст. 2).² У члану 4, прописано је да се жигом штити знак који се може графички представити под условом да је подобан за разликовање у промету робе, односно услуга једног физичког или правног лица од робе, односно услуга другог физичког или правног лица. Знак се може састојати од речи, слогана, слова, бројева, слика, цртежа, распореда боја, тродимензионалних облика, комбинација тих знакова, као и од музичких фраза приказаних нотним писмом и сл.

Жиг је правно заштићен знак који служи за обележавање међусобно сличних роба или услуга од стране једног учесника у промету, да би се разликовале од идентичних или сличних роба или услуга другог учесника у промету.³

Знак разликовања представља онај део назива привредног субјекта, његовог пословног имена, његове фирме, односно његовог трговачког имена или назива његовог производа или услуге, који није генеричан, већ је дистинктивног карактера у односу на остале привредне субјекте. Дакле, израз “знаци разликовања” је општеприхваћени надпојам који произилази из законске функције ових знакова и резултат је њихових заједничких правила и карактеристика.⁴

Начелно посматрано, по својој садржини, жиг се увек састоји из два дела. Најпре, из самог знака који се штити, као и списка роба и услуга на којима се исти примењује и за које је заштићен.

Термин бренд (енг. “Brand”) има више значења, а у привредном промету најчешће означава „име или знак употребљен да идентификује производ“ (“a name or trademark used to identify a product”). Ипак, бренд је више маркетиншки појам, који је по својој садржини шири од жига, јер укључује и друге категорије, као нпр.: ознаку географског порекла, фирму, пословни имиџ, бонитет и сл.

Немачко право у области жигова користи изразе „Marke” (марка) и „Warenzeichen” (робни знак).

2 Закон о жиговима Републике Србије, “Сл. гласник РС”, бр 104/09 и 10/13.

3 World Intellectual Property Organization (WIPO, 2008), p. 3.

4 Др М. Манигодић, Ђ. Манигодић.: Брендрави пословно име, робни и услужни жигови, нерегистровани оптепознати знаци, географске ознаке порекла, Београд, 2006, стр. 12.

У Француској фигурира термин „Le marque“ (du fabrique ou de commerce).

У англоаксонском систему је настао и егзистира и појам „goodwill“. То је појам који је лакше описати него дефинисати. То је предност доброг имена и репутације предузећа која има привлачну снагу за клијенте.⁵

У САД-у и Енглеској (и другим земљама овог правног система) актуелан је термин „trademark“, у смислу трговачког или трговинског знака. У складу са дефиницијом да је заштитни знак свака реч, име/назив, симбол, мото или њихова комбинација коју је усвојио и коју употребљава произвођач или трговац у циљу идентификовања и разликовања његове од сличних роба или услуга других, могуће је закључити да се у великој мери ради о синонимима. Термин „заштитни знак“ (уз већ наведени „жиг“) се више употребљава у правној, а марка у пословној пракси.⁶ Марка је, такође, апсолутно прихваћен термин у свакодневном животу.⁷

Трговински знак („trademark“) дефинисан је, управо, као знак распознавања неког производа/услуге насталог из власничког односа. Трговински знак, с једне стране, штити ексклузивност власника, али, с друге стране, усмерен је и ка заштити потрошача. Временом, „trademark“ је од сигнала прерастао у симбол. Од једноставне поруке коју је произвођач или трговац слао потрошачу, прерастао је у симбол који има вишедимензионално значење. Формално посматраано, „trademark“ је заштићен знак марке и као такав је основа идентитета. Елементи који сачињавају „trademark“ чине видљивим одлике идентитета. То често укључује визуелну метафору, оглашавачке кампање, слогане и остале комуникацијске активности упућене потрошачима. Марка подразумева сложеност свих тих активности, производа, паковања и трговачке марке (ознаке, „жига“). Понекад предузећа из одређених разлога не штите, односно не региструју своје марке, тако да на тржишту могу уз заштићене трговинске знакове постојати и незаштићени знакови или марке. Марка је виша или надређена категорија трговинском знаку. Фактички, јер има и додатне елементе идентитета којима се жели добити јединственост. Формално, јер је марка заштићена категорија.

Вредност незаштићене марке уско је везана за њену препознатљивост у јавности као дистинктивне функције производа или услуга привредног

5 Griffiths, A. W. Trade Mark Law and Practice, London, 1930, p. 1. Наведено према: Поповић. С., Заштита робних и услужних жигова у југословенском праву, са освртом на међународно и упоредно право и судску праксу, Београд, 1969, стр. 9.

6 Радосављевић, Ж. : Маркетинг, Привредна академија, Нови Сад, 2006, стр. 95-96.

7 У том смислу, потрошачи, односно грађани говоре о куповини маркиране или фирмиране робе.

субјекта. Уколико незаштићена марка има велику препознатљивост, нико други не би могао регистровати исти или сличан трговински знак на том тржишту у оквиру сличних делатности. У савком случају, предности регистрације трговинског знака и/или жига су јасне и неспорне.

Трговински знак, треба пре свега бити препознатљив ентитет, повезан са производом или услугом, који има способност диференцијације, али који је истовремено различит од самог објекта и његових квалитета. Требало би, дакле, да он, бар у идеалном случају, може бити одвојив од производа, а да му се не промени природа. Да није тако, не би се могло говорити о трговинском знаку, већ само о још једној карактеристици производа. У основи, марка се може штитити путем заштите њених елемената. То су: назив, знак-лого, слоган, паковање, боја, звук...⁸ Кључно је да ти елементи морају бити по нечему јединствени и различити да би могли бити заштићени. Њихова комбинација је изазов, јер мора исказивати јединствену маркетиншку поруку.

Појам "merchandising", такође има неке сличности са жигом. Под тим појмом, који се може превести као: "трговина", "трговачка роба" подразумева се секундарно пласирање на тржиште измишљених ликова, стварних особа, имена, назива, заштитних обележја неког производа, елемената опреме, дизајна или слика, и то изван њиховог стварног подручја деловања и појављивања с циљем боље продаје робе и услуга. Специфичност "merchandising-a" је што се код њега користи тзв. емоционално позиционирање производа, односно потрошачима се поред основне сврхе производа или услуга, настоји пренети додатна "психолошка сврха" производа која ће потрошача додатно повезати с производом. Циљ је да се постојећа популарност према измишљеном или стварном лику пренесе на производ или услугу.

Жигови имају несумњиву вредност и значај у привредном животу. Осим већ познатих појединих конкретних функција: индивидуалистичке, рекламне, гарантне, жиг представља веома значајан део капитала предузећа, а по мишљењу Суда Правде ЕЗ "жиговно право представља битан елемент слободне утакмице".⁹

8 Тако, код најпознатијих и најреномиранијих компанија, као што су: „Nokia“, „Googl“, „Coca-Cola“ и др. вредност жига се процењује на више десетина милијарди долара, а учешће жига у укупном капиталу компаније износи и до 80 одсто.

9 SPEZ, Одлука од 06. 05. 2003. године, С-104/01.

1. Категорије знакова које се штите

Жиг је право или облик правне заштите за различите категорије знакова које чине предмет његове заштите. Знаци који се штите могу бити веома разноврсни. У међународном жиговном праву, као и у националним законодавствима регулисане су различите категорије знакова који могу, односно не могу бити предмет заштите путем жига.

Смернице за регистрацију “trademark-a” у оквиру Европске уније дате су у Council Regulations on the Community Trademark (1993.). Европски суд правде (European Court of Justice), као највише правно тело у ЕУ-у, надлежан за тумачење и тестирање правила наведених законских аката, дефинише да “trademark” укључује све ознаке које могу бити коришћене у графичкој презентацији, укључујући речи, имена особа, цртеже, знакове, бројеве и облике робе или паковања, ако имају дистинктивну способност за робу или услуге неке организације” (Europeantrademark, 2013). Дакле, уколико ови знаци остављају на потрошаче ефекат дистинктивности производа или услуга они могу бити предмет регистравања и заштите..

Врсте “trademark-a” који могу бити заштићени јесу:¹⁰

1. Називи марке – речи, називи, имена најчешће су коришћени за означавање производа и услуга. Примери речи јесу: “Mars”, “Intel”, “Nike”. Исто тако, поред речи и њиховог изговора, могуће је заштитити и одређени тип слова односно начин на који је написан назив марке – нпр. “Coca-Cola”, “Marllboro”;

2. Комбинација словних знакова, слова и бројева – примери “BMW”, “IBM”, “4US”, “501”, “911”, “4711”, “WD 40”, “AB 80”;

3. Знакови, односно лого – такође су често предмет заштите, нпр. знакови

“Nike-a” - “”, “Apple-a” - “”;

4. Слогани – често се региструју у циљу додатног разликовања “trademark-a”. Примери могу бити слогани који садрже назив производа („Било куда Кики свуда“) или га пак немају („Just do it“ – Nike);

5. Боја – под одређеним условима и након дуготрајног систематског коришћења, боја или комбинација боје може такође бити заштићена. Најтипичнији пример је, љубичаста боја “Milka” чоколада;

6. Натпис на паковању – потрошачи често препознају производ по начину натписа речи или слика, односно приказа на паковању. Као типичан

¹⁰ Riezebos, R.: Brand Management: A theoretical and practical approach. Rugby, UK: FT Prentice Hall. 2003, pp. 170-171.

пример може се навести паковање “Nestle”-овог чоколадног десерта “After Eight”;

7. Дизајн паковања – посебан дизајн паковања може такође обављати функцију “trademark-a”. Као типичан пример може се навести боца “Coca-Cole” или “Orangine”, или пак боца вотке “Absolut”;

8. Дизајн, облик производа – посебан облик производа може послужити за разликовање, па се може заштити као “trademark”. Пример за то је посебан облик чоколаде “Toblerone” који је јединствен у свету чоколада;

9. Гестикулације – одређени гестови, такође могу послужити за разликовање, уколико испуне наведене претпоставке (јединственост, учесталост и дуготрајност коришћења у циљу идентификације производа), и регистровати као “trademark-a”. Као сликовит пример може послужити показивање „маказа” прстима за штапиће чоколадног десерта марке “Twix”;

10. Звук – као и остали елементи који су јединствени и користе се за разликовање производа, тако и звук може бити заштићен. Кад говоримо о звуку могуће га је посматрати на два начина, у облику џингловима или композицији неколико тонова. У таквим случајевима регистрација се односи на исказ теме нотним записом, али заштита се односи на звучни израз. За примере могуће је навести покушај заштите јединственог звука мотора “Harley-Davidson” или заштићену рику лава најавне „шпице” произвођача филмова MGM-а (“Metro- Goldwyn-Mayer”);

11. Мирис – поред звука и мирис ће бити подручје интензивније заштите у скорој будућности. Заштита мириса биће могућа путем његовог хемијског записа пропраћена вербалним описом. Као пример могуће је навести „мирис тек покошене траве”, што покушава регистровати произвођач тениских лоптица. “Crayone/Crayola” боје су заштитиле свој јединствени мирис (јер нису могли заштити остале елементе идентитета, као што су боја и облик...), како би имале ефикасно оруђе против имитације њихових производа.¹¹

Свако лице има могућност регистрације жига, односно марке. Исто тако, заштита власништва може тражити и постићи и онда кад знак није регистрован, али регистровани знак значи знатно већу извесност заштите права из власништва у случају злоупотребе и спора. Регистровањем се знатно сужавају и обесхрабрују могућности потенцијалних фалсификатора и имитатора. Субјекти који пропусте да региструју своју марку могу се

11 Lindstrom, M.: Brand Sense: Build Powerful Brands through Touch, Taste, Smell, Sight, and Sound. New York: Free Press. (2005).

суочити са чињеницом да ће неко други (ис)користити преимућства те марке и покушати да је региструје као своју и стећи монопол на њој.

Власништво над тиме шта се жели заштити, у смислу трговачке марке, репутације, знања, а што је предмет „trademark-a”, јавно се може исказивати коришћењем неког од следећих симбола:¹²

1. ТМ – „trademark” упућује да предмет представља заштићено власништво али није регистрован на неким или свим тржиштима;

2. (R) – „registered” показује да је предмет заштићен и регистрован на том тржишту, неком или на свим тржиштима;

3. (C) 2002 – „copyright” показује да је предмет заштићен од копирања и мора увек бити означен одговарајућом годином. „Copyright” није замена за регистровање, већ је више усмерено пружању додатне заштите у борби против неовлашћене употребе писаних и музичких дела и појединих елемената идентитета марке односно неког дела: знака, слогана, звука...

4. SM – „servicemark” је новина у означавању власништва и упућује на власништво над марком јединствене услуге. Термин “SM” се првенствено користи у комуникацијске и промотивне сврхе показивања власништва над јединственом услугом, и не мора подразумевати регистрацију на тржишту.

2. Најважније класификације жигова

Постоје многобројне врсте жигова које је могуће класификовати према различитим критеријумима.

Према **врсти знака** који је предмет заштите жигом, постоји подела на конвенционалне (класичне или стандардне) и неконвенционалне (нестандардне) жигове. Конвенционални жигови су они чији се знакови, тј. предмети заштите састоје од слова, бројева, речи, слика или њихових комбинација. Међутим, уз конвенционалне жигове, данас су све чешће у употреби и други неконвенционални знакови (музички, мирисни жигови, жигови у боји, жигови састављени од личних имена, холограми, покрети, анимације и др.) који све више бивају признати као жигови.¹³

¹² Alin, W. : Designing Brand Identity: A Complete Guide to Creating, Building, and Maintaining Strong Brands. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc. 2003, p. 97.

¹³ Марић, В. : Форма жига, Факултет за пословно право, Београд, 2003, стр. 11. Тако су прихваћени у пракси Завода за хармонизацију унутрашњег тржишта (ОНИМ-а), неконвенционални звучни жигови СТМ 1040955 и СТМ 907527, док су одбијени звучни

Према **облику знака**, односно начину изражавања предмета заштите, жигови се деле на дводимензионалне и тродимензионалне.

С обзиром на **врсту производа** које штите, жигови могу бити робни и услужни жигови.

Према **носиоцу**, жигови се деле на индивидуалне, колективне и жигове гаранције.

Према **територији** примене, деле се на националне и наднационалне или међународне жигове.

Према критеријуму **познатости жига**, разликујемо следеће категорије жигова: а) “Добро познати жигови” - они жигови који су досегли одређен релевантан-шири ступањ препознатљивости; б) “Познати жигови (“known”) - жигови познати у мањим оквирима или неком ужем кругу (нпр. пословном или стручном и сл.); ц) “Угледни жигови” – као они жигови, који немају ниво познатости као славни жигови, као нити добро познати жигови, али уживају адекватан високи углед у одређеном кругу јавности којем су познати;¹⁴ д) “Чувени (славни) жигови” – посебна категорија у оквиру познатих жигова, са изразито високим нивоом познатости.

Према **функционалном** критеријуму, разликујемо: слогане, “telle-quelle” жигове, резервне жигове, дефанзивне (баражне) жигове и сл.

Слогани су жигови који се састоје од комбинација речи које чине неку изреку одређеног значења, коју предузетник корист за пласман и рекламу својих производа или услуга.¹⁵ Дуго се слоганима није омогућавала заштита жигом, јер се сматрало како се ради о речима које су обично у израженој мери описивале производе или услуге за које су се односиле. Појам «слоган» потиче из старог шкотског језика, у којем је реч «slaugh-ghaigt» означавала убојни поклич. Често се слоганима штите они производи чија је реклама ограничена, или чак забрањена, али се слоганима постиже

жигови СТМ 143891 (рика лава) и СТМ 370395 (Sound mark in the form of a click), те мирисни знак СТМ 1122118 (мирис јагоде одлуком СФИ Т-305/04, од 27. октобра 2005.).

14 Детаљније код Златовић, Д.: Посебна заштита добро познатих и чувених жигова, Зборник Прав. Фак. Свеуч. Ријека (1991), в.28., бр.1, стр. 721-752 (2007).; Златовић, Д.: Појмовно одређење и критерији за разликовање добро познатих и чувених жигова, Хрватска правна ревија, Загреб, год. VII., 2007., бр.7-8., стр. 65-69.; Златовић, Д.: Познати жигови – представа посебности и јединствености, Пословни савјетник, бр. 29., Загреб, 2007, стр. 104-105.

15 Познати су примери ових слогана заштићених жиговном заштитом – “Било куда, КиКи свуда”, „Just do it – Nike“, “МТС – имате пријатеље” “” и многи други.

ефект дозвољеног огласа (дуванска индустрија, индустрија алкохолних или енергетских пића и сл).¹⁶

Слоган се дефинише као “садржајна, оригинална и лако упечатљива придобијајућа изрека” (“Prägnante, originelle und leicht einprägsame Werbeaussage”).¹⁷ Реч је о једној краткој и ефектној изреци, девизи, моту, шлагврту за брзо придобијање потрошача. Перцепција просечног потрошача је таква да вербалне и фигуративне знакове доживљава као жигове, док тродимензионалне облике, боје саме за себе, слогане и друге неконвенционалне жигове не доживљава као жигове, него пре као амбалажу,¹⁸ маркетиншке поруке и сл., па је за њих потребан виши степен различитости како би били регистровани као жигови.¹⁹

Резервни жигови су они који су пријављени или регистровани за одређене производе или услуге, али без намере да се користе одмах по регистрацији, него тек у неком каснијем периоду.²⁰

Дефанзивни (баражни) жигови се пријављују и региструју без икакве намере коришћења, већ с јединим циљем да би се конкуренцији онемогућила употреба тих знакова.²¹ Због овакве своје природе, дефанзивних жигова је у пракси све мање, због законске обавезе одговарајуће употребе регистрованих жигова и могућих поступака поништаја жига због његове неупотребе.

Надаље, нужно је указати и на постојање тзв. “telle-quelle” жигова сагласно чл. 6, quinquies Париске конвенције за заштиту индустријске својине.²² Према овој одредби сваки фабрички или трговачки жиг исправно

16 Као, нпр „Ако пијеш вино пиј моје - у Немачкој“, „Пиј мало, пиј добро – Бадел“, „Или јеси или ниси – Лав пиво“, „Даје ти крила - RED BUL“, „Поздрав из Ровиња - Фабрике дувана Ровињ“ и сл.

17 Arqunt, C.: Der Schutz des Slogans, Basel, 1958, p. 2.

18 У пракси ОНМ-а налазимо и прихваћене жигове у виду амбалаже или паковања робе означене жигом као у случају СТМ 43356 (Fisherman's Friend) и СТМ 620245 (Heineken).

19 Види пресуду ЕЦЈ у случају Das Prinzip der Bequemlichkeit, c-64/02, од 21. октобра 2004. Детаљније код Рачки Маринковић, А.: op.cit., стр. 12. и 14. У пракси ОНМ-а прихваћени су као жигови бројни слогани (нпр. «MORE THAN POWDER», «IN TOUCH, IN FLIGHT»), док су бројни слогани као недистинктивни одбијени («WORLD'S BEST WAY TO PAY», «REAL PEOPLE, REAL SOLUTIONS»). Види код: Schliephake, D.: de Alfonseti, I., The Community Trade Mark System, ОНМ-DZIV, Загреб, 15-16. маја 2006. године.

20 Чизмић, Ј., Златовић, Д.: op. cit., стр. 69.

21 Познат је случај регистрације читавог низа дефанзивних жигова (Grammofon, Grammogon, Grammola, Grammolette) уз главни жиг Grammophon. Наведено према: Hubmann, H.: Gewerblicher Rechtsschutz, München-Berlin, 1962, p. 199.

22 Чизмић, Ј.: Париска конвенција за заштиту индустријског власништва, Право у господарству, год. 33, бр. 9-10., 1994, стр. 649.

регистрован у земљи порекла моћи ће да се пријави и заштити онакав какав је у осталим земљама Уније под условима наведеним у наведеном члану (6, *quinquies*). Пре него што приступе коначној регистрацији, ове земље моћи ће захтевати подношење исправе о регистрацији у земљи порекла, издате од надлежне власти. Сматра се као земља порекла она земља Уније у којој подносилац пријаве има озбиљно и стварно индустријско или трговинско предузеће, а ако тога нема, онда земље Уније у којој он има своје пребивалиште, а ако нема своје пребивалиште у Унији, земља његовог држављанства у случају да је он држављанин једне од земаља Уније.

Према врсти привредне **делатности носиоца** жига, постоје произвођачки и трговачки или приватни жигови. Произвођачки жигови су старији по настанку и знатно заступљенији у привредној пракси.

Данас су све више у употреби и тзв. “приватни или трговачки жигови (марке)”. Они добијају све већи значај на тржишту робе широке потрошње. Такве марке трговцима обично доносе већи профит од маркираних производа, првенствено због чињенице што имају ниже цене. Појавиле су се у другој половини 20-ог века, најпре код ниско-инвестицијских производа попут брашна, шећера, и сл. а данас приватне трговачке робне марке “покривају” готово све категорија производа и освајају све веће делове тржишта широм света. Код приватне марке ради се о појави означавања читаве линије различитих производа основним жигом трговца, при чему је жиг или знак најчешће истоветан с фирмом трговца или асоцира на њу, мада може бити и другачији.²³ У употреби ових жигова посебно се истичу водећи трговачки ланци, који су лансирањем сопствене робне марке успели у појединим категоријама за трећину надмашити уделе водећих познатих жигова.²⁴ Оно што се пажљивом анализом ове појавности може приметити,

23 Према уделу у укупној продаји ови жигови најзаступљеније су у Европи (45%), а одмах затим следи САД (25%). Статистика показује да да највећи произвођач хране на свету није више произвођач, већ је то трговац. Трговачки ланац “Walmart” преузео је прво место од “Nestle”-а, захваљујући приватним робним маркама. Продајом својих приватних робних марки у вредности од 150 млрд УСД “Walmart” је за 50 милијарди претекла “Nestle” који годишње приходује 100 млрд УСД.

24 У «Махи» радњама и хипермаркетима “Tempo” компаније “Delhaize” робне марке “Premia”, “365”, “Delhaize”, “Bio”, “Care”, “Taste of Inspiration”, “Adut” јефтине су за 10 до 35% од “брендираних” производа из исте категорије. У “Mercator-у” је продаја производа под њиховим робним маркама, “Ambienti”, “Bonus plus”, “Lumpi”, “Lumpi tekstil”, “Mercator линија”, “Mercator tekstil”, “Stočiću postavi se”, “MyBody”, “Premium”, “Minute”, “Bio”, “Active life”, “Pro magic”, у порасту, посебно у времену кризе. У систему “Metro Cash&Carry” постоје трговачке марке “Aro”, “Fine Food”, “Horeca Select”, “H-line”, “Rioba”, “Sigma”. ДИС има робну марку «Добро» са преко 450 артикала, а други је «Укуси Србије» са око 100 артикала.

јесте наглашена чињеница да ове марке код једног знатног дела потрошача стварају зависност од ниских цена. То је на први поглед и краткорочно посматрано добро. Али, када купци постану вођени ценом и произвођачи производа означени познатим жиговима присиљени су своју робу много чешће нудити по акцијским ценама, што у крајњој линији има дуготрајно негативан ефекат, јер када цена постане главни детерминишући фактор избора производа, тада жигови и њима означени производи падају у други план и губе битку.²⁵

Постоји и подела на основне или уобичајене и посебне жигове (као што су нпр. дескриптивни, номинативни и сл. жигови).

Посебну врсту представљају сертификациони жигови којима се разликују роба или услуге које одговарају одређеним стандардима и које је одобрило сертификационо (државно) тело.

Према начину креирања знака, односно присутности у пракси, жигови се деле на стандардне (класичне, уобичајене или редовне) и неконвенционалне (нестандардне) жигове.

3. Нестандардни жигови

Осим стандардних или уобичајених жигова који су се првобитно појавили и још увек постоје и доминирају у законодавству и пракси,²⁶ постоји и група или категорија нестандартних или неконвенционалних жигова. Ови жигови су новијег датума и продукт су савремене тржишне привреде. Неки од њих су заживели у пракси и регулисани су прописима, док други још увек прелазе тај тежак пут институционализације.

Просечан потрошач под појмом жига, најшчешће “види” неку реч или логотип, евентуалну неки слоган или паковање. Веома ретко или уопште неће помислити на неки гест, а камоли на мирис или звук. Ипак, о таквим се знаковима расправља у склопу жиговог права и релевантне управне и судске праксе.²⁷ У том смислу, заговорници широког концепта жига

25 Раногоајец, Б.: Трговачке марке истискују брендове, Пословни дневник, од 5. 11. 2007. године.

26 Ови жигови се састоје од слова, речи, бројева, слика или њихових комбинација.

27 Види: Sotiriadis, В.Н., Carrière.: The Statutory Protection of non-traditional trade-marks in Canada – a few reflections on their registrability and distinctiveness, www.robic.ca ; King, S., Are sounds and scents trade-marks in Canada?, 1992, 9 Business & The Law, 6; Lyons, D.: Sounds, Smells and Signs, 1994, European Intellectual Property Report, 540; Hawes, J.E., Non-Traditional Trademarks, 1997 INTA Mid-Year Meeting – Course Materials, Rio Grande, INTA, p.7.

сматрају како је потребно заштитити и мање опипљиве знакове, попут звукова, мириса, „мобилних“ жигова, холограма и гестова. Противници оваквог приступа тврде како такви знакови тешко могу имати функцију и статус жига с обзиром да нису препознатљиви или их, у крајњој линији, није могуће „графички приказати“. Овај последњи услов изричито је прописан у члану 2, Прве смернице Већа 89/104/ЕЕС, од 21. децембра 1988. године. С тим у вези, у Европи се одвија итекако жива расправа о нестандартним (неконвенционалним жиговима – “non-traditional trade mark”, “unconventional trade mark”).

Постоје различите врсте неконвенционалних жигова. Под њима се подразумевају нарочито: а) Мобилни жигови; б) Променљиви жигови; в) Укусни (густативни) жигови; г) Гестикуллативни (гестовни) жигови; д) Тактилни жигови; ђ) Положајни жигови; е) Холограмски жигови; ж) Ентеријерски жигови; з) Архитектонски жигови и сл.

Предмет наше пажње и обраде у овом раду биће звучни и мирисни знакови, тј. њихова подобност да буду регистровани као жигови.

3.1. Звучни жигови

Звучни жигови представљају новију категорију жиговног права. Идеје да се звукови, односно музика заштите у облику жигова постојале су и раније, али је требало време да дође до њене имплементације у пракси. Без обзира што звучни жигови још увек нису општеприхваћени у свету, тренд њиховог ширења је у замаху.

Нека национална законодавства изричито предвиђају заштиту звучних знакова као жигова. Тако, нпр. чл.1, мађарског Закона о заштити жигова и ознака географског порекла – звучни сигнали, односно чл. 4 српског Закона о жиговима – музичке фразе приказане нотним писмом.

Почев од 1996. године, при ОНМ-у су регистроване различите врсте звучних жигова (Sound Mark). Овај орган је фактички омогућио регистровање оваквих жигова, самом чињеницом да је увео посебан део на обрасцу свога захтева на коме је могуће назначити да је реч о звучном жигу. У Examination Guidelines-у (чл. 8.2) спомињу се и звучни жигови.²⁸

У регистру ОНМ -а налазимо различите врсте звучних жигова. Тако, нпр. звукови су регистровани у облику нотног писма, попут жигова СТМ 1416858, 919050, 1040955. Насупрот томе, није прихваћен захтев за регистрацију сонограма (СТМ 143891). Радило се о тражењу заштите за рику

²⁸ Nguyen Nhu Quynh.: Special trade Marks – Legislation And the Situation In the European Community, Lund University, spring 2002, p. 37.

лава, звучни знак филмскога продуцента MGM, а с циљем распознавања његових роба и услуга. ОНИМ је одбио регистровати такав звучни знак, али је подносилац захтева уложио жалбу против те одлуке. У коначном, иста је фирма заштитила свој звучни жиг у САД-у путем описа: "THE MARK COMPRIMES A LION ROARING" (US br. 73553567).²⁹

Модел за поступање у погледу звучних знакова у Европи јасно је установљен пред Европским судом правде, у случају "SHIELD MARK / Joost Kist", који се тиче звучнога жига «Für Elise» (C-283/01). Од Агенције за жигове, са седиштем у Амстердаму, Shield Mark, затражила је 1999. године регистрацију над великим бројем знакова који, тврдила је, представљају заштиту два звука: првих девет нота мелодије познате под називом „Für Elise“ (D#, E, D#, E, B, D, C, A) и кукурикање петла. Shield Mark је користио и мелодију и кукурикање па су их сви с истима и поистовећивали. Обе странке, Shield Mark и Kist, пружале су услуге на подручју интелектуалне својине и маркетинга. Shield Mark је већ регистровао различите жигове. Тако, нпр., у Бенелуксу је регистровао нотно писмо, с описом звукова, као и регистрацију у којој су наведене ноте мелодије Für Elise (BX Nos. 517166, 535083, 551848, 552296).

Након што је хашки Призивни суд (25-05-99, 95/260) одобрио доношење административне забране на основу нелојалне утакмице, али и одбацио све захтеве засноване на повреди жига, Shield Mark поднео је жалбу холандском Врховном суду. Врховни суд заузео је став да је жалбу потребно ставити у статус мировања све док Суду правде ЕЗ не буду на претходно одлучивање упућена следећа питања:

1 (а) Треба ли члан 2, Прве смернице тумачити на начин да се ноте или звукови не могу сматрати жиговима?

(б) Уколико је одговор на питање под (а) негативан, да ли систем успостављен Првом смерницом значи да би ноте или звукове требало сматрати жиговима?

2 (а) Уколико је одговор на питање под 1(а) негативан, које услове Прва смерница поставља у погледу звучних жигова, а с обзиром на могућност графичког приказивања жига како је прописана чланом 2, и, у вези с тим, с обзиром на начин регистрације таквога жига?

(б) Да ли су услови, како се спомињу под (а), били изричито испуњени када је нота или звук регистрован као:

²⁹ Позната је регистрација звучног жига "HARLEY-DAVIDSON" у САД-у. Детаљније код: Young-Miller, J., Harley Tries to Keep Engine Roar for Itself, University of Kansas School of Law – Intellectual Property in the News, 1996-08-18.

- Нотно писмо;
- Опис речима у облику ономатопеје;
- Опис речима у другом облику;
- Графички приказ, попут сликовног приказа звука или сонограма;
- Носач звука приложен регистрацији;
- Дигитални снимак који је могуће преслушати путем интернета;
- Комбинација наведених могућности;
- Други медијум и који?

У међувремену, Владе Енглеске, Холандије и Француске истакле су да, према Првој смерници, не само да звукови могу бити жигови, него чак да је звукове потребно признати као жигове, а сагласно Првој смерници.

У случају “SHIELD MARK/Joost Kist”, Европска комисија и низ држава чланица изјаснили су се у корист регистрације звучних жигова. Имајући у виду чињеницу да је у случају Sieckmann Европски суд изричито узео у обзир опажања и мишљења држава чланица и Комисије, не чини се вероватним да ће Суд једноставно занемарити опажања у случају “SHIELD MARK/Joost Kist”. У случају “SIECKMANN”, Суд је понудио објашњење услова које графички приказ мора испунити. Према становишту Суда, графички приказ мора бити:

- Самосталан;
- Јасан;
- Прецизан;
- Једноставно прихватљив;
- Разумљив;
- Трајан;
- Недвосмислен;
- Објективан;
- Графичкога облика, посебно у смислу коришћења слика, црта или знакова.

Истакнуто је да нотно писмо не само да јасно и прецизно назначује за шта се заштита тражи него је писмо и графички приказ у облику слика,

црта и знакова.³⁰ Стога је и Европски суд правде пресудом C-283/01, од 27. новембра 2003. године одобрио регистрацију овог звучног жига.³¹

Подносилац захтева за регистрацију жига у виду кукурикања петла морао се задовољити описом звука и ономотопејом, што Европски суд правде није прихватио и одбио регистрацију таквог жига.

Међународно жиговно удружење (International Trademark Association - ИТА) у свом Водичу за жиговно испитивање³² користи појам звучног жига (Sound Marks), и наводи примере таквог жига: песме, џинглове, познате звукове из природе, атипичне звукове и звукове произведене електронским путем који не постоје у природи. Управо форма звучног жига, односно његов непосредни визуелни израз, одређује потенцијал његове регистрабилности. Што се тиче могућих форми таквих жигова, Међународно жиговно удружење упућује на музичку нотацију и /или опис звука речима, одређење музичких инструмената који се користе за извођење таквог звука, као и дужину музичке фразе и природу звука. Нотирање тог звучног знака представља се као најбољи модалитет у погледу форме звучног жига. У случају када се ради о музици с пратећим текстом, уз нотну одређење тог знака мора бити приложен и одговарајући текст. Притом, жигом заштићени звучни знак обухвата и све могуће транскрипције тог знака. Код овог жига, углавном не налазимо ограничења у његовом трајању.

3.2. Мирисни жигови

Идеја о увођењу мирисних жигова (тзв. "Geruchsmarke") у жиговно право није новијег датума. Напротив. Први конкретнији покушај реализације овакве идеје забележен је још у другој половини 20. века. Тада популаран шведски вечерњи лист "Aftonbladet", у сваки примерак убацио је мирис ђурђевка, па је сваки купац ових новина осетио пријатан мирис овог цвећа који се ширио са његових страна. На насловној страни је била слика ђурђевка са следећом порука: "Шаљемо пријатан пролећни букетић свим својим

30 Звучни знакови не могу бити графички приказани описом речима, ономотопејом и секвенцама музичких нота без икаквих других одређења. Они могу бити регистровани као жигови само ако се њиховим графичким приказом одређује висина и трајање звукова, односно кад је приказ учињен на одговарајућем нотном папиру односно на музичкој лествици, подељеној на тактове, која садржава уз кључ и ноте и паузе, и повишења и снижења.

31 Пресуда доступна на интернет страници <http://www.ipo.gov.uk/about/about-consult/about-ecj/about-ecj-refs/about-ecj-refs-2001.htm>.

32 ИТА, Guidelines for Trademark Examination, 13 May 1998, <http://www.inta.org>.

читаоцима”. Такође, на првој страни се налазило и објашњење: “Мирис ђурђевка смо помешали са штампарском бојом.”³³

Жалбени одбор ОНМ-а (Boards of Appeal) морао је 11. фебруара 1999. године, по први пут, дати своје мишљење о захтеву за регистрацију мирисног жига (Smell Mark, Flavour Mark): “THE SMELL OF FRESH CUT GRASS” (СТМ 428870, R 156/1998-2). Истражитељ је одбио жиг, који се састојао од описа “THE SMELL OF FRESH CUT GRASS” (“мирис свеже покошене траве”), као мирисни жиг тениских лоптица „стога што речи нису графички приказ самог олфактивног знака“. Међутим, Жалбени одбор је имао потпуно другачије мишљење. Према њему, „Мирис свеже покошене траве је препознатљив мирис који свако одмах препознаје, а на основу сопственог искуства... Опис понуђен за олфактивни знак који се жели регистровати за тениске лоптице примерен је и задовољава захтев графичког приказа наведен у члану 4, СТМР-а“, па је Обор коначно допустио регистрацију наведеног жига.

У другом случају, према Одлуци Трећег жалбеног одељења ЗНУТ-а, од 5. децембра 2001. године (R 711/1999-3), поводом мириса малине, “дистинктивни карактер жига је неопходан да би тај жиг могао имати своју функцију која се састоји у означавању предузећа од кога потиче и на тај начин омогућава разликовање производа према предузећу из којег они потичу, а не према њиховим особинама.”

У децембру 2002. године, Европски суд правде одбио је регистрацију мирисног жига услед чињенице да је мирис неприкладан за графичко приказивање. Тада је постало јасно како Суд правде (ЕЦЈ) не дели либерално мишљење ОНМ-овог Жалбеног одбора у вези са мирисним жиговима. Ово произилази из његове пресуде у случају “Sieckmann/Deutsches Patent-und Markenamt” C-273/00. Господин Sieckmann депоновао је при Deutsches Patent-und Markenamt (немачки Уред за патенте и жигове) жиг који се односи на различите услуге у Класама 35, 41 и 42. У овом делу обрасца захтева, насловљеном „Репродукција жига“, Sieckmann се позвао на опис приложен у облику додатка његовом регистрацијском захтеву. У наведеном опису пише: „Тражи се жиговна заштита за олфактивни жиг депонован код Deutsches Patent-und Markenamt који се састоји од чисте хемијске супстанце methyl cinnamate (метил цинамат - cinnamic acid methyl ester - метил естер циметне киселине, структуралне формуле $C_6H_5-CH=CHCOOCH_3$). Узорке овог олфактивног жига такође је могуће прибавити путем локалних лабораторија наведених на Yellow Pages (жутим страницама) фирме “Deutsche Telekom AG” или, нпр. путем фирме “E. Merck” у Дармштату.

Подносилац захтева сачинио је следећи додаток том опису: „Подносилац захтева за регистрацију жига овим путем изјављује да је сагласан са

33 “Политика”. Од 5. јула 1964. године.

спровођењем инспекције досијеа који се тичу депонованог олфактивног знака, метил цинамата, сагласно члану 62(1) Markengesetz (немачки Закон о заштити жигова) и члану 48(2) Markenverordnung (Marken V - Правила о жиговима)³⁴. Подносилац је уз захтев предао и узорак мириса предметнога жига у депоу и навео како се мирис обично описује као “балзамично слadak са мирисом цимета”. Deutsches Patent-und Markenamt одбило је захтев за регистрацију на основу тога што је било дилематично да ли жиг за који је захтев поднесен може бити регистрован на основу Закона о заштити жигова и да ли може бити графички приказан, у складу с чланом 8(1) наведеног Закона. У жалбеном поступку против одлуке о одбијању регистрације, Савезни суд за патенте (Bundespatentgericht), заузео је став како мириси могу бити подесни да буду прихваћени на тржишту као независно средство којим се идентификује одређено предузеће.

С обзиром да је Савезни суд за патенте заузео став да је Закон о заштити жигова потребно тумачити на начин сагласан члану 2, Прве смернице, исти је одлучио застати са поступком и упутити следећа прејудициона питања Суду ради доношења прелиминарне одлуке:

Да ли је члан 2, Прве смернице потребно тумачити у смислу да израз жигови које је могуће графички приказати обухвата само оне знакове које је могуће непосредно репродуковати у њиховом видљивом облику или је тумачењу уједно потребно придати значење према коме знакови – попут мириса или звукова – које саме по себи није могуће визуелно доживети, али их је могуће посредно репродуковати коришћењем одређених помагала?

Уколико одговор на прво питање буде у смислу екстензивног тумачења, да ли су услови графичке приказивости прописани у члану 2, задовољени у случајевима у којима се мирис репродукује:

- (а) Помоћу хемијске формуле;
- (б) Помоћу описа (који се објављује);
- (в) Депоновањем узорка, или
- (г) Комбинацијом горе наведених заменских начина репродукције?

Сагласно ставу Европског суда правде, одговор на прво питање мора бити да је члан 2, Прве смернице нужно тумачити у смислу да се жиг може састојати од знака, који сам по себи није подобан да буде визуелно опажен, под условом да исти може бити графички приказан, посебно помоћу слика, црта или ликова, и да је приказ јасан, прецизан, самосталан, лако доступан, разумљив, трајан и објективан. Што се тиче хемијске формуле, Суд наводи

34 Berlit, W.: Das neue Markenrecht, 3.Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1999.

како би само неколицина људи у наведеној формули препознала мирис о коме је реч. Таква формула није довољно јасна. Надаље, хемијска формула не приказује мирис супстанце, него супстанцу као такву, а уједно није ни довољно јасна, нити прецизна. Стога, није реч о приказу у смислу члана 2, Прве смернице. С обзиром на опис мириса, иако је реч о графичком облику, он није довољно јасан, прецизан и објективан.³⁵

Када је реч о депоновању узорка мириса, он не представља графички приказ у смислу члана 2, Прве смернице. Штавише, узорак мириса није константно постојан, нити трајнијег карактера. Када, с обзиром на олфактивни знак, хемијска формула, опис речима или депоновање узорка мириса не могу, сами по себи, задовољити услове који се траже за графичку приказивост, тада ни комбинација тих елемената није у могућности задовољити исте услове, посебно оне који се тичу јасноће и прецизности. У светлу претходних размишљања, одговор Суда на друго питање мора бити да, с обзиром на олфактивни знак, условима графичке приказивости не удовољава хемијска формула, опис писаним речима, депоновање узорка мириса, нити комбинација наведених елемената. Што се тиче описа мириса, иако је реч о графичком облику, он није довољно јасан, прецизан и објективан.

Анализом ове пресуде може се извући закључак да је практично веома тешко, ако не и немогуће, регистровати мирисе као жигове. Чини се да су регистровани жигови с описима попут “THE SMELL OF FRESH CUT GRASS” (СТМ 428870), “THE SMELL OF VANILLA” (СТМ 01807353) или “ODEUR DE FRAISE MURE” (СТМ 01122118) заувек изгубили на својој ваљаности након случаја Sieckmann.³⁶

Мирис је форма преко које се одређени знак може манифестовати на начин да може својом асоцијативном снагом упућивати потрошача према одређеном носиоцу тог жига, и робе означене тим жигом учинити различитим од истих или сличних роба других носиоца.³⁷ Наш ЗОЖ не садржи експлицитну одредбу која би упућивала на регистрабилност мирисних жигова. Међутим, екстензивним тумачењем одредбе која регулише врсте знакова који се могу заштитити у облику жигова, с обзиром да се врши егземпларно набрајање, сматрамо да и мирисни знаци могу биити регистровани. Међутим, у пракси ће се појавити проблем у виду

35 Nguyen Nhu Quynh.: *op. cit.*, p. 38.

36 О америчкој пракси везано за мирисне жигове опширније код Burgunder, L.B.: *Trademark Protection of Smells: Sense or Nonsense*, 1991, 29 *American Business Law Journal* 459, p. 468.

37 Тако и Марић, В.: *op. cit.*, стр. 13.

немогућности адекватног графичког приказа таквог жига, односно због ефемерности мирисне форме која временом губи на изражајности и не може се трајно очувати. Истина, мирис се може описати речима, али такав начин његове презентације је сувише арбитреран и недовољно егзактан за прихватање у смислу законских услова за жиговну заштиту.

Европски суд правде је у својој пресуди, поводом поменутог случаја *Sieckmann/Deutsches Patent-und Markenamt (C-273/00)* о олфактивним (мирисним) жиговима, прецизирао начин тумачења појма „графички приказ“, сагласно члану 2, Прве смернице. Према ставу Суда, иако је у начелу могуће регистровати невизуелне знакове као жигове, *Sieckmann*-пове регистрације - хемијска формула, опис мириса и узорак мириса – нису ваљане. За визуелни приказ укуса или осећаја потребно је вратити се описима, хемијским формулама или дијаграмима које је тешко ишчитати. Из случаја *Sieckmann* произашао је став да такве регистрације не удовољавају условима Прве смернице. Звукови имају знатно више шанси да буду прихваћени као жиг. Њих је могуће веома једноставно и јасно приказати нотним писмом, које може испунити услове Прве смернице. Теже је постићи дистинктивност за остале нестандартне жигове, попут гестикулативних, положајних или холограмских жигова, ентеријера као жигова, мобилних жигова и сл.³⁸ Могућност њихове графичке репродукције у већини случајева не би требала бити проблематична. Наравно, ту је још увек и дистинктивност као услов заштите. Код регистрације одређених нестандартних жигова овај услов може представљати препреку, с обзиром да ће њиховом графичком приказ, услед њихове сложености, недостајати потребна препознатљивост.

Закључак

Промене у савременој тржишној привреди имају за последицу одређене трансформације жиговног права. Упркос чињеници што стандардне или конвенционалне врсте жигова још увек (а тако ће бити још задуго), чврсто држе своје место у систему жиговног права, на сцену све више ступају и тзв. неконвенционални жигови. Они су резултат утицаја различитих фактора и потреба двеју категорија субјеката. Најпре, ове нове врсте жигова настају као продукт развоја савремених технологија, али и све веће потребе људи за новим, неуобичајеним и несвакидашњим, па и шокантним. Такође, нове врсте жигова настају и из потребе њихових носилаца, које су двојачке. Произвођачи и трговци, првенствено настоје да неким новим начином

³⁸ Уз ове нестандартне жигове могу се појавити и ознаке у виду гласа (odours), телефонских бројева, портрета и сл.

или средством лакше трасирају пут до потрошача у ситуацији када је борба на тржишту све тежа и немилосрднија. С друге стране, привредни субјекти креирањем нових врста жигова настоје да својим производима и услугама обезбеде виши и сигурнији ниво заштите од повреда од стране неовлашћених лица (нпр. коришћењем холограмских жигова). Сагласно напред изреченом, данас постоји стална тенденција проширивања појма жига, односно предмета његове заштите, у смислу обухватања ширег круга категорија које могу бити заштићене. Ту спадају, између осталих: мобилни, гестовни, укусни, архитектонски, акустични, музички, мирисни жигови и други.

Музички жигови већ су нашли своје место у појединим националним законодавствима. Међутим, у пракси су ретки жигови ове врсте. У сваком случају, сматрамо да ће у времену које је пред нама, број регистрованих музичких жигова расти, пошто томе не стоје неке озбиљније препреке, било које природе.

Што се тиче мирисних жигова, можемо изрећи констатацију да они иду корак иза музичких и тек треба да уђу у жиговно законодавство и у привредну праксу. Са аспекта жиговног права највећи проблем ове врсте жигова јесте могућност њиховог графичког или другог представљања, кога је теже остварити. Иначе, услов дистинктивности не представља сметњу на путу његове регистрације.

Наш Закон о жиговима прати савремене трендове у овој материји. Тако, у вези са музичким жиговима, Закон експлицитно прописује и музичке фразе приказане нотним писмом као могуће предмете заштите путем жига. Што се тиче мирисних жигова можемо изрећи следећа запажања. Закон у одређивању предмета заштите (знакова који се штите жигом), користи метод егземпларног набрајања. Наведено је више категорија знакова који могу бити регистрабилни, са назнаком на крају члана "и сл.". Екстензивним тумачењем ове одредбе можемо извести неспоран закључак да наш Закон оставља могућност да се и друге категорије знакова могу заштити у облику жига. Сматрамо да нема сметње да овим буду обухваћени и мирисни жигови. Све ово, наравно, под условом да ови знакови испуне опште услове из генералне клаузуле: могућност графичког представљања уз истовремену дистинктивност. Дакле, можемо закључити да, ако и постоје неке сметње успостављању мирисних жигова у наш систем, њих не треба тражити на страни легислативе. Много реалније је да је потребно превазићи проблем његовог графичког представљања и увржене стереотипе потрошачког поимања жигова. У сваком случају, у

будућности очекујемо да и мирисни жигови нађу своје место у жиговном праву, поред стандардних и већ одомаћених врста жигова.

Dr Vidoje Spasic, L.L.D.

Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

POSSIBLE PROTECTION OF SOUND AND AROMATIC SIGNS IN THE FORM OF TRADEMARK

Summary

Labelling and distinguishing between goods and services is of increasing importance in trade. Hence, trademark or brand is an important part of the company capital and an efficient instrument for competing over consumers.

A trademark is a legally protected sign with the aim of marking similar goods or services by one of the market participants, so that they can be distinguished from identical or similar goods or services from other market participants.

Trademarks and service marks as objects of protection of a trademark can be of different types and nature. They are generally divided into so-called classical or conventional (letters, words, numbers, pictures, drawings), and the unconventional (non-standard) characters. Unconventional characters also mean gesture, taste, music, smell and other signs.

The focus of this paper is to examine the procedure of registering sound and aromatic signs. The conclusion is that the sound or musical signs meet the material requirements and that can be protected in the form of trademarks. These kinds of trademarks have already been embedded into some national legislation with the tendency of expanding to other national legislations.

Speaking of aromatic trademarks, the situation seems to be different. It is an ongoing process that they obtain the same status as sound trademarks. The main issue that arises when it comes to registering aromatic signs as trademarks, is the difficulty of their graphical representation. However, given the technology development, we expect this problem to be solved in the close future, and we expect that this kind of trademarks will become a full member of the family of trademark law.

Key words: *sound trademark, aromatic sign, trademark, registration.*

СПОРАЗУМНИ РАЗВОД БРАКА У ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ

Апстракт: Као модел развода код кога сагласној вољи супружника припада доминантна улога у раскиду брачне заједнице, споразумни развод је у једном дужем временском периоду етикетиран као узрочник неконтролисаног повећања броја развода и стигматизиран као непријатељ стабилности брака и породице. Из тог разлога, према овој форми развода негован је амбивалентан став, тако да он није егзистирао у свим историјским епохама и у свим бракоразводним системима. Међутим, супружници су одувек изналазили начине, често на ивици закона, да се разведу по споразуму, без навођења конкретних разлога који су довели до поремећаја брачних односа, и да на тај начин задрже своју интиму далеко од очију јавности.

Благодарећи бројним погодностима овог облика раскида брачне заједнице, споразумни развод је доживео своју пуну афирмацију у XX веку, тако да данас ужива изузетну популарност у бракоразводној пракси и полако постаје преовлађујући начин престанка брака у савременом свету. Имајући у виду да се српски законодавац, у домену регулисања породичних односа, традиционално руководи нормативним решењима која са успехом егзистирају у европском правном простору, како бисмо указали на могуће правце развоја и адекватније моделирање споразумног развода брака у домаћем праву, за предмет овог рада изабрали смо анализу актуелне регулативе овог модела развода у Србији и у појединим савременим државама Европе.

Кључне речи: споразумни развод брака, супружници, споразум о последицама развода, савремено право, српско право, европски правни простор.

Увод

Као модел развода код кога сагласној вољи супружника припада доминантна улога у раскиду брачне заједнице, споразумни развод је у једном дужем временском периоду етикетиран као узрочник неконтролисаног повећања броја развода и стигматизиран као непријатељ стабилности брака и породице. Стога је према овој форми развода негован амбивалентан став, тако да он није егзистирао у свим историјским епохама и у свим бракоразводним системима. Држава је, наиме, одувек исказивала велико интересовање за брак и породицу, будући да је њихова стабилност у корелацији са стабилношћу саме државе. Прописивањем бројних ограничења у домену развода брака, па чак и апсолутном забраном развода у појединим периодима, држава је настојала да овај социолошки и правни феномен држи под својом ригорозном контролом.

Патријархална друштва нису наклоњена разводу, с обзиром да он резултира дестабилизацијом и распадом породице. У друштвима овог типа егзистенција споразумног развода је посебно отежана, будући да је патријархална породица базирана на неравноправности полова, а за споразум је неопходна сагласност воља, тј. две воље истог квалитета. Заправо, споразумни развод почива на тријумфу воље и личних интереса.¹ Оправдање постојања ове форме развода лежи у проширеним слободама човека, тако да присуство споразумног развода у правним системима означава степен опште и брачне еманципације човека.²

Иако се још римско право³ одликовало потпуно изграђеним системом развода брака по споразуму супружника, овај облик раскида брака је доживео своју пуну афирмацију тек у другој половини ХХ века. Данас, пак, развод брака по споразуму супружника ужива изузетну популарност у бракоразводној пракси и полако постаје преовлађујући начин престанка брака у савременом свету. Имајући у виду да се српски законодавац, у домену регулисања породичних односа, па и начина престанка брака, традиционално руководи нормативним решењима која са успехом егзистирају у европском правном простору, како бисмо указали на могуће правце развоја и адекватније моделирање ове форме развода у нашем праву, за предмет овог рада изабрали смо анализу важеће регулативе споразумног развода брака у Србији и у појединим европским државама.

1 Младеновић, М., *Породично право у Југославији*, Београд, 1993, стр. 207.

2 *Ibid.*

3 Детаљније о основним обележјима бракоразводног система у старом Риму, укључујући и споразумни развод брака као његов изузетно значајан сегмент Пухан, И., *Римско право*, Београд, 1977, стр. 170-172.

Споразумни развод брака у појединим савременим правима Европе

Савремена регулатива споразумног развода брака не одликује се стриктном униформношћу.⁴ Каква ће концепција споразумног развода бити акцептирана у позитивном законодавству једне земље зависи од много фактора. Међутим, разлике у правном нормирању ове форме развода, које су евидентне, нису непремостиве. Тако је споразумни развод у појединим државама регулисан као самостални бракоразводни узрок, односно као засебни начин престанка брака (нпр. Француска, Швајцарска, Белгија, Португалија, Грчка, Бугарска), док у другим државама егзистира у оквиру општег бракоразводног узрока који је формулисан као неповратни слом брака или као озбиљна и трајна поремећеност брачних односа (нпр. Данска, Мађарска, Италија, Холандија, Немачка, Русија).

Регулисање последица развода брака споразумом супружника једна је од тенденција савременог породичног права. У складу са тим, супружници су у обавези да постигну споразум о последицама развода, при чему спектар питања која морају уредити варира од једног до другог правног система. Нормирајући модел споразумног развода, поједина савремена права постављају веома строге услове, односно захтевају од супружника да уреде што шири круг питања која добијају на актуелности у тренутку престанка потпуне породичне заједнице, како она не би довела до конфронтирања супружника у постразводној фази. Наиме, развод не представља само крај једне брачне везе, већ и почетак нове фазе у животу бивших супружника у којој они могу пронаћи адекватног животног партнера и са њим ући у брак/ванбрачну заједницу. Из тог разлога је пожељно сва спорна питања уредити у бракоразводној парници.

Илустрације ради, по немачком праву супружници морају постићи свеобухватни споразум о последицама развода, односно морају презентовати суду: споразум о вршењу родитељског права (укључујући споразум о висини доприноса за издржавање детета и о начину остваривања личних контаката између детета и родитеља са којим оно неће живети по разводу брака), споразум о издржавању супружника, споразум о деоби заједничке имовине и пензије, као и споразум о правном режиму породичног дома и предмета домаћинства.⁵

Слична је ситуација и у бугарском праву. Наиме, уз предлог за споразумни развод брачни партнери морају приложити: споразум о деци, споразум

4 Опширније о установи развода брака у појединим европским правним системима Ковачек-Станић, Г., *Упоредно породично право*, Нови Сад, 2002, стр. 95-118.

5 § 630 Закона о грађанском поступку Немачке (*Zivilprozessordnung - ZPO*), <http://www.bundesrecht.juris.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf> (приступ 23.09.2014.).

о издржавању необезбеђеног супружника, споразум о деоби заједничке имовине, споразум о породичном дому и споразум о употреби личног имена по разводу брака.⁶

Исто тако, по швајцарском праву, супружници који иницирају бракоразводну процедуру подношењем заједничког захтева морају регулисати: вршење родитељског права, издржавање супружника, поделу имовине и социјалног осигурања, преношење уговора о закупу породичног стана са супружника који је закупац на супружника који то није, као и могућност конституисања временски ограниченог права становања на непокретности у власништву другог супружника.⁷

Белгијско право намеће брачним партнерима обавезу постизања исцрпног споразума о свим сегментима вршења родитељског права над заједничком малолетном децом, како након развода брака, тако и за време трајања бракоразводне процедуре. Посебно је апострофиран значај споразума о пребивалишту деце и супружника у току бракоразводног поступка, као и након његовог окончања. Дакле, брачни партнери најпре морају постићи споразум о вршењу родитељског права, а потом и споразум о издржавању необезбеђеног супружника, о наслеђивању ако један од њих премине током трајања процедуре развода, о подели брачне тековине и, евентуално, о посебним захтевима у вези са деобом ове имовине.⁸

У неким ситуацијама, међутим, супружници су сагласни да је њихов брак доживео неуспех и да га треба развести, али нису у стању да постигну споразум о последицама развода. Стога су у појединим европским правним системима нормирана два модела споразумног развода: први, код кога је потребно да супружници постигну како споразум о разводу, тако и споразум о последицама развода, и други, код кога је довољно да се супружници сагласе да су њихови брачни односи озбиљно и трајно нарушени, те да брак више не остварује своју сврху, тако да је развод неминовност, док је у надлежности суда да својом одлуком уреди све спорне последице развода.

Дуализам форми споразумног развода присутан је, примера ради, у савременом француском праву. Код првог облика споразумног развода (*divorce par consentement mutuel*), поред сагласности о самом разводу, супружници се морају договорити о вршењу родитељског права, употреби

6 Чл. 51 ст. 1 Породичног закона Бугарске (*Семеен кодекс на Република Бъгария*), од 12. јуна 2009. године, <http://www.lex.bg/bg/laws/doc/2135637484> (приступ 26.11.2014.).

7 Art. 111 Швајцарског грађанског законика (*Zivilgesetzbuch - ZGB*), <http://www.admin.ch/ch/d/sr/21.html> (приступ 23.09.2014.).

8 Art. 1287 и 1288 Белгијског процесног законика (*Gerechtig Wetboek - GW*), http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_wet/wet.pl (приступ 23.09.2014.).

личног имена, ликвидацији брачног имовинског режима, праву на пензију, правима из социјалног осигурања, повраћају поклона и о компензаторној престацији.⁹ Код друге форме споразумног развода, развода на основу прихватања дефинитивне пропасти брака (*divorce accepté; divorce résignation*), супружници треба да постигну сагласност о томе да је њихов брак доживео трајан и непоправљив слом, при чему ће спорне последице развода уредити суд.¹⁰

Два модела споразумног развода нормирана су и у швајцарском праву. У том смислу, споразумни развод је допуштен ако су супружници постигли сагласност о разводу и о последицама развода, али је могућ и уколико међу супружницима, у тренутку иницирања бракоразводне процедуре, нема сагласности о последицама развода, када ће спорне консеквенце уредити суд.¹¹

Потом, поједина законодавства дозвољавају споразумни развод уколико су брачни партнери постигли споразум о последицама развода, док друга, уз регулисање последица развода, захтевају да подношењу захтева за развод претходи одвојен живот супружника у одређеном трајању. Наиме, како би се спречило брзоплето подношење захтева за развод, који може бити резултат пролазног нерасположења супружника, жеља за разводом мора бити дубоко укоренења у свести супружника и мора постојати у дужем временском периоду. Из тог разлога, жеља за разводом мора бити потврђена сепарацијом супружника. Овим се спречава злоупотреба права приликом иницирања бракоразводне процедуре, обезбеђује се заштита од лакомислених развода и олакшава утврђивање пропасти брака.¹²

По немачком праву, захтеву за развод мора претходити једногодишња сепарација супружника, на бази које се неоториво претпоставља да је брак доживео дефинитивни слом, тако да га треба развести. У том смислу, брак је пропао уколико супружници живе одвојено најмање годину дана и обоје подносе захтев за развод, као и ако један супружник подноси захтев за развод, а други се са њим сагласи.¹³

9 Art. 230-232 француског Закона о разводу (Loi No. 439-2004), од 26. маја 2004. године, који је инкорпориран у Француски грађански законик (*Code civil - CC*). Интегрални текст *CC*-а је доступан на сајту Владе Француске, <http://www.legifrance.gouv.fr> (приступ 23.09.2014.).

10 Art. 233-234 *CC*.

11 Art. 112 *ZGB*.

12 Schwab, D., *Familienrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2008, стр. 151.

13 § 1566 I Немачког грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), <http://www.bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb/> (приступ 23.09.2014.).

Одвојен живот супружника је од посебног значаја и у праву Велике Британије, у којој је нормиран као посебан бракоразводни узрок, док споразумни развод не фигурира као начин престанка брака. Међутим, сепарација супружника праћена сагласношћу о одређеним консеквенцама развода доводи до развода брака по олакшаној процедури.¹⁴

Поједина савремена права не дозвољавају споразумни развод у одређеном периоду након закључења брака, тако да се трајање брака појављује као претпоставка допуштености ове форме развода, мада је последњих година приметна тенденција напуштања овог услова. Тако, по белгијском праву¹⁵ брак мора трајати најмање две године, а по грчком праву¹⁶ годину дана. Исто тако, могу се срести захтеви у погледу старости супружника, мада је овај услов, као и претходни, карактеристичан за раније епохе. Илустрације ради, по важећем праву Белгије, супружници могу иницирати бракоразводну процедуру подношењем заједничког предлога уколико имају навршених 20 година живота.¹⁷

У модерном породичном праву је годинама уназад присутна тенденција напуштања мирења, као обавезне фазе бракоразводног поступка иницираног заједничким предлогом супружника, јер је утврђено да су покушаји помирења супружника у већини случајева осуђени на неуспех. Међутим, медијација (посредовање) је, по правилу, могућа на добровољној бази, а усмерена је на пружање помоћи супружницима у сфери регулисања последица развода.

Клаузуле којима се елиминишу ситуације екстремно супротне начелу правичности, односно којима се онемогућава развод брака ако он може довести децу или супружника у тежак материјални или морални положај, присутне су у савременом праву, попут права Немачке (*Härteklausele*), али је њихова примена у пракси ретка, посебно у корист супружника. Може се закључити да су ове заштитне клаузуле у судској пракси готово у потпуности обезвређене, нарочито захваљујући сада већ устаљеном мишљењу да је за децу бољи развод родитеља него живот у породичној заједници са поремећеним односима, тако да се примењују само у изузетним

14 Опширније о томе Standley, K., *Family Law*, Palgrave Macmillan, 2008, стр. 147-152, као и Thomson, J., *Family Law in Scotland*, Tottel Publishing Ltd, Edinburgh, 2006, стр. 140-143 и 148-149.

15 Art. 275 Белгијског грађанског законика (*Burgerlijk Wetboek - BW*), http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_wet/wet.pl (приступ 23.09.2014.).

16 Чл. 1350 ст. 2 Грчког грађанског законика (*Greek Civil Code - GCC*), превод на енглески језик Constantin Taliadoros, Edited by Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2000.

17 Art. 276 *BW*.

ситуацијама.¹⁸ Осим тога, конструкција заједничког вршења родитељског права након развода потхрањује делимично илузорну представу о томе да је развод родитеља за дете тако подношљивији, јер су оба родитеља, као блиске особе које служе за узор, у контакту са дететом. Међутим, развод носи са собом крајње реалну опасност да дете у потпуности прекине контакт са једним родитељем.¹⁹

Иако је у савременом праву²⁰ последњих година приметан тренд напуштања периода за размишљање (*reflection period*), пре свега под притиском јавног мњења, с обзиром да парови који се разводе често не гледају благонаклоно на пролонгирање развода, сматрајући га непотребним празним ходом²¹, изгледа да ипак преовладава став у прилог оправданости постојања овог механизма, који обезбеђује, одлагањем развода за одређени временски период, озбиљнији приступ друштва установи развода, односно друштвеној контроли развода, истовремено пружајући супружницима могућност да још једном размисле о нужности развода, као и да, у циљу изналажења оптималног решења, преиспитају споразум о последицама развода, чиме се обезбеђује одговоран развод.

У већини европских правних система поступање у предметима споразумног развода брака је у надлежности судских органа. Тако је овај облик раскида брака у искључивој судској надлежности у Швајцарској, Белгији, Немачкој, Француској, Холандији, Грчкој, Бугарској и Мађарској. Поред тога, у неким

18 Опширније о домашају примене клаузуле о забрани развода ако интереси малолетне деце или супружника захтевају очување брака Schwab, D., *Familienrecht*, op. cit., стр. 153-155.

19 *Ibid.*

20 Илустрације ради, у француском праву је законодавном реформом из 2004. године напуштен период за размишљање као један од услова за споразумни развод брака. Пролонгирање развода је, међутим, неизбежно уколико суд утврди да споразум о последицама развода није у складу са најбољим интересом детета, или је противан интересима једног супружника, када ће супружницима оставити рок од шест месеци да сами ревидирају споразум, а уколико то не учине, одбиће развод по споразуму. Видети art. 230-232 *CC*.

21 Hausheer, H., Geiser, T., Aebi-Müller, R. E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2007, стр. 115.

правима, попут португалског²² и руског²³, предвиђена је паралелна надлежност судских и административних органа, што зависи од врсте споразумног развода, односно околности конкретног случаја, а пре свега чињенице да ли супружници имају заједничку малолетну децу. Када је реч о судској процедури, уочава се тенденција креирања специјалне судске процедуре која наликује административној (нпр. право Велике Британије), као и одређивање ванпарничне процедуре као врсте поступка у коме се одлучује о захтевима за споразумни развод брака (нпр. француско право).

Споразумни развод брака у праву Републике Србије

Модел споразумног развода који је акцептиран у српском праву намеће супружницима обавезу постизања споразума о вршењу родитељског права и споразума о деоби заједничке имовине, док остала питања која потенцијално могу бити извор сукоба, као што су издржавање необезбеђеног супружника и право становања (*habitatio*), супружници нису дужни уредити својим споразумом. У том смислу, код нас није доследно спроведена идеја о уређењу последица развода споразумом супружника, и није редукована на најмању могућу меру потреба за покретањем поступака за уређење спорних последица развода у будућности.

По Породичном закону Србије²⁴, уколико се брачни партнери одреде за опцију споразумног развода, морају закључити писмени споразум о разводу који обавезно садржи писмени споразум о вршењу родитељског права и писмени споразум о деоби заједничке имовине.²⁵

22 Реформом бракоразводног права из 2001. године је прописана ексклузивна компетенција за одлучивање о захтевима за споразумни развод у корист административног органа - директора матичне службе. Суд је надлежан да поступа у бракоразводним предметима само ако су родитељи постигли споразум о вршењу родитељског права који, по оцени надлежног административног органа, није у најбољем интересу детета. Видети art. 14 ст. 2-7 Закона No 272/2001, који је инкорпорисан у Португалски грађански законик (*Código Civil Português - CCP*), <http://www.confap.pt/docs/codecivil.pdf> (приступ 23.09.2014.).

23 По руском праву, супружници се могу развести у административном поступку уколико су постигли сагласност да се разведу, а немају заједничку малолетну децу. Поред тога, развод у административном поступку је могућ ако је један супружник лишен пословне способности, ако је нестао, као и ако је осуђен на казну затвора у трајању преко три године. Видети чл. 19 Породичног закона Руске Федерације (*Семейный кодекс Российской Федерации*), *Семейный кодекс и брачный договор*, Социална заштита, выпуск 5/1996.

24 Породични закон Републике Србије (ПЗС), „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005 и 72/2011.

25 Чл. 40 ПЗС.

Родитељи се могу определити за заједничко или самостално вршење родитељског права након развода. Споразум о самосталном вршењу родитељског права обухвата споразум о поверавању заједничког детета једном родитељу, споразум о висини доприноса за издржавање детета од стране другог родитеља и споразум о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем.²⁶ Овим споразумом се преноси вршење родитељског права на родитеља коме је дете поверено, док ће родитељ који не врши родитељско право задржати право и дужност да издржава дете, да са дететом одржава личне односе и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право.²⁷ Споразумом о заједничком вршењу родитељског права родитељи детета се писмено саглашавају да ће родитељска права и дужности обављати заједнички, међусобним споразумевањем, које мора бити у најбољем интересу детета, а саставни део овог споразума јесте и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета.²⁸

Споразум о деци инициран је презумпцијом да родитељи најбоље знају ко је од њих у позицији да квалитетније врши родитељско право након развода, будући да су им одлично познате личне, материјалне, здравствене, стамбене и друге прилике у којима се налазе, као и комплекс различитих потреба детета. Осим тога, они најбоље могу проценити емоционалну повезаност, тј. осећајну наклоност детета према једном од њих. Из тог разлога се оправдано очекује да ће родитељи, руковођени љубављу према свом детету, пронаћи оптимално решење у погледу његовог чувања, васпитања и оспособљавања за самосталан живот.²⁹

Егзистенција споразума, међутим, не искључује у потпуности судску интервенцију, с обзиром да суд *ex lege* одлучује о родитељском праву, тако да ће одлука о форми и свим аспектима вршења родитељског права бити садржана у изреци пресуде о разводу брака, док ће чињеница да су родитељи постигли споразум о деци бити видљива из образложења пресуде. Споразум родитеља, иако га суд најчешће акцептира на бази претпоставке да је у интересу деце, без спровођења било каквих истраживања и без консултовања органа старатељства, упркос постојању законске обавезе да испита усаглашеност овог споразума са најбољим интересом детета³⁰ и

26 Чл. 78 ст. 1 ПЗС.

27 Чл. 78 ст. 2 и 3 ПЗС.

28 Чл. 76 ПЗС.

29 Детаљније о томе Митић, М., *Повераване деце након развода брака*, Зборник Правног факултета у Нишу, 1986, стр. 9-10.

30 Видети чл. 225. ст. 1 ПЗС.

да, у том циљу, ангажује одговарајуће специјализоване службе³¹, нема моћ да замени судску одлуку, већ је само основ за њено доношење.³²

Споразумни развод је у нашем позитивном праву конципиран тако да су брачни партнери дужни споразумно уредити и имовинске односе, чиме се елиминише потреба за вођењем поступка за деобу брачне тековине, што је од изузетног значаја, с обзиром да ови поступци у домаћој судској пракси спадају у ред комплексних, дуготрајних и исцрпљујућих процеса. Овај услов је профилисан са намером да се супружници благо дисциплинују и уложе додатни труд како би њихов развод заиста био резултат постигнуте сагласности у погледу најважнијих питања њихових будућих односа.³³ Постигнути споразум о подели имовине је показатељ зрелости супружника, будући да су они, упркос конфликтима који несумњиво постоје међу њима, смогли снаге да сами уреде имовинска дејства престанка брака.

Међутим, у судској пракси је приметна тенденција непоштовања законске одредбе којом је предвиђено да је споразум супружника о деоби заједничке имовине услов за споразумни развод брака. Наиме, супружници често наводе у предлогу за споразумни развод, као и на самом рочишту за главну расправу, да током трајања брачне заједнице нису стекли заједничку имовину, па из тог разлога немају шта да деле, мада то није увек у складу са реалним стањем.³⁴ Прецизније речено, уколико је брак кратко трајао, ове тврдње супружника су вероватно истините, с обзиром да је у кратком временском периоду изузетно тешко сопственим радом стећи имовину велике вредности. Поред тога, лоша економска ситуација, која у нашој земљи готово без прекида траје од почетка деведесетих година прошлог века, уз присутну високу стопу незапослености, супружнике додатно оптерећује и отежава им стицање значајнијих имовинских добара. Међутим, уколико се разводи брак који је дуго трајао, има основа за закључак да су супружници стекли заједничку имовину, како покретну тако и непокретну. Код ових супружника је, заправо, присутна жеља да се разведу по убрзаној процедури, на основу споразума о разводу, а да спорна имовинска питања реше у засебном поступку, који ће иницирати након окончања бракоразводне парнице.

31 Видети чл. 270 ПЗС.

32 О правној природи и значају споразума родитеља видети Ковачек-Станић, Г., *Правни израз родитељства*, Нови Сад, 1994, стр. 67-70.

33 Драшкић, М., *Породично право и права детета*, Београд, 2005, стр. 140.

34 Резултати истраживања које смо својевремено спровели у Општинском суду у Нишу, на узорку од 298 предмета развода брака по споразуму, показују да се супружници у веома високом проценту изјашњавају да у току трајања брачне заједнице нису стекли заједничку имовину. Детаљније о томе Китановић, Т., *Споразумни развод брака у домаћем и упоредном праву*, докторска дисертација, Нови Сад, 2011, стр. 129-130.

Смисао егзистенције модела споразумног развода брака управо је у регулисању последица развода од стране самих супружника, чиме се избегава ангажовање судског апарата у овој сфери. С обзиром да домаће право предвиђа и развод по тужби једног супружника, требало би у судској пракси инсистирати на стриктном поштовању материјалноправних услова за споразумни развод, и допустити овај вид развода само уколико су испуњени законом прописани услови, односно уколико су супружници постигли, како споразум о вршењу родитељског права, тако и споразум о деоби заједничке имовине.

Уздизањем права на развод на ниво уставног права, омогућен је слободан излазак из брака, при чему је развод постао брз и једноставан, независно од тога којим иницијалним актом је покренут бракоразводни поступак.³⁵ Стога, споразумни развод не треба схватити као модалитет развода који обезбеђује лакши и бржи излазак из брака, јер се брак релативно једноставно може окончати и подношењем тужбе за развод, већ као облик развода који је заснован на споразумном уређењу последица развода од стране самих супружника.

По важећем српском праву, међутим, споразумни развод није условљен споразумом о издржавању необезбеђеног супружника. Додуше, нема никаквих сметњи да супружници постигну договор и о овом питању. У одсуству споразума, постоји могућност истицања алиментационог захтева у поступку за развод брака, али захтев ове врсте може узроковати незадовољство и противљење потенцијалног даваоца издржавања, који може одустати од предлога за споразумни развод и на тај начин осујетити развод по споразуму.

Будући да реализација обавезе издржавања бившег брачног партнера у пракси може бити праћена бројним потешкоћама, свакако је целисходније захтевати од супружника да ово питање уреде својим споразумом, чиме се ликвидира опасност од настанка сукоба након развода у вези алиментације која је неопходна једном супружнику.

Уколико се определе за опцију споразумног развода, супружници могу својим споразумом конституисати право становања у корист детета и родитеља који врши родитељско право, а на стану или кући у својини родитеља који не врши родитељско право. Споразум о овом питању, међутим, није услов за споразумни развод. Уколико споразум ове врсте

³⁵ Устав Републике Србије из 2006. године ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006) у чл. 62 ст. 1 предвиђа да "свако има право да слободно одлучи о закључењу и раскидању брака". Овом одредбом се гарантује слобода развода, тако да одбијање развода у нашој судској пракси више није могуће.

изостане, супружник који врши родитељско право, а нема решено стамбено питање, може захтевати од суда да установи право становања. Ипак, чини нам се да је то мало вероватно, с обзиром да неслагање супружника који је власник стана може резултирати његовим одустанком од предлога за споразумни развод.

Како је решење стамбеног питања, односно обезбеђење адекватног стана за становање, од изузетне важности за сваког појединца, а посебно за осетљиво људско биће какво је дете, сматрамо да би било пожељно експлицитно нормирати обавезу родитеља да постигну споразум и о овој последици развода. Уосталом, у упоредном праву, како смо видели у претходном поглављу овог рада, често се захтева од супружника да постигну споразум о режиму употребе породичног дома, при чему се овој проблематици, у поређењу са питањем деобе заједничке имовине, придаје већи значај.³⁶ Сматрамо да нема разлога да тако не буде и у нашем праву.

Закључак

Као модел развода код кога сагласној вољи супружника припада доминантна улога у раскиду брачне заједнице, споразумни развод је у једном дужем временском периоду етикетиран као узрочник неконтролисаног повећања броја развода и стигматизиран као непријатељ стабилности брака и породице. Из тог разлога, према овој форми развода негован је амбивалентан став, тако да он није егзистирао у свим историјским епохама и у свим бракоразводним законодавствима. Међутим, присуство наведеног модела развода у правним системима резултат је потребе људи да се ослободе брачних стега, уколико брак више не одговара њиховим интимним очекивањима, а да разлоге пропасти брачне заједнице задрже далеко од очију јавности. Стога је споразумни развод најпре егзистирао као творевина судске праксе, која је у ближој вези са друштвеном реалношћу и потребама људи у одређеном друштву, да би се потом приступило његовом нормирању. У том контексту, а захваљујући многобројним погодностима овог модела раскида брака, споразумни развод је у већини европских држава нормативно уобличен и доживео је своју пуну афирмацију у XX веку.

Савремена регулатива споразумног развода не одликује се стриктном униформношћу. Међутим, разлике у правном нормирању ове форме развода, које су евидентне, нису непремостиве. Како је регулисање последица развода споразумом супружника једна од тенденција модерног породичног

³⁶ Споразум о породичном дому је услов за споразумни развод брака по праву Швајцарске, Португалије, Бугарске, Немачке, Данске, Мађарске, Холандије итд.

права, савремена бракоразводна законодавства најчешће фаворизују споразумни развод, охрабрујући супружнике да закључују споразуме о разводу и о одређеним правним последицама развода, независно од врсте иницијалног акта којим је покренут поступак за развод и стадијума у коме се овај поступак налази, чиме се омогућава модификација основа за развод и трансформација бракоразводног поступка.

Поред тога, у појединим европским правним системима су нормирана два модела споразумног развода, тако да је развод по споразуму могућ и у одсуству експлицитне сагласности супружника о правним консеквенцама развода, када ће спорне последице уредити суд у бракоразводном поступку. Овим је проширено поље примене споразумног развода и на оне ситуације када су супружници сагласни да је њихов брак доживео неуспех, тако да је развод неминовност, али се не могу договорити о последицама развода. Имајући у виду напред наведено, споразумни развод ужива изузетну популарност у судској пракси. Стога се може говорити о својеврсној ренесанси ове форме престанка брака у савременом свету.

Tanja Kitanović, LL.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Niš

DIVORCE BY MUTUAL CONSENT IN EUROPEAN LEGAL SPACE

Summary

As a type of divorce where the spouses' mutual consent has the dominant role in termination of marriage, divorce by consent was in a longer period of time labeled as the cause of uncontrolled increase in the number of divorces and was stigmatized as the enemy of the stability of marriage and family. Therefore, there was an ambivalent attitude to this type of divorce, so that it was not present in all historical periods and in all divorce systems. However, spouses always sought ways, often on the edge of law, to divorce by agreement, without stating the specific reasons that led to the disorder of marital relations, and thus to maintain their privacy away from the public eye.

Thanks to numerous benefits of this type of marriage termination, divorce by consent gained its full recognition in the twentieth century, and today it is very popular in divorce practice and is slowly becoming the dominant mode of marriage termination in the modern world. Bearing in mind, that the Serbian legislator, in the domain of regulating family relations, is traditionally guided by normative solutions which are effectively present in the European legal space, we have chosen the analysis of the current regulations on this type of divorce in Serbia and certain European legal systems for the subject of the work in order to indicate the possible directions of development and a more adequate modeling of divorce by consent in our law.

Key words: *divorce by mutual consent, spouses, agreement on the consequences of divorce, modern law, Serbian law, European legal space.*

Република Србија
Универзитет у Нишу
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Центар за правна и друштвена истраживања
26 .01. 2015.

**ИЗВЕШТАЈ О НАУЧНО-ИСТРАЖИВАЧКОМ РАДУ НА ПРОЈЕКТУ
"УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ"
за 2014. годину**

У 2014. години настављена је реализација пројекта "Усклађивање права Србије са правом Европске уније" у складу са постављеним циљевима. У светлу отпочињања преговора Србије за чланство у Европској унији, радови истраживача усмерени су ка сагледавању европских принципа и стандарда у појединим областима права, имајући у виду искуства страних држава у процесу усклађивања националног права са правом ЕУ, а како би се размотрили резултати које је Република Србија остварила на овом плану.

Почетком године публикована је прва књига тематског зборника истоименог назива, чији је главни и одговорни уредник проф. др Мирослав Лазић, декан Правног факултета, као резултат рада на пројекту. (Зборник који је пред вама представља другу књигу тематског зборника и резултат је рада истраживача на пројекту у 2014. години).

Поводом Дана Факултета 16. и 17. маја 2014. године, Центар за правна и друштвена истраживања је организовао међународну научну конференцију "Усклађивање права Србије са правом Европске уније". Конференција је одржана на Правном факултету у Нишу. За учешће се пријавило 66 аутора са 33 реферата. Поред наставника и сарадника-истраживача на пројекту, нарочит допринос успешности скупа дали су учесници са стране који су представили еминентне научне институције и правне организације. Радови учесника Конференције публиковани су у Зборнику радова Правног факултета у Нишу, број 68/2014.

Истраживачи на пројекту позвани су Дописом Декана Правног факултета у Нишу, бр.01-2611 од 08. 12. 2014. године, да попуне извештај о раду на пројекту, који је био доступан на адреси <http://160.99061.188:2332>. Истраживачи су позвани да извештајем посебно означене радове који су резултат истраживања на наведеном пројекту.

Имајући у виду индивидуалне извештаје истраживача, наводимо следеће резултате рада на пројекту:

Објављене монографије

Економска анализа медијације: теоријско-емпиријска студија / Александар Мојашевић. - Ниш: Центар за публикације Правног факултета, 2014. - 276 стр.; 24 цм. ИСБН 978-86-7148-182-3

Мобилна правна клиника: од институције ка жртви / приређивачи Миомира Костић, Дарко Димовски, Иван Илић. - Ниш : Центар за публикација Правног факултета, 2014. - 334 стр. ; 24 цм ИСБН 978-86-7148-181-6

Нове услуге у локалној заједници-одговор на потребе породица и особа са сметњама у развоју/ приредили Миомира Костић, Дарко Димовски,-Ниш: Правни факултет; Центар за социјални рад, 2014, 164. стр

Убиства у југоисточној Србији / Дарко Димовски. - Ниш : Центар за публикације Правног факултета, 2014. - 288 стр. ; 24 цм. ИСБН 978-86-7148-184-7

Основи мултилатералности у арбитражи / Дејан Јанићијевић. - Ниш : Центар за публикације Правног факултета, 2014. - 212 стр. ; 24 цм ИСБН 978-86-7148-192-2

Зборник радова Правног факултета у Нишу. 68 /[главни и одговорни уредник Ирена Пејић; уредници: Мирослав Лазић, Милена

Јовановић Затила; преводи Гордана Игњатовић]. – Ниш : Правни факултет, Центар за публикације, 2014. – 910 стр. ; 24 цм ИССН 0350-8501

Примена Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима / Маја Настић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - 291 стр. ; 24 цм ИСБН 978-86-7148-179-3

Социјална мисао. Год. 21, бр. 2 (2014) / [уредница теме броја Миомира Костић]. – Београд : Социјална мисао, 2014. ИССН 0354-401X.

Објављени чланци:

Исправе (грамоте) као извори древнооруског приватног права / Драган Николић, Александар Ђорђевић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 63-70. ИСБН 978-86-7148-187-8

Структура финансијских тржишта / Љубица Николић, Александар Мојашевић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 121-138. ИСБН 978-86-7148-187-8

О целисходности увођења приговора на пријаву жига у српско законодавство/ Александра Васић, Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 727-737

Карактеристике правног режима страних директних инвестиција у праву ЕУ/Александар Ђирић, Предраг Цветковић, У : Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 678-696 . ISSN 0350-8501

Накнада нематеријалне штете у антидискриминационим парницама - коментар судске одлуке / Анђелија Тасић У: Зборник радова Правног факултета у Нишу. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Бр. 66 (2014), стр. 295-308. ИССН 0350-8501

Претходно испитивање тужбе (благовремено о благовремености)/ Анђелија Тасић, у Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова/главни и одговорни уредник Мирослав Лазић:-Ниш-Правни факултет, 2014, стр. 503-516

Нови кривични поступак Србије-нови разлози за усклађивање са европским правним стандардима/ Војислав Ђурђић, у Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 443-458

Новчана накнада нематеријалне штете због незаконитог отказа/Горан Обрадовић, Слободанка Ковачевић Перић У: Зборник радова.-Ниш: Правни факултет у Нишу, 2014.-Бр.67 (2014), стр. 199-219. ИССН 0350-8501

Codification of European Administrative Procedure Law and Its Reflections on Serbian Public Administration Reform/ Dejan Vučetić; U:EU Administrative Law and its Impact on the Process of Public Administration Reform and Integration into European Administrative Space of South East European Countries. - Skopje: Centre for South East European Law School Network, 2014. - Str. 99-107. ISBN 978-608-4697-11-4

Територијална организација Републике Србије / Дејан Вучетић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 389-402. ИСБН 978-86-7148-187-8

The crime against humanity between the Statute of the Hague Tribunal (ICTY) and Serbian criminal law/ Dragan Jovašević, War and peace Journal, Ottawa, No. 10/2014. pp.19-31

Извршење кривичних санкција у Републици Српској/Драган Јовашевић, Зборник радова, Одређење, организација и дјелатности субјеката националних система безбједности, Бања Лука, 2014. године, стр. 277-294 (акоутори М.Симовић, М.Симовић)

Казна малолетничког затвора у упоредном и српском кривичном праву / Драган Јовашевић У: Право и друштвена стварност : научни скуп са међународним учешћем. Св. 1. - Косовска Митровица : Правни факултет, 2014. - Стр. 213-238. ИСБН 978-86-6083-039-7

Појам, врсте и сврха казни у Републици Српској,/Драган Јовашевић, Правне теме, Нови Пазар, број 3/2014. године, стр. 27-65 (коаутор М.Симовић)

Стадијуми и извршењу кривичног дела / Драган Јовашевић У: Међународни научни скуп "Владавина права и правна држава у региону. - Источно Сарајево : Правни факултет, 2013. - Стр. 653-671. ИСБН 978-99938-57-31-0

Улога кривичног права у заштити система националне безбедности/Драган Јовашевић, у Зборник радова, Одређење, организација и дјелатности субјеката националних система безбједности, Бања Лука, 2014. године, стр.261-276 (коаутори М.Симовић и В.Симовић)

Фалсификовање исправа у историјским правним споменицима / Драган Јовашевић У: Пешчаник. - Ниш : Историјски архив, 2014. - Год. 12, бр. 12 (2014), стр. 255-269. ИССН 1451-6373

Надлежност Уставног суда Србије према Уставу од 2006. године / Драган М. Стојановић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 37-62. ИСБН 978-86-7148-187-8

Покретање нормативне контроле права у европском моделу уставног правосуђа/ Драган Стојановић, у : Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67/2014, стр. 59-78

Кривичноправна заштита малолетника од сексуалног искоришћавања и злостављања - европски стандарди и право Републике Србије / Душица Миладиновић Стефановић У: Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 567-584. ИССН 0350-8501

Посебна евиденција учинилаца кривичних дела против полне слободе према малолетницима / Душица Миладиновић-Стефановић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 447-462. ИСБН 978-86-7148-187-8

Одговорност за штету проузроковану због непоседовања и непримене неопходних медицинских средстава / Михајло Цветковић, Ђорђе Николић У: Зборник радова Правног факултета у Нишу. - Ниш: Правни факултет, 2014. - Бр. 68, година LIII, 2014, стр. 351-371. ИССН 0350-8501

Судско-психијатријски аспект менталних поремећаја насталих злоупотребом дрога/Зоран Ђирић, Зборник радова Правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр 515-534

Процесна заштита малолетних жртава злостављања и занемаривања/ Иван Илић, У: Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 66/2014, стр. 343-360.

Реперкусије измењених процесних улога на утврђивање чињеница у кривичном поступку/Иван Илић, Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 585-603

Извршење мера безбедности медицинског карактера / Иван Илић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова /

главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 549-562. ИСБН 978-86-7148-187-

Грађанскоправна заштита права личности/ Ивана Симоновић, Мирослав Лазић, у Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 269-290

Конституционализација судске независности: упоредно и искуство Србије / Ирена Пејић У: Зборник радова Правног факултета у Нишу. 68 / [главни и одговорни уредник Ирена Пејић; уредници: Мирослав Лазић, Милена Јовановић Затила; преводи Гордана Игњатовић]. – Ниш : Правни факултет, Центар за публикације, 2014. – стр. 157-175 ИССН 0350-8501

Рационализовани парламентаризам и уставна подела власти у Србији / Ирена Пејић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 191-208. ИСБН 978-86-7148-187-8

Изборна правила у Србији и европски стандарди: опште право гласа/ Маја Настић - Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 187-206,

The impact of certain rules of roman public law (ius publicum) on the contemporary law / Marija Ignjatovic У: Social change in the global world : Book of abstracts / First international scientific conference, Shtip, 2014. - Str. 66. ISBN 978-608-244-076-7

Пореско право као огледало друштвене стварности / Марина Димитријевић У: Право и друштвена стварност : научни скуп са међународним учешћем. Св. 2. - Косовска Митровица : Правни факултет, 2014. - Стр. 65-78. ИСБН 978-86-6083-035-9

Пореско управно поступање и пореска сагласност обвезника / Марина Димитријевић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ:

тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић.
- Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 295-308. ИСБН 978-86-7148-187-8

Процес европских интеграција и будућност националних пореских система / Марина Димитријевић У: Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 753-772. ИССН 0350-8501

Институционални оквири новог економског управљања у Европској унији (европски семестар)/ Марко Димитријевић У: Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. Зборник радова Правног факултета у Нишу. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Бр. 68 (2014), стр. 791-804. ИССН 0350-8501

Правни аспекти управљања јавним дугом (зајмом) / Марко Димитријевић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 517-532. ИСБН 978-86-7148-187-8

Људско достојанство у биоетичко-јавном подручју / Војислав Ђурђић, Марко Трајковић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 1-16. ИСБН 978-86-7148-187-8

Међународне иницијативе у домену спречавања пореских превара / Милева Анђелковић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 153-170. ИСБН 978-86-7148-187-8

Право обвезника на поверљивост и тајност у међународној размени пореских информација/ Милева Анђелковић У: Зборник радова Правног факултета у Нишу-Ниш:Правни факултет, 2014. Бр. 68 (2014). стр. 739-751 ИССН 0350-8501

Неке контроверзе акционарства / Милена Јовановић Zattila У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 241-252. ИСБН 978-86-7148-187-8

Лично име у међународном приватном праву и решења у нацрту новог ЗМПП Републике Србије (I део) / Мирко Живковић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 85-104. ИСБН 978-86-7148-187-8

О циљевима и збиљској утемељености одрживог развоја на почетку 21. века/ Милош Прица, Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр.229-248

Грађанскоправна одговорност због непримене неопходних медицинских средстава/ Михајло Цветковић, Ђорђе Николић, Зборник радова Правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 351-370

Професионална етика адвоката, судија и јавних тужилаца / Наташа Стојановић У: Мобилна правна клиника: од институције ка жртви / приређивачи Миомира Костић, Дарко Димовски, Иван Илић. - Ниш : Центар за публикација Правног факултета, 2014. - Стр. 29-36. ИСБН 978-86-7148-181-6

Општи правни оквир очувања европске дивље фауне и природних станишта/ Наташа Стојановић, Зборник радова Правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 325-350

Европска унија-род и политика/Наталија Жунић, Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са

правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр.207-228

Агенција Европске уније за основна права / Небојша Раичевић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 309-322. ИСБН 978-86-7148-187-8

Дејство одлуке Европског суда правде о претходном питању / Небојша Раичевић У: Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 825-842 ИССН 0350-8501

Правни статус, улога и надлежност Повереника за заштиту равноправности/ Невена Петрушић У: Темида бр.2/2014, стр. 27-44 ISSN: 1450-6637

Дискриминација и заштита од дискриминације / Невена Петрушић У: Мобилна правна клиника: од институције ка жртви / приређивачи Миомира Костић, Дарко Димовски, Иван Илић. - Ниш : Центар за публикација Правног факултета, 2014. - Стр. 49-68. ИСБН 978-86-7148-181-6

Институционални сексизам-препрека ефикасној заштити од насиља у породици/ Невена Петрушић, Слободанка Константиновић Вилић, Наталија Жунџић, У: Заштита жртава: међународно право, национална законодавства и пракса (зборник резимеа), Међународна научна конференција Виктимолошког друштва Србије, 2014, стр. 12

Колективна правна заштита: европски приступ / Невена Петрушић Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр 303-323

Значај институционалних механизма за остваривање родне равноправности/ Маријана Пајванчић, Невена Петрушић, У : Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67/2014, стр. 25-44

Препоруке за предузимање мера - инструмент превентивног деловања Повереника за заштиту равноправности / Невена Петрушић, Косана Бекер, Реља Пантић, У: Сарадња система на заштити посебно осетљивих група, резиме, Центар за социјални рад у Нишу "Свети сава", 20.Октобарски сусрети у социјалној заштити, Ниш, 16. и 17. октобар 2014.

Discussion about the circle of subjects having the right to the compulsory share / Novak Krstic U: Social change in the global world : Book of abstracts / First international scientific conference, Shtip, 2014. - Str. 59-60. ISBN 978-608-244-076-7

Расправа о кругу субјеката којима се признаје право на нужни део / Новак Крстић У: Social change in the global world / First international scientific conference, Shtip, 2014. - стр. 311-332. ИСБН 978-608-244-129-0

Уговор о доживотном издржавању / Новак Крстић У: Мобилна правна клиника: од институције ка жртви / приређивачи Миомира Костић, Дарко Димовски, Иван Илић. - Ниш : Центар за публикација Правног факултета, 2014. - Стр. 189-218. ИСБН 978-86-7148-181-6

Хармонизација јавног и приватног интереса кроз јавно-приватно партнерство: оглед о двостепеној структури / Предраг Цветковић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 253-270. ИСБН 978-86-7148-187-8

Уговорни режим јавно-приватног партнерства: sui generis карактер као последица холистичког приступа /Предраг Цветковић, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 66/2014, стр. 105-120

Правни режим јавно-приватног партнерства као вид "хибридне регулативе" /Предраг Цветковић, У: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору (тематски зборник радова), Ниш: Правни факултет, 2014, стр. 89-103

Саветодавна надлежност Европског суда за људска права / Сања Борђевић У: Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни

факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 893-910, ИССН 0350-8501

Уобичајено боравиште детета - пресуда у случају Харун / Сања Марјановић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 463-486. ИСБН 978-86-7148-187-8

Утицај Хашких конвенција о међународном приватном праву на усклађивање права Србије са правом ЕУ у материји заштите деце /Сања Марјановић, Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр.875-892

Међународноправни стандарди забране двоструке угрожености / Саша Кнежевић У: Право и друштвена стварност : научни скуп са међународним учешћем. Св. 1. - Косовска Митровица : Правни факултет, 2014. - Стр. 257-270. ИСБН 978-86-6083-039-7

Наслеђе правне културе и европске интеграције Србије / Славиша Ковачевић У: Зборник радова правног факултета у Нишу – Тематски број „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“. – Ниш : Правни факултет у Нишу, 2014. – Год. 53, бр. 68 (2014), стр. 861-874

Политичко наслеђе и европске интеграције Србије / Славиша Ковачевић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 355-370. ИСБН 978-86-7148-187-8

Транзициони постулат и емпиријско искуство Србије/ Славиша Ковачевић, У: Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67/2014, стр. 239-254

Еволуција улоге Европске централне банке у условима глобалне финансијске кризе/ Срђан Голубовић, У: Правни живот, бр. 11/2014, стр. 589-600

Fiscal aspects of the European monetary integration / Срђан Голубовић У: Зборник радова Правног факултета у Нишу. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Бр. 66 (2014), стр. 181-196. ИССН 0350-8501

Вредносно заснивање принципа ЕУ / Сузана Медар У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 323-334. ИСБН 978-86-7148-187-8

Опсег логике у тумачењу права / Сузана Медар У: Зборник радова Правног факултета у Нишу. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Бр. 66 (2014), стр. 223-240. ИССН 0350-8501

Општа правна начела као извор права Европске уније / Сузана Медар У: Међународна научна конференција "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", зборник сажетака, Ниш: Центар за публикације Правног факултета, 2014, стр. 127

Концепција споразумног развода брака у француском праву кроз историју и данас / Тања Китановић У: Усклађивање права Србије са правом ЕУ: тематски зборник радова / главни и одговорни уредник Мирослав Лазић. - Ниш : Правни факултет, 2014. - Стр. 371-389. ИСБН 978-86-7148-187-8

Начело ефикасности у СТО систему решавања спорова / Урош Здравковић У: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова. Књ. 4 / [уредник Предраг Димитријевић ; превод Гордана Игњатовић]. - Ниш : Центар за публикације Правног факултета, 2014. - Стр. 199-216. ИСБН 978-86-7148-198-4